

**Consultation de la Commission européenne sur
les projets de communication et de règlement relatifs aux
« procédures de transaction engagées dans les affaires d'ententes ».**

Observations du MEDEF

En vue d'introduire une procédure de transaction en droit communautaire de la concurrence, la Commission européenne a publié, le 26 octobre 2007, pour consultation publique :

- un projet de règlement modifiant le règlement (CE) n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente et,
- un 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'entente.

Le MEDEF a accueilli ces projets avec intérêt au regard des buts affichés par la Commission et des conséquences qui y sont liées visant notamment à aboutir à une procédure moins longue et moins « légaliste », lorsque les parties sont disposées à reconnaître l'entente visée.

Toutefois, les projets de règlement et de communication soumis, appellent, de la part du MEDEF, les observations suivantes :

1 - Considérations liminaires :

Compte tenu des enjeux juridiques et financiers importants qui caractérisent ce type d'affaires, le MEDEF estime primordial de consacrer une place centrale dans cette procédure, aux droits de la défense.

Par ailleurs, des critères précis de « transparence et de visibilité » devraient être intégrés dans ces projets pour donner un réel attrait à cette procédure qui vise, avant tout, à permettre à la Commission « *de traiter des affaires plus rapidement, en plus grand nombre et à moindre coût* ».

Les propositions de textes instaurent un processus toujours engageant pour l'entreprise mais très peu contraignant pour la Commission. Si nous comprenons que cette dernière observe une grande prudence dans les affaires d'entente, il est toutefois regrettable qu'un cadre qui souhaite récompenser une procédure de « coopération » soit autant déséquilibré au profit de la Commission européenne ; ce déséquilibre reposant notamment sur l'obligation de déposer un document écrit contenant l'estimation irréversible du montant de l'amende, et l'accès limité aux pièces du dossier.

Au regard des projets de communication et de règlement, nous comprenons que la procédure de transaction ne serait pas uniquement prévue pour les cartels mais qu'elle pourrait s'appliquer dans le cadre de toute forme d'entente décrite à l'article 81 CE. Le MEDEF s'interroge sur l'opportunité qui pourrait être donnée d'étendre cette procédure aux pratiques unilatérales, dans lesquelles la procédure de transaction serait plus simple à gérer pour la Commission.

2 - Observations sur le projet de communication :

D'une manière générale, la procédure de transaction apparaît très complexe pour les différents acteurs économiques, pas toujours spécialisés en droit communautaire de la concurrence. Aussi, dans un souci de lisibilité, le MEDEF souhaiterait que cette procédure soit allégée et simplifiée.

2.1 – L'articulation entre la procédure de « clémence » et celle de la transaction

Le MEDEF note que les procédures de clémence et de transaction sont cumulables (points 13 et 33). Toutefois, un certain nombre d'interrogations demeure au titre du montant de l'amende lorsque les deux procédures sont engagées. Par ailleurs, le MEDEF s'interroge sur les possibilités de cumul des « récompenses » au profit des entreprises. Une clarification de la Commission serait très utile sur ce point. Enfin, le MEDEF souhaite préciser qu'une entreprise engagée dans un processus de clémence reste libre de ne pas s'engager dans un processus de transaction. En conséquence, des précisions doivent être apportées par la Commission afin que les moments d'intervention de ces deux procédures soient balisés.

2.2 – L'initiative de la procédure

Au regard du projet qui nous a été soumis, la transaction ne serait « *ni un droit, ni une obligation* ». Les termes de la communication donnent une entière discrétion à la Commission européenne pour engager des discussions sur une éventuelle procédure de transaction et notamment d'« *identifier les affaires qui pourraient se prêter à rechercher l'intérêt que les parties auraient à prendre part à des discussions de transaction [...]* » (point 5).

En revanche, le pouvoir d'initiative laissé aux parties à une entente, s'il existe, n'est pas exprimé clairement dans la Communication. Le MEDEF estime que l'équilibre du texte doit permettre aux parties de faire connaître leur intérêt pour une procédure de transaction à la Commission, dans le respect de son pouvoir discrétionnaire.

Il est donc souhaitable d'amender les dispositions qui apparaissent au point 6, qui ne contiennent actuellement aucune prérogative explicite à ce sujet.

2.3 - Le calendrier de la procédure

A l'exception du délai « *de deux semaines au moins* » figurant au point 11, l'essentiel de la procédure fait l'objet d'un calendrier vague et incomplet. De l'avis du MEDEF, ce manque de clarté semble préoccupant dans le cadre d'une procédure où la rapidité et l'effectivité sont essentielles pour les entreprises intéressées.

2.4 - L'engagement de la procédure de transaction : les discussions menées en vue de parvenir à une transaction

A) Au point 14, la Commission évoque l'éventualité des « *contacts bilatéraux entre la direction générale de la concurrence de la Commission et les candidats à la transaction* » dans l'hypothèse où plusieurs entreprises ont été approchées par la Commission en vue d'entamer des discussions aux fins d'une éventuelle transaction. Le MEDEF souhaiterait qu'un éclairage soit fait par la Commission sur les suites qui seraient à envisager pour les entreprises. Cela signifie-t-il que certaines d'entre elles seulement pourraient poursuivre la procédure de transaction ?

Le MEDEF est d'avis qu'il serait également utile que la Commission ne se ferme pas la possibilité de « contacts multilatéraux » dans la mesure où ceux-ci favoriseraient la clôture du dossier dans des délais rapides, conformément à l'objectif recherché par la Commission à travers l'institution de cette procédure.

B) Par ailleurs, le MEDEF relève au point 15 que la Commission dispose d'une large « *marge d'appréciation tout au long de la procédure* » sur « *l'opportunité de mener des discussions bilatérales avec chaque entreprise* ». Plus précisément, la Commission dispose d'une liberté d'organiser à son gré le contenu des échanges avec l'entreprise, notamment en ce qui concerne les éventuels éléments de preuve. Cette disposition ne peut que fragiliser la situation de l'entreprise concernée dans le processus engagé de transaction. Le MEDEF souhaiterait qu'un équilibre soit fait en faveur des entreprises qui transigent.

C) Aux points 15 et 16, la Commission est extrêmement vague lorsqu'elle évoque le « *montant potentiel de l'amende* » (point 15) et les « *fourchettes d'amendes probables* » (point 16). Le MEDEF souhaiterait que la Commission précise ces deux notions.

D) Le MEDEF propose au point 17, d'introduire un délai **d'au moins 20 jours ouvrables** pour permettre à l'entreprise en cause de présenter une proposition écrite de transaction définitive.

Par ailleurs, la dernière phrase du point 17 qui précise que les services de la Commission peