

Call for Comments by the European Commission

Amendment of Regulation (EC) No 773/2004, and draft Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases

The European Commission calls for comments on the possible introduction of a settlement procedure in cartel cases. The Association Française des Entreprises Privées (AFEP) sets out below its observations on the guidelines that the Commission is submitting for discussion.

In 2006, AFEP brought together 85 of the biggest private groups operating in France, with a total workforce of approximately 4.9 million, an annual turnover of almost 1,150 billion euros and net receipts from banking undertakings of more than 80 billion euros. The market capitalisation of the listed French groups belonging to AFEP exceeded 1,300 billion euros at the end of 2006.

In its draft Commission Notice and draft Commission Regulation, the Commission indicates that it wishes to simplify the investigation of infringements and to accelerate their resolution in order to free up resources to pursue the most important cartel cases.

While companies are not opposed to the introduction of a settlement procedure in cartel cases, they nonetheless express strong reservations regarding the methods proposed by the Commission.

The draft submitted for consultation in fact creates such an imbalance between the parties that it is difficult to describe the procedure as a real settlement. In particular, even though a settlement involves reciprocal concessions on the part of the parties concerned, the Commission draft stipulates that the Commission negotiate neither the existence of the infringement, nor the sanction to be applied. What is more, this draft seriously jeopardises the rights of the defence by conferring on the Commission an absolute discretionary power to organise the discussions to obtain the accelerated settlement of a case and by not offering to the parties concerned the possibility to have access to the objections that may be raised against them.

A three-column document accompanies these comments for the purpose of proposing editorial modifications in the draft regulation amending Regulation (CE) No 773/2004.

Preliminary remarks

Companies query the scope of the future text and the articulation envisaged between the leniency procedure and settlement. Moreover, the draft Notice and the amended draft Regulation exhibit differences with important consequences for companies.

1. Scope of application of the future text

The draft Commission Notice and the draft Commission Regulation regularly mention “agreements”, while other documents (press releases/FAQs) refer to the notion of “cartel” more narrowly. In addition, no mention is made of abuses of a dominant position, which should fall within the area of application of this type of procedure, as the draft Commission Regulation amends Regulation (EC) No 773/2004, which covers these practices¹ and the consultation refers to Regulation (EC) No 1/2003, the exact title of which is “the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty”.

In order to offer better predictability to the interested parties, it would seem important that the Commission be more specific about the exact scope of the regulation envisaged.

2. Leniency with regard to the settlement procedure envisaged

Companies note that the new procedure is complementary and may run alongside leniency.

Yet, to be taken into consideration in the framework of a settlement procedure, the request for leniency would be subject to the time-limit applicable to the former, while the Leniency Notice² does not provide for a particular time-limit for the submission of such a request.

In addition, as it is currently envisaged, the settlement procedure is based solely on written exchanges. In order to prevent the inconveniences of a “discovery” procedure in third countries, for its part the leniency programme usefully provides for an oral procedure.

It would be desirable for an identical procedure to be envisaged for settlements.

3. Differences between the draft Commission Notice and the draft Commission Regulation, as amended

Companies deplore the differences between the two texts, the consequences of which can be significant for them both with regard, in particular, to respect for the rights of defence and the linguistic regime applicable.

¹ Article 1 provides that “this regulation applies to proceedings conducted by the Commission for the application of Articles 81 and 82 of the Treaty”.

² Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases (Official Journal C 298 of 8 December 2006)

- Rights of defence

In Section 24 of its Notice, the Commission considers therefore that, for the parties' rights of defence to be exercised effectively, the Commission should hear their views on the objections against them before adopting a final decision. This seems in contradiction with the immediacy of the adoption by the Commission of the written response of the parties, as this is envisaged in article 10a(3) of the Regulation.

This article should be amended so that it respects the rights of defence, which are based in particular on the adversarial principle.

- Linguistic regime

Moreover, in Section 20 of its Notice, the Commission envisages that the parties concerned will receive the statement of objections and the final decision in a given official language chosen by the Commission. Such a provision, which is not mentioned anywhere in the draft Regulation, is contrary to the linguistic rules in force in the European Union³. The undertakings must in fact have the right to exercise their defence in any of the official languages of the European Union.

Provisions envisaged by the draft Commission Notice

Member companies of AFEP express strong reservations against the draft guidelines.

The procedure envisaged flies in the face of the fundamental principles of the rights of defence. It also attempts to create a new definition of the notion of “undertaking”. In this context, the AFEP proposes that the Commission draw on settlement systems already in existence in certain Member States, which have demonstrated their effectiveness. Finally, to the extent that the procedure materialises, the information provided at this stage concerning the incentives that the undertakings could obtain must be clearly specified.

1. Jeopardising the rights of defence

While the preoccupation of the European Commission to accelerate the procedure in order to pursue a greater number of cases is understandable, the whole of article 10a nonetheless contains procedural elements that are in contempt of the rights of defence, which cannot be called into question in respect of the objective sought. What is more, this procedure does not contain the classic guarantees that accompany repressive procedures, even though it is similar to them in that it provides for the imposition of sanctions.

- Disclosure of information at the discretion of the Commission

Pursuant to Section 15 of the Commission Notice and article 10a (7), the Commission reserves the right to disclose information as proof (alleged facts, seriousness and duration of the cartel, etc.) contained in the Commission file “where appropriate, as the discussions progress with a view to reaching a settlement”. It is however required to disclose this information before it grants the undertakings the relevant time-limit for the submission of a written proposal.

³ See, in particular, Article 22 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union

Such a system does not respect the principle of the right to a fair trial⁴, as it does not allow the parties concerned to prepare an argument of quality. The rights of defence would be better guaranteed if the parties concerned had, from the start of the procedure, knowledge of the objections likely to be raised against them⁵.

- The Commission may waive the procedure at any stage

The Commission may waive the procedure at any stage regardless of the headway made by the exchanges, including when the parties have reached agreement. On the contrary, the company commits itself once it has submitted its written settlement proposal.

Apart from the fact that it is totally unbalanced, such a rule weakens undertakings even if, when the Commission withdraws from the procedure, the elements acknowledged by the parties are withdrawn and cannot be invoked.

In fact, this affirmation is not enough to guarantee the fair conduct of a subsequent procedure, as the instruction and decision services are not separate and are, by construction, fully aware of the preceding exchanges. What is more, it would be difficult to prove that the Commission has not used information gathered while investigating the settlement to prepare its new conviction.

Objective and verifiable guaranties must therefore be put in place to ensure strict demarcation between the services of the Commission that have implemented the settlement procedure and those that will have to pursue the case, should it be abandoned. It is also essential that the Commission clarify what has become of the documents that the undertakings were able to submit to it throughout the investigation of a settlement, especially with regard to the admission of liability.

- The admission of guilt

The Commission bases its settlement procedure on “an unequivocal admission by the parties of their liability in the infringement”.

This requirement seems in contradiction with Article 6-2 of the ECHR, which provides that “everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law”. Furthermore, as certain national systems provide for the imposition of criminal sanctions, it would seem essential that the Commission take such provisions into consideration to ensure that the right not to incriminate oneself is protected.

In this particular case, however, the Commission Notice proposes the opposite system to the extent that a party will be declared guilty of operating a cartel by the Commission on the grounds that it has incriminated itself prior to the establishment of its guilt.

The undertakings therefore recommend the application of the formula adopted in certain Member States, for instance France and Germany, whereby the parties “do not contest the objections” that are raised against them.

⁴ See, in this regard, Article 6 of the European Convention on Human Rights

⁵ Thus, for example, Article 14 of the New Code of Civil Procedure provides that “no party may be judged without having been heard or called”.

2. Creation of a new definition of the entity “undertaking”

In article 10(a)1, second subparagraph, the Commission provides that “if two or more parties belonging to the same undertaking indicate that they are willing to engage in settlement discussions [pursuant to the first subparagraph] those parties shall appoint a joint representation to engage in discussions with the Commission on their behalf”.

This paragraph concerns the relations between companies belonging to the same group and impacts on the definition of the notion of control.

By imposing a single representation committing several parties in respect of the Commission, this definition implies that a group is a single undertaking and leads one to anticipate the way in which the questions of the attributability of infringements within a group of companies will be settled, which is inadmissible.

The abundant case law of the Court of Justice and the numerous appeals that are pending do not authorise the Commission to unilaterally modify the criteria governing the notion of control. The parties must remain free to support their views in this regard without this being a reason for the Commission to thwart the settlement.

3. Risk of modification of national provisions

Companies are opposed to national laws being modified for the purpose of this draft. Some of these rules offer greater protection of the rights of the parties than those envisaged by the Regulation amending Regulation (EC) No 773/2004,

4. Uncertain predictability concerning the outcome of the procedure

Insofar as the procedure materialises, the undertakings that have accepted it could obtain a reduction in fines, which may take either of the following forms:

- a flat-rate reduction of the total fine expressed as a percentage, which has not been fixed at this stage; as this new procedure may, however, run alongside leniency, the limit of this flat-rate reduction should not exceed the minimum reduction threshold provided in the Leniency Notice;
- a deterrent increase, which may be applied to large undertakings pursuant to the Notice on the Calculation of Fines⁶, would not be able to exceed double the amount of the fine.

The envisaged settlement system would be more effective if the amount of the resulting fine were predictable.

⁶ The Notice of 2006 states “the Commission will pay particular attention to the need to ensure that fines are a sufficient deterrent; to this end, it may increase the fine to be imposed on undertakings whose turnover, over and above the goods and services to which the infringement relates, is especially high”.

PROPOSAL FOR A COMMISSION REGULATION (CE) NO .../....
of [...]
amending Regulation (CE) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases

TEXTE ACTUEL	MODIFICATIONS PROPOSED	OBSERVATIONS
<p>THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES,</p> <p>Having regard to the Treaty establishing the European Community,</p> <p>Having regard to the Agreement on the European Economic Area,</p> <p>Having regard to Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, and in particular Article 33 thereof,</p> <p>Having published a draft of this Regulation</p> <p>After consulting the Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Positions,</p> <p>WHEREAS:</p> <p>(1) Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7</p>		

TEXTE ACTUEL	MODIFICATIONS PROPOSED	OBSERVATIONS
<p>April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty lays down rules concerning the participation of the parties concerned in such proceedings.</p> <p>(2) Parties to the proceedings may be prepared to acknowledge their participation in a cartel violating Article 81 of the Treaty and their liability in respect of such participation, if they can reasonably anticipate the Commission's envisaged findings as regards their participation in the infringement and the level of potential fines and agree with those findings. It should be possible for the Commission to disclose to those parties, where appropriate, the objections which it intends to raise against them on the basis of the evidence in the file and the fines that they are likely to incur. Such early disclosure should enable the parties concerned to put forward their views on the objections which the Commission intends to raise against them as well as on their potential liability.</p> <p>(3) When the Commission endorses the parties' written settlement submissions in the statement of objections and, in their replies, the parties confirm that the statement of objections corresponds to the contents of their written submissions, the Commission should be able to proceed immediately to the adoption of a decision pursuant to Article 7 and Article 23 of Regulation (EC) No 1/2003 after consultation of the Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Positions</p>		

TEXTE ACTUEL	MODIFICATIONS PROPOSED	OBSERVATIONS
<p>pursuant to Article 14 of Regulation (EC) No 1/2003.</p> <p>(4) A settlement procedure should therefore be established in order to enable the Commission to handle cartel cases faster by reaching an agreement with the parties.</p> <p>(5) Experience has shown that systematically providing complainants with a nonconfidential version of the statement of objections can have negative consequences as regards the willingness of the parties to the proceedings to cooperate with the Commission. While complainants should continue to be closely associated with the proceedings and be informed of and able to provide their views on the nature and subject matter of the procedure in writing, <i>it should be for the Commission to determine how such written information should be given in a particular case.</i></p> <p>(6) Regulation (EC) No 773/2004 should therefore be amended accordingly,</p> <p><i>Article 1</i></p> <p>Regulation (EC) No 773/2004 is amended as follows:</p> <p>1. Article 2, paragraph 1 is replaced by the following</p> <p>"1. The Commission may decide to initiate proceedings with a view to adopting a decision pursuant to Chapter III of Regulation (EC) No</p>	<p>(5) Experience has shown that systematically providing complainants with a non-confidential version of the statement of objectives can have negative consequences as regards the willingness of the parties to the procedure to cooperate with the Commission. Complainants should continue to be closely associated with the procedure and be informed of and be able to provide their views on the nature and subject matter of the procedure in writing.</p>	<p>It is not for the Commission to determine how such written information should be given in a particular case. This should be governed by a predetermined procedural framework.</p>

TEXTE ACTUEL	MODIFICATIONS PROPOSED	OBSERVATIONS
<p>1/2003 at any point in time, but no later than the date on which it issues a preliminary assessment as referred to in Article 9(1) of that Regulation, a statement of objections or a request for the parties to express their interest in engaging in settlement discussions, or the date on which a notice pursuant to Article 27(4) of that Regulation is published, whichever is the earlier."</p> <p>2. In Article 6, paragraph 1 is replaced by the following:</p> <p>"1. Where the Commission issues a statement of objections relating to a matter in respect of which it has received a complaint, it shall inform the complainant in writing of the nature and subject matter of the procedure and set a time-limit within which the complainant may make known its views in writing. The Commission may also provide the complainant with a copy of the non-confidential version of the statement of objections."</p> <p>3. In Article 10, paragraph 1 is replaced by the following:</p> <p>"1. The Commission shall inform the parties concerned of the objections raised against them. The statement of objections shall be notified <i>in writing</i> to each of the parties against whom objections are raised."</p>	<p>3) In Article 10, paragraph 1 is replaced by the following:</p> <p>"1. The Commission shall inform the parties concerned of the objections raised against them. The statement of objections shall be notified to each of the parties against whom the objections are raised."</p>	<p>It seems that the Commission only adopts a written procedure to manage all the exchanges throughout the entire settlement. With regard to the "discovery" systems in existence in third countries, undertakings recommend that a procedure similar to that adopted for leniency be organised, where the oral procedure plays an important role.</p>

2. At the request of the undertaking, the Commission may authorise statements to be made orally unless the undertaking has already disclosed the contents of the declaration to third parties. Oral declarations made by undertakings shall be recorded and transcribed in the bureaus of the Commission. Pursuant to Article 19 of Council Regulation (EC) No 1/2003 and Articles 3 and 17 of Commission Regulation (EC) No 773/2004, undertakings making oral declarations shall have the opportunity to check the technical accuracy of the recording, which shall be made available to them in the bureaus of the Commission, and to correct the contents of their declarations within a given time-limit. The undertakings may waive these rights within these time-limits, in which case the recording will be considered duly approved. Following the implicit or explicit approval of the oral declaration or the communication of the corrections to be made, the undertaking shall hear the recordings in the bureaus of the Commission and shall check the accuracy of the transcription within a given time-limit. Failure to comply with this latter condition may result in the loss of favourable treatment as provided for by this notice.

3. Access to the declarations made by undertakings shall only be granted to recipients of a statement of objections under the condition that they undertake, together with the legal counsel who obtain access on their behalf not to copy mechanically or electronically information given in the declaration made by an undertaking to which they are granted access and to ensure that the information obtained

It is therefore proposed to adopt and to apply in this framework of the settlement procedure paragraphs 32 to 35 of the Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases (Official Journal C 298 of 8 December 2006, p. 17).

from these declarations is only used for the purposes mentioned below. The other parties, such as the complainants, shall not have access to the declarations made by the undertakings. The Commission is of the opinion that this specific protection of a declaration made by an undertaking is not justified if the undertaking discloses its contents to third parties

4. Pursuant to the Commission Notice on the rules for access to the Commission file, access to the file shall only be granted to recipients of a statement of objection under the condition that the information obtained is used only for purposes of judicial or administrative proceedings seeking to apply the Community competition rules in question in the allied administrative proceedings. The use of this information for other purposes during the proceedings may be considered a lack of cooperation within the meaning of points (12) and (27) of this notice. Moreover, if this information is used after the adoption by the Commission of a prohibition decision in the proceedings, it may, in any proceedings opened before the Community courts, ask them to increase the fine imposed on the responsible undertaking. If the information is used for other purposes at any time, with the intervention of an external counsel, the Commission may report the incident to the Barr to which the counsel belongs with a view to disciplinary proceedings being instituted.

5. The declarations made by undertakings for purposes of the application of this notice shall only be sent to the competition authorities of the Member States pursuant to Article 12 of Council

4. The following Article 10a is inserted:

"Article 10a

Settlement procedure in cartel cases

1. After the initiation of proceedings pursuant to Article 11(6) of Regulation (EC) No 1/2003, the Commission may set a time-limit within which the parties may indicate in writing that they are prepared to engage in settlement discussions with a view to possibly introducing settlement submissions. The Commission shall not be obliged to take into account replies received after the expiry of that time-limit.

Regulation (EC) No 1/2003 if the conditions established in the notice on the network are met and the level of protection against disclosure guaranteed by the competition authority receiving it is equivalent to that given by the Commission."

4. The following Article 10a is inserted:

"Article 10a

Settlement procedure in cartel cases *and in cases of the abuse of a dominant position*

Harmonisation with the scope of Regulation 773/2004, which may be amended

The procedure established by article 10a, which introduces a settlement procedure in cartel cases, is in contempt of the rights of defence to the extent that it is based on an inequality of a disproportionate situation between the parties. This distortion exists throughout the entire procedure as the Commission may waive it at any time, even if the parties are irrevocably committed to it.

The imbalance of the situation in which the parties find themselves is patently clear, especially as regards the determination of time-limits. The latter should be known in advance, both for the minimum and the maximum times envisaged, and should not depend on a unilateral decision such as that provided for by the provisions of article 1(8).

If two or more parties belonging to the same undertaking indicate that they are willing to engage in settlement discussions pursuant to the first subparagraph, those parties shall appoint a joint representation to engage in discussions with the Commission on their behalf.

2. The Commission *may* inform the parties willing to introduce settlement submissions of:
- (a) the objections it envisages to raise against them;
 - (b) the evidence supporting them, and
 - (c) the potential fines.

Should settlement discussions progress to a stage in which the above mentioned information has been disclosed upon request or made available to the parties otherwise, the Commission may set a time-limit within which the parties may commit to follow the settlement procedure by introducing written settlement submissions reflecting the results of the settlement discussions and acknowledging their participation in an infringement of Article 81 of the Treaty as well as their liability. The Commission shall not be obliged to take into account written settlement submissions received after the expiry of

Paragraph deleted

2. The Commission ***shall*** inform the parties willing to introduce settlement submissions of:
- a) the objections it envisages to raise against them ;
 - b) the evidence supporting them, and
 - c) the potential fines.

The Commission ***shall*** set a time-limit ***for the parties*** within which they commit to follow the settlement procedure by introducing written statements reflecting the results of the settlement discussion and ***by not contesting the objections relating to an infringement of Articles 81 and 82*** of the Treaty. The Commission shall not be obliged to take into account written settlement submissions received after the expiry of that time-limit.

This paragraph concerns the relations between companies belonging to the same group and impacts on the definition of the notion of control.

The undertakings request the deletion of this paragraph to the extent that it is designed to recognise that a group is case a single undertaking. The case law of the Court of Justice does not authorise the Commission to unilaterally modify the criteria governing the notion of control.

The definition of control cannot therefore switch from a commercial notion to an organisational notion.

In order to respect the rights of defence, the Commission must inform the parties. It is not envisageable that either of the parties can be unaware of the objections raised against it.

Amendment of coordination (cf. above, paragraph 2, as amended). Insofar as the Commission informs the parties, the beginning of this paragraph shall no longer apply.

In addition, the time-limit set at this stage would be, in accordance with the provisions envisaged under point 8, at least two weeks, keeping in mind that the Commission has regard to both the time required for the preparation of the submission and to the urgency of the case. Considering, moreover, that the main objective of this settlement procedure is to speed up or to fast track for the Commission the settlement of

that time-limit.

3. When the statement of objections notified to the parties endorses the contents of their written settlement submissions, the written reply to the statement of objections by the parties concerned shall, within a time-limit set by the Commission, confirm that the statement of objections addressed to them corresponds to the contents of their written settlement submissions. *The Commission may then proceed immediately to the adoption of a decision pursuant to Article 7 and Article 23 of Regulation (EC) No 1/2003 after consultation of the Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Positions pursuant to Article 14 of Regulation (EC) No 1/2003.*"

3. When the statement of objections notified to the parties endorses the contents of their written settlement submission, the written reply to the statement of objections by the parties concerned shall, within the time-limit set by the Commission, confirm that the statement of objections addressed to them corresponds to the contents of their written settlement submissions. ***At the end of the procedures referred to in Articles 11-1 and 12,*** the Commission may then adopt a decision pursuant to Articles 7 and 23 of Regulation (EC) No 1/2003 after consultation of the Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Positions pursuant to Article 14 of Regulation (EC) No 1/2003. »

numerous cases, the undertakings consider that this minimum time-limit of two weeks will in fact be a maximum time-limit. Yet, the stage concerned is crucial and once again requires numerous démarches on their part. They therefore recommend adopting a time-limit of one month for reflection starting from the beginning of the settlement procedure.

Furthermore, in order to be in harmony with the scope of R. 773/2004, which may be amended, the scope of the text studied must cover both Articles 81 and 82.

Finally, pursuant to the provisions already provided for in certain Member States (France, Germany) the parties to the discussions for a settlement "do not contest the objections". Such a modification is in keeping with Article 6 of the European Convention on Human Rights, which is opposed to self-incrimination.

The immediacy of the adoption by the Commission of a decision must be abolished. It is in fact in conflict with points 5 and 6 below and with paragraph 24 of the notice. These points provide that the effective exercise of the rights of defence presupposes that the parties are given the possibility to be heard regarding the objections raised against them before a final decision is adopted.

5. Article 11(1) is replaced by the following:

"1. The Commission shall give the parties to whom it addresses a statement of objections the opportunity to be heard before consulting the Advisory Committee referred to in Article 14(1) of Regulation (EC) N° 1/2003"

6. Article 12 is replaced by the following:

"1. The Commission shall give the parties to whom it addresses a statement of objections the opportunity to develop their arguments at an oral hearing, if they so request in their written submissions.

"2. However, when introducing their written settlement submissions the parties shall confirm to the Commission that they would only require having the opportunity to develop their arguments at an oral hearing, if the statement of objections does not endorse the contents of their written settlement submissions."

7. In Article 15, the following paragraph 1a is added:

"1a. After the initiation of proceedings pursuant to Article 11(6) of Regulation (EC) No 1/2003, the Commission shall disclose, where appropriate, the evidence supporting the envisaged objections to parties willing to introduce settlement submissions in order to enable them to do so. In view thereof, when introducing their settlement submissions the parties

Paragraph deleted

Paragraph deleted

Pursuant to the provisions mentioned in paragraph 24 of the notice, the parties must be able to be heard regarding the objections raised against them.

Article 5-1a new is in contempt of the rights of defence. The Commission cannot have a right of disclosure "where appropriate".

The principle of access to the file is fundamental for any party that, not knowing exactly what it is being accused of, cannot defend itself fairly.

Such a discriminatory procedure must be abolished.

shall confirm to the Commission that they will only require access to the file after the receipt of the statement of objections, if the statement of objections does not endorse the contents of their written settlement submissions."

8. Article 17(1) and Article 17(3) are replaced by the following:

"1. In setting the time-limits provided for in Article 3(3), Article 4(3), Article 6(1), Article 7(1), Article 10(2), Article 10a(1), Article 10a(2), Article 10a(3) and Article 16(3), the Commission *shall* have regard both to the time required for preparation of the submission and to the urgency of the case.

3. The time-limits referred to in Article 3(3), Article 4(3), Article 10a(1), Article 10a(2) and Article 16(3) shall be at least two weeks. The time-limit referred to in Article 10a(3) shall be at least one week."

Article 2

This Regulation shall enter into force on [date]...x

8) Article 17(1) and Article 17(3) are replaced by the following:

«1. In setting the time-limits provided for in Article 3(3), Article 4(3), Article 6(1), Article 7(1), Article 10(2), Article 10a(1) Article 10a(2), Article 10a(3) and Article 16(3), the Commission ***may*** have regard both to the time required for preparation of the submission and the urgency of the case. »

«3. The time-limits referred to in Article 3(3), Article 4(3), Article 10a(1), Article 10a(2) and Article 16(3), shall be at least two weeks. The time limit referred to in Article 10a(3) shall be at least one week. ***The time limit referred to in Article 10a(2) shall be at least one month*** ».

Amendment of coordination (cf. observations above with regard to Article 10a new, paragraph 2).

Consultation de la Commission européenne

Révision du règlement n° 773/2004 et projet de communication relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'ententes

La Commission européenne a lancé une consultation sur la possible instauration d'une procédure de transaction dans le domaine des ententes. L'Association Française des Entreprises Privées (AFEP) expose ci-dessous ses observations sur les orientations que la Commission soumet à discussion.

En 2006, l'AFEP a regroupé 85 des plus grands groupes privés exerçant en France, dont les effectifs employés s'élevaient à un total d'environ 4,9 millions de personnes pour un chiffre d'affaires annuel de près de 1150 milliards d'euros et un produit net des entreprises bancaires supérieur à 80 milliards d'euros⁽¹⁾. La capitalisation boursière des groupes français cotés adhérents de l'AFEP dépassait 1300 milliards d'euros fin 2006.

Dans ses projets de communication et de règlement, la Commission indique vouloir faciliter la recherche d'infractions et accélérer leur résolution afin de libérer des disponibilités pour traiter les cas d'ententes les plus importants.

Si les entreprises ne sont pas opposées à l'introduction d'une procédure de transaction dans les affaires d'ententes, elles expriment de fortes réserves sur les modalités proposées par la Commission.

Le projet soumis à consultation crée en effet un déséquilibre tel entre les parties qu'il est difficile de qualifier la procédure décrite de véritable transaction. En particulier, alors même qu'une transaction suppose des concessions réciproques de la part des parties concernées, le projet de la Commission spécifie que cette dernière ne négocie ni la question de l'existence de l'infraction, ni la sanction à appliquer. De surcroît, ce projet remet gravement en cause les droits de la défense en laissant à la Commission un pouvoir discrétionnaire absolu pour organiser les discussions destinées à obtenir un règlement accéléré d'un dossier et en n'offrant pas aux parties concernées la possibilité d'avoir accès aux griefs susceptibles de leur être opposés.

Un document tricolonne accompagne ces commentaires afin de proposer des modifications de rédaction dans le projet de règlement modifiant le règlement (CE) n° 773/2004.

¹ Données « monde » pour les entreprises françaises et « France » pour les filiales d'entreprises étrangères.

Remarques préliminaires

Les entreprises s'interrogent sur le périmètre du futur texte comme sur l'articulation envisagée entre procédure de clémence et transaction. De plus, le projet de communication et celui de règlement modifié présentent des différences aux conséquences non négligeables pour les entreprises.

1. Périmètre du futur texte

Les projets de communication et de règlement de la Commission mentionnent régulièrement les « ententes » alors même que d'autres documents (communiqué de presse/FAQ) se réfèrent à la notion de « cartel », plus étroite. En outre, aucune mention n'est faite des abus de position dominante qui devraient entrer dans le champ d'application de ce type de procédure, le projet de règlement modifiant le règlement (CE) n° 773/2004 qui couvre ces pratiques² et la consultation se référant au règlement n°1/2003 dont l'intitulé exact porte sur "la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité".

Afin d'offrir une meilleure prévisibilité aux parties intéressées, il semble important que la Commission précise la portée exacte du règlement envisagé.

2. La clémence au regard de la procédure de transaction envisagée

Les entreprises constatent que la nouvelle procédure est complémentaire et peut se cumuler avec la clémence.

Or, pour être prise en considération dans le cadre d'une procédure de transaction, la demande de clémence serait encadrée dans le délai de celle-ci, alors que la communication sur la clémence³ ne prévoit aucun délai particulier pour déposer une telle demande.

Par ailleurs, telle qu'envisagée, la procédure de transaction se fonde uniquement sur des échanges écrits. Afin d'éviter les inconvénients d'une procédure de «discovery» dans des pays tiers, le programme de clémence a, pour sa part, utilement prévu une procédure orale. Il serait souhaitable qu'un dispositif identique soit envisagé pour les transactions.

3. Des différences entre les projets de communication et de règlement modifié

Les entreprises déplorent des différences entre les deux textes dont les conséquences peuvent être importantes pour elles, que ce soit notamment au regard du respect des droits de la défense ou du régime linguistique applicable.

² L'article 1^{er} dispose que « le présent règlement est applicable aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du Traité ».

³ Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes –JOUE C 298/17 du 8.12.2006

- Droits de la défense

Au §24 de sa communication, la Commission considère ainsi que pour garantir l'exercice effectif des droits de la défense, elle doit recueillir le point de vue des parties sur les griefs formulés à leur encontre avant d'adopter une décision finale. Ceci semble en contradiction avec l'immédiateté de l'adoption par la Commission de la réponse écrite des parties telle qu'envisagée à l'article 10 bis 3 du règlement. Il importe d'amender cet article afin de respecter les droits de la défense, fondés notamment sur le principe du contradictoire.

- Régime linguistique

Par ailleurs, dans le §20 (e) de sa communication, la Commission envisage que les parties concernées reçoivent la communication des griefs et la décision finale dans une langue officielle choisie par la Commission. Une telle disposition, que l'on ne retrouve mentionnée nulle part dans le projet de règlement, est contraire aux règles linguistiques en vigueur dans l'Union européenne⁴. Les entreprises doivent en effet avoir le droit d'exercer leur défense dans une des langues officielles de l'Union.

Dispositions envisagées par le projet de communication

Les entreprises de l'AFEP émettent de sérieuses réserves à l'encontre des orientations proposées.

La procédure envisagée remet en cause des principes fondamentaux des droits de la défense. Elle tente également de créer une nouvelle définition de la notion d'entreprise. Dans ce cadre, l'AFEP propose que la Commission s'inspire de systèmes de transaction existant déjà dans certains Etats membres et qui ont démontré leur efficacité. Enfin, pour autant que la procédure aboutisse, les éléments fournis à ce stade concernant le niveau d'incitation que les entreprises pourraient obtenir doivent être précisés.

1. Remise en cause des droits de la défense

Si l'on peut comprendre la préoccupation de la Commission européenne d'accélérer la procédure afin de traiter des affaires en plus grand nombre, l'ensemble de l'article 10 bis n'en recèle pas moins des éléments de procédure attentatoires aux droits de la défense. Or, ces derniers ne peuvent pas être remis en cause au titre de l'objectif recherché. De plus, cette procédure ne contient pas les garanties classiques qui encadrent les procédures de type répressif alors même qu'elle s'y apparente puisqu'elle s'accompagne de sanctions.

- Communication de documents à la discrétion de la Commission

Selon le §15 de la communication et l'article 10 bis. 7), la Commission se réserve le droit de communiquer les informations comprenant les preuves (faits allégués, gravité et durée de l'entente...) figurant dans le dossier de la Commission « en temps voulu, au fur et à mesure de l'avancement des discussions en vue de parvenir à une transaction ». Elle est cependant tenue de les communiquer avant l'octroi d'un délai accordé aux entreprises pour leur permettre de présenter une proposition écrite.

⁴ Voir notamment l'article 22 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Un tel système ne respecte pas le principe du droit à un procès équitable⁵, notamment car il ne permet pas l'élaboration d'un argumentaire de qualité par les parties concernées. Les droits de la défense seraient mieux garantis si ces dernières disposaient dès l'ouverture de la procédure des éléments susceptibles d'être retenus contre elles⁶.

- La Commission peut renoncer à la procédure à toute étape

La Commission peut à tout moment renoncer à la procédure, quelle que ce soit l'avancée des échanges, y compris lorsque les parties se sont entendues avec elle. A l'inverse, l'entreprise est liée dès sa proposition de transaction par écrit.

Outre le fait qu'elle est totalement déséquilibrée, une telle règle fragilise les entreprises même si, lorsque la Commission se désengage de la procédure, les éléments reconnus par les parties sont retirés et ne peuvent être invoqués.

En effet, cette affirmation ne suffit pas à garantir le déroulement équitable d'une procédure ultérieure, les services d'instruction et de décision n'étant pas distincts et étant par construction parfaitement informés des échanges précédents. En outre, il serait délicat de parvenir à prouver que la Commission n'a pas utilisé d'éléments recueillis dans le cadre de la recherche de transaction pour élaborer sa conviction nouvelle.

Des garanties objectives et vérifiables doivent donc être mises en place pour assurer une stricte étanchéité entre les services de la Commission qui ont suivi la procédure de transaction et ceux qui auraient à traiter le cas dans l'hypothèse de son abandon. Il est également essentiel que la Commission précise le devenir des documents que les entreprises ont pu lui remettre tout au long de la recherche d'une transaction, au regard notamment de la déclaration en reconnaissance de responsabilité.

- La reconnaissance de culpabilité

La Commission fonde la procédure de transaction sur « une reconnaissance sans équivoque, par les parties, de leur responsabilité dans l'infraction ».

Cette exigence semble en contradiction avec l'article 6-2 de la CEDH selon lequel « Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ». En outre, certains systèmes nationaux prévoyant des sanctions pénales, il semble essentiel que la Commission prenne en considération de telles dispositions afin que le droit à ne pas s'incriminer soit protégé.

Or, en l'espèce, la communication propose le système opposé dans la mesure où c'est parce qu'elle se sera incriminée préalablement à l'établissement de sa culpabilité qu'une partie sera déclarée coupable d'entente par la Commission.

Les entreprises préconisent donc que soit retenue la formule adoptée dans certains Etats membres, notamment la France et l'Allemagne, selon laquelle les parties « ne contestent pas la réalité des griefs » qui leur sont notifiés.

⁵ Voir, à ce titre, l'article 6 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme (CEDH).

⁶ Ainsi par exemple l'article 14 du Nouveau code de procédure civile dispose que « Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée. »

2. Création d'une nouvelle définition de l'entité « entreprise »

Dans l'article 10 bis, 1 2^e alinéa, la Commission dispose que « si deux parties au moins appartenant à la même entreprise font savoir qu'elles sont disposées à prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction, ces parties doivent désigner une représentation commune habilitée à s'engager en leur nom. »

Ce paragraphe concerne les relations entre sociétés d'un même groupe et impacte la définition de la notion de contrôle.

En imposant une représentation unique engageant plusieurs parties auprès de la Commission, cette définition implique qu'un groupe est une seule et même entreprise et conduit à anticiper la manière dont seront réglées les questions d'imputabilité des faits incriminés, à l'intérieur d'un groupe de sociétés, ce qui n'est pas admissible.

Une jurisprudence abondante et de nombreux recours pendants n'autorisent pas la Commission à modifier unilatéralement les critères de la notion de contrôle, les parties devant rester libres de soutenir leur point de vue à cet égard sans que cela puisse constituer un motif pour la Commission de faire échec à la transaction.

3. Risque de modification des dispositions nationales

Les entreprises s'opposent à ce que les lois nationales, dont certaines sont plus protectrices des droits des parties que celles envisagées par le règlement modifiant le règlement (CE) n° 773/2004, soient modifiées dans le sens de ce projet.

4. Prévisibilité incertaine quant à l'issue de la procédure

Pour autant que la procédure aboutisse, les entreprises l'ayant acceptée pourraient obtenir une réduction d'amende sous deux formes :

- une réduction forfaitaire de l'amende totale exprimée en pourcentage, non précisé à ce stade ; cette nouvelle procédure pouvant cependant se cumuler avec la clémence, la limite de cette réduction forfaitaire ne devrait pas dépasser le seuil minimum de réduction prévu dans le cadre de la communication sur la clémence ;
- la majoration pour dissuasion, susceptible d'être appliquée aux grandes entreprises en vertu de la communication sur le calcul des amendes⁷, ne pourrait excéder un doublement de l'amende.

Le système de transaction envisagé gagnerait en efficacité si le montant de l'amende en résultant était prévisible.

⁷ La communication de 2006 énonce « la Commission portera une attention particulière au besoin d'assurer que les amendes présentent un caractère suffisamment dissuasif ; à cette fin, elle peut augmenter l'amende à imposer aux entreprises dont le chiffre d'affaires, au-delà des biens et services auxquels l'infraction se réfère, est particulièrement important. ».

PROJET DE RÈGLEMENT (CE) NO .../.... DE LA COMMISSION
du [...]
modifiant le règlement (CE) no 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente

TEXTE ACTUEL	MODIFICATIONS PROPOSEES	OBSERVATIONS
<p>LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,</p> <p>vu le traité instituant la Communauté européenne,</p> <p>vu l'accord sur l'Espace économique européen,</p> <p>vu le règlement (CE) no 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (1), et notamment son article 33,</p> <p>après publication du projet du présent règlement (2),</p> <p>après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,</p> <p>considérant ce qui suit:</p> <p>(1) Le règlement (CE) no 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en oeuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE (3) fixe des règles régissant la participation des parties en cause à de telles procédures.</p>		

TEXTE ACTUEL	MODIFICATIONS PROPOSEES	OBSERVATIONS
<p>(2) Les parties à la procédure peuvent être disposées à reconnaître leur participation à une entente en violation de l'article 81 du traité et leur responsabilité en ce qui concerne cette participation, si elles peuvent anticiper raisonnablement les conclusions envisagées par la Commission quant à leur participation à l'infraction et au montant des amendes éventuelles et accepter ces conclusions. La Commission devrait pouvoir divulguer en tant que de besoin à ces parties les griefs qu'elle envisage de leur opposer eu égard aux éléments de preuve figurant dans son dossier et les amendes qu'elles risquent de se voir infliger. Cette communication anticipée devrait permettre aux parties en cause de faire connaître leur point de vue sur les griefs que la Commission envisage de soulever à leur encontre, ainsi que sur leur responsabilité éventuelle.</p> <p>(3) Lorsque la Commission entérine les propositions écrites de transaction dans la communication des griefs et que, dans leurs réponses, les parties confirment que la communication des griefs correspond à la teneur de leurs propositions de transaction, la Commission devrait pouvoir adopter immédiatement une décision en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) no 1/2003, après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes conformément à l'article 14 du règlement (CE) no 1/2003.</p> <p>(4) Par conséquent, la Commission devrait disposer d'une procédure de transaction afin de pouvoir traiter des affaires d'entente plus rapidement en obtenant l'accord des parties.</p>		

TEXTE ACTUEL	MODIFICATIONS PROPOSEES	OBSERVATIONS
<p>(5) L'expérience montre que si la Commission fournit systématiquement aux plaignants une version non confidentielle de la communication des griefs, les parties à la procédure peuvent se montrer moins disposées à coopérer avec elle. <i>S'il convient de continuer à associer étroitement les plaignants à la procédure, de les informer par écrit sur la nature et l'objet de la procédure, ainsi que de leur permettre de présenter leurs observations par écrit, c'est à la Commission qu'il devrait incomber de déterminer au cas par cas de quelle manière ces informations écrites devraient être données.</i></p> <p>(6) Le règlement (CE) no 773/2004 devrait donc être modifié à cet effet,</p> <p>A ARRÊTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:</p> <p><i>Article premier</i></p> <p>Le règlement (CE) no 773/2004 est modifié comme suit:</p> <p>1) L'article 2, paragraphe 1, est remplacé par le texte suivant:</p> <p>«1. La Commission peut décider d'ouvrir la procédure en vue d'adopter une décision en application du chapitre III du règlement (CE) no 1/2003 à tout moment, mais au plus tard à la date à laquelle elle rend une évaluation préliminaire au sens de l'article 9, paragraphe 1, dudit règlement, émet une communication des griefs ou adresse aux parties une demande de manifestation d'intérêt à prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction, ou bien à la date de publication d'une communication en application de l'article 27, paragraphe 4, dudit règlement, selon celle de ces dates qui vient en premier.»</p>	<p>(5) L'expérience montre que si la Commission fournit systématiquement aux plaignants une version non confidentielle de la communication des griefs, les parties à la procédure peuvent se montrer moins disposées à coopérer avec elle. Il convient de continuer à associer étroitement les plaignants à la procédure, de les informer par écrit sur la nature et l'objet de la procédure, ainsi que de leur permettre de présenter leurs observations par écrit.</p>	<p>Il n'appartient pas à la Commission de déterminer les modalités procédurales pour la transaction. Celle-ci doit s'inscrire dans un cadre procédural prédéterminé.</p>

TEXTE ACTUEL	MODIFICATIONS PROPOSEES	OBSERVATIONS
<p>2) À l'article 6, le paragraphe 1 est remplacé par le texte suivant: «1. Lorsque la Commission émet une communication des griefs relative à une affaire au sujet de laquelle elle a été saisie d'une plainte, elle informe le plaignant par écrit sur la nature et l'objet de la procédure et lui impartit un délai pour présenter ses observations par écrit. La Commission peut également lui fournir une copie de la version non confidentielle de la communication des griefs.»</p> <p>3) À l'article 10, le paragraphe 1 est remplacé par le texte suivant: «1. La Commission informe les parties en cause des griefs soulevés à leur encontre. La communication des griefs est notifiée <i>par écrit</i> à chacune des parties contre lesquelles des griefs sont soulevés.»</p>	<p>3) À l'article 10, le paragraphe 1 est remplacé par le texte suivant: «1. La Commission informe les parties en cause des griefs soulevés à leur encontre. La communication des griefs est notifiée à chacune des parties contre lesquelles des griefs sont soulevés.</p>	<p>Il semble que la Commission ne retienne qu'une procédure écrite pour gérer l'ensemble des échanges tout au long de la transaction. Au regard des systèmes de « discovery » existants dans des pays tiers, les entreprises préconisent que soit organisée une procédure similaire à celle retenue pour la clémence, où l'oral joue un rôle important.</p>

TEXTE ACTUEL	MODIFICATIONS PROPOSEES	OBSERVATIONS
	<p><i>2. À la demande de l'entreprise qui le souhaite, la Commission peut autoriser que les déclarations soient faites oralement à moins que l'entreprise n'ait déjà communiqué le contenu de la déclaration à des tiers. Les déclarations orales des entreprises seront enregistrées et transcrites dans les bureaux de la Commission. Conformément à l'article 19 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil et aux articles 3 et 17 du règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission, les entreprises qui font des déclarations orales auront l'occasion de vérifier l'exactitude technique de l'enregistrement, qui sera mis à leur disposition dans les bureaux de la Commission, et de corriger la teneur de leurs déclarations dans un délai donné. Les entreprises peuvent renoncer à ces droits dans ces délais, auquel cas l'enregistrement sera réputé approuvé dès ce moment. Suivant l'approbation explicite ou implicite de la déclaration orale ou la communication des corrections à y apporter, l'entreprise entend les enregistrements dans les bureaux de la Commission et vérifie l'exactitude de la transcription dans un délai donné. Le non-respect de cette dernière condition peut entraîner la perte de tout traitement favorable prévu par la présente communication.</i></p>	<p>Il est donc proposé de reprendre et d'appliquer dans ce cadre de la procédure de transaction les paragraphes 32 à 35 de la communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (JOCE C 298 du 8 décembre 2006, p. 17).</p>

TEXTE ACTUEL	MODIFICATIONS PROPOSEES	OBSERVATIONS
	<p><i>3. L'accès aux déclarations des entreprises n'est accordé qu'aux destinataires d'une communication des griefs à condition qu'ils s'engagent, avec leurs conseils juridiques qui obtiennent l'accès en leur nom, à ne pas prendre copie, par des moyens mécaniques ou électroniques, des renseignements figurant dans la déclaration de l'entreprise à laquelle l'accès leur est accordé et de veiller à ce que les renseignements tirés de ces déclarations ne servent qu'aux fins mentionnées ci-après. Les autres parties, telles que les plaignants, n'ont pas accès aux déclarations des entreprises. La Commission considère que cette protection spécifique d'une déclaration d'une entreprise n'est pas justifiée dès lors que l'entreprise communique son contenu à des tiers.</i></p>	

TEXTE ACTUEL	MODIFICATIONS PROPOSEES	OBSERVATIONS
	<p><i>4. Conformément à la communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission, l'accès au dossier n'est accordé qu'aux destinataires d'une communication des griefs sous la condition que les renseignements obtenus ne soient utilisés qu'aux fins de procédures judiciaires ou administratives ayant pour objet l'application des règles de concurrence communautaires en cause dans la procédure administrative connexe. L'utilisation de ces renseignements à d'autres fins pendant la procédure peut être considérée comme un manque de coopération au sens des points (12) et (27) de la présente communication. De surcroît, si ces renseignements sont utilisés après l'adoption, par la Commission, d'une décision d'interdiction dans la procédure, celle-ci peut, dans toute procédure ouverte devant les juridictions communautaires, leur demander de majorer l'amende infligée à l'entreprise responsable. Si les renseignements sont utilisés à d'autres fins, à tout moment, avec l'intervention d'un conseil extérieur, la Commission peut signaler l'incident au barreau de ce conseil, en vue d'une procédure disciplinaire.</i></p> <p><i>5. Les déclarations faites par les entreprises aux fins de l'application de la présente communication ne seront transmises aux autorités de concurrence des États membres, conformément à l'article 12 du règlement no 1/2003, que pour autant que les conditions fixées dans la communication relative au réseau soient réunies et que le niveau de protection contre la divulgation assuré par l'autorité de concurrence qui les reçoit soit équivalente à celui qui est conféré par la Commission. »</i></p>	

TEXTE ACTUEL	MODIFICATIONS PROPOSEES	OBSERVATIONS
<p>4) L'article suivant est inséré:</p> <p>«Article 10 bis</p> <p>Procédure de transaction dans les affaires d'entente</p> <p>1. Après l'ouverture de la procédure prévue à l'article 11, paragraphe 6, du règlement (CE) no 1/2003, la Commission peut impartir aux parties un délai pour faire savoir par écrit si elles sont disposées à prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction, afin de présenter le cas échéant des propositions de transaction. La Commission n'est pas tenue de prendre en considération les réponses reçues après l'expiration de ce délai.</p>	<p>Procédure de transaction dans les affaires d'entente <i>et d'abus de position dominante</i></p>	<p>Mise en conformité avec le champ d'application du R. 773/2004 susceptible d'être modifié</p> <p>La procédure instaurée par l'article 10 bis qui introduit une procédure de transaction dans les affaires d'entente est attentatoire aux droits de la défense dans la mesure où il repose sur une inégalité de situation disproportionnée entre les parties. Cette distorsion se retrouve tout au long de la procédure puisque la Commission peut à tout moment y renoncer, alors même que les parties y sont engagées de manière irrévocable.</p> <p>Le déséquilibre de la situation des parties est patent, en particulier pour la détermination des délais. Ceux-ci devraient être connus par avance tant pour le minimum que pour le maximum de temps envisagé, et ne pas dépendre d'une décision unilatérale telle que prévue par les dispositions de l'article 1^{er}-8.</p>

TEXTE ACTUEL	MODIFICATIONS PROPOSEES	OBSERVATIONS
<p><i>Si deux parties au moins appartenant à la même entreprise font savoir qu'elles sont disposées à prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction conformément au premier alinéa, ces parties doivent désigner une représentation commune habilitée à s'engager en leur nom.</i></p> <p>2. La Commission <i>peut informer</i> les parties désireuses de présenter des propositions de transaction:</p> <p>a) des griefs qu'elle envisage de soulever à leur encontre;</p> <p>b) des preuves à l'appui de ceux-ci;</p> <p>c) et des amendes éventuelles.</p>	<p>Paragraphe supprimé</p> <p>2. La Commission <i>informe</i> les parties désireuses de présenter des propositions de transaction:</p> <p>a) des griefs qu'elle envisage de soulever à leur encontre;</p> <p>b) des preuves à l'appui de ceux-ci;</p> <p>c) et des amendes éventuelles.</p>	<p>Ce paragraphe concerne les relations entre sociétés d'un même groupe et impacte la définition de la notion de contrôle.</p> <p>Les entreprises demandent la suppression de ce paragraphe dans la mesure où il tend à reconnaître qu'un groupe est une seule et même entreprise. La jurisprudence de la Cour n'autorise pas la Commission à modifier unilatéralement les critères de la notion de contrôle.</p> <p>La définition du contrôle ne peut ainsi passer d'une notion commerciale à une notion organisationnelle.</p> <p>Afin de respecter les droits de la défense, la Commission ne peut qu'informer les parties. Il n'est pas envisageable qu'une des parties puisse ne pas être au courant des griefs retenus à son encontre.</p>

TEXTE ACTUEL	MODIFICATIONS PROPOSEES	OBSERVATIONS
<p><i>Si les discussions en vue d'une transaction parviennent à un stade auquel les informations mentionnées ci-dessus ont été communiquées sur demande ou transmises autrement aux parties, la Commission peut impartir à ces dernières un délai pour s'engager éventuellement à suivre la procédure de transaction en présentant par écrit des propositions de transaction reflétant les résultats des discussions menées à cet effet et reconnaissant leur participation à une infraction à l'article 81 du traité, ainsi que leur responsabilité. La Commission n'est pas tenue de prendre en considération les propositions écrites de transaction reçues après l'expiration de ce délai.</i></p>	<p>La Commission <i>impartit</i> un délai <i>aux parties</i> pour s'engager éventuellement à suivre la procédure de transaction en présentant par écrit des propositions de transaction reflétant les résultats des discussions menées à cet effet et <i>ne contestant pas les griefs relatifs</i> à une infraction <i>aux articles 81 et 82</i> du traité La Commission n'est pas tenue de prendre en considération les propositions écrites de transaction reçues après l'expiration de ce délai.</p>	<p>Amendement de coordination (cf. supra, paragraphe 2 modifié). Dans la mesure où la Commission informe les parties, le début du présent paragraphe n'a plus lieu d'être.</p> <p>En outre, le délai imparti à ce stade serait, selon les dispositions envisagées au point 8, d'au moins deux semaines, sachant que la Commission tient compte du temps nécessaire à l'élaboration des observations et de l'urgence de l'affaire. Considérant par ailleurs que le principal objectif de cette procédure de transaction est d'accélérer et d'alléger pour la Commission le règlement de nombreux cas, les entreprises considèrent que ce délai minimum de deux semaines sera en réalité un maximum. Or l'étape concernée est cruciale et nécessite à nouveau de nombreuses démarches de leur part. Elles préconisent donc de retenir délai d'un mois de réflexion à compter du début de la procédure de transaction.</p> <p>De plus, afin d'être en cohérence avec le champ d'application du R. 773/2004 susceptible d'être modifié, le champ d'application du texte étudié doit couvrir à la fois les articles 81 et 82.</p> <p>Enfin, conformément aux dispositions déjà prévues dans certains Etats membres (Allemagne, France) les parties aux discussions en vue d'une transaction « ne contestent pas les griefs ». Une telle modification est cohérente avec l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui s'oppose à l'auto incrimination.</p>

TEXTE ACTUEL	MODIFICATIONS PROPOSEES	OBSERVATIONS
<p>3. Lorsque la communication des griefs notifiée aux parties entérine la teneur de leurs propositions de transaction, les parties en cause doivent, dans le délai fixé par la Commission, confirmer, dans leur réponse écrite à cette communication des griefs, que cette dernière correspond à la teneur de leurs propositions écrites de transaction. La Commission peut alors adopter immédiatement une décision en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) no 1/2003, après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes conformément à l'article 14 du règlement (CE) no 1/2003.»</p> <p>5) L'article 11, paragraphe 1, est remplacé par le texte suivant: «1. La Commission donne aux parties auxquelles elle adresse une communication des griefs la possibilité d'être entendue avant de consulter le Comité consultatif visé à l'article 14, paragraphe 1, du règlement (CE) no 1/2003.»</p> <p>6) L'article 12 est remplacé par le texte suivant: «1. La Commission donne aux parties auxquelles elle adresse une communication des griefs la possibilité de développer leurs arguments lors d'une audition, si elles en font la demande dans leurs observations écrites.</p> <p><i>2. Toutefois, lorsqu'elles présentent des propositions écrites de transaction, les parties confirment à la Commission qu'elles ne demanderont à développer leurs arguments lors d'une audition que si la communication des griefs n'entérine pas la teneur de leurs propositions écrites de transaction.»</i></p>	<p>3. Lorsque la communication des griefs notifiée aux parties entérine la teneur de leurs propositions de transaction, les parties en cause doivent, dans le délai fixé par la Commission, confirmer, dans leur réponse écrite à cette communication des griefs, que cette dernière correspond à la teneur de leurs propositions écrites de transaction. <i>A l'issue des procédures visées aux articles 11-1 et 12, la Commission peut alors adopter une décision en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) no 1/2003, après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes conformément à l'article 14 du règlement (CE) no 1/2003.»</i></p> <p>Paragraphe supprimé</p>	<p>L'immédiateté de l'adoption par la Commission d'une décision doit être supprimée. Elle vient en effet en contradiction avec les points 5 et 6 suivants et avec le paragraphe 24 de la communication. Ces points disposent que l'exercice effectif des droits de la défense suppose de donner aux parties la possibilité d'être entendues sur les griefs formulés à leur encontre, avant d'adopter une décision finale.</p> <p>Conformément aux dispositions mentionnées dans le paragraphe 24 de la communication, les parties doivent pouvoir être entendues sur les griefs formulés à leur encontre.</p>

TEXTE ACTUEL	MODIFICATIONS PROPOSEES	OBSERVATIONS
<p>7) À l'article 15, le paragraphe suivant 1 bis est ajouté: <i>«1 bis. Après l'ouverture de la procédure en vertu de l'article 11, paragraphe 6, du règlement (CE) no 1/2003, la Commission communique, lorsqu'elle le juge approprié, les éléments de preuve à l'appui des griefs qu'elle envisage de communiquer aux parties désireuses de présenter des propositions de transaction, afin de leur permettre de le faire. À cet effet, lorsqu'elles présentent ces propositions, les parties lui confirment qu'elles ne demanderont l'accès au dossier, après réception de la communication des griefs, que si celle-ci n'entérine pas la teneur de leurs propositions écrites de transaction.»</i></p> <p>8) Les paragraphes 1 et 3 de l'article 17 sont remplacés par les textes suivants: <i>«1. Pour fixer les délais prévus à l'article 3, paragraphe 3, à l'article 4, paragraphe 3, à l'article 6, paragraphe 1, à l'article 7, paragraphe 1, à l'article 10, paragraphe 2, à l'article 10 bis, paragraphe 1, à l'article 10 bis, paragraphe 2, à l'article 10 bis, paragraphe 3 et à l'article 16, paragraphe 3, la Commission tient compte du temps nécessaire à l'élaboration des observations et de l'urgence de l'affaire.»</i></p> <p><i>«3. Les délais visés à l'article 3, paragraphe 3, à l'article 4, paragraphe 3, à l'article 10 bis, paragraphe 1, à l'article 10 bis, paragraphe 2, et à l'article 16, paragraphe 3, sont d'au moins deux semaines. Le délai visé à l'article 10 bis, paragraphe 3, est d'au moins une semaine.»</i></p> <p><i>Article 2</i> Le présent règlement entre en vigueur le</p>	<p>Paragraphe supprimé</p> <p>8) Les paragraphes 1 et 3 de l'article 17 sont remplacés par les textes suivants: <i>«1. Pour fixer les délais prévus à l'article 3, paragraphe 3, à l'article 4, paragraphe 3, à l'article 6, paragraphe 1, à l'article 7, paragraphe 1, à l'article 10, paragraphe 2, à l'article 10 bis, paragraphe 1, à l'article 10 bis, paragraphe 2, à l'article 10 bis, paragraphe 3 et à l'article 16, paragraphe 3, la Commission peut tenir compte du temps nécessaire à l'élaboration des observations et de l'urgence de l'affaire.»</i></p> <p><i>«3. Les délais visés à l'article 3, paragraphe 3, à l'article 4, paragraphe 3, à l'article 10 bis, paragraphe 1, et à l'article 16, paragraphe 3, sont d'au moins deux semaines. Le délai visé à l'article 10 bis, paragraphe 3, est d'au moins une semaine. Le délai visé à l'article 10 bis, paragraphe 2, est d'un mois»</i></p>	<p>L'article 5-1 bis nouveau est attentatoire aux droits de la défense. La Commission ne saurait disposer d'un droit de communication « lorsqu'elle le juge approprié ».</p> <p>Le principe de l'accès au dossier est fondamental pour toute partie qui, sans la connaissance exacte des éléments qui lui sont reprochés, ne peut se défendre équitablement.</p> <p>Une telle procédure discriminatoire doit être supprimée.</p> <p>Amendement de coordination (cf. observations supra au regard de l'article 10 bis nouveau, paragraphe 2).</p>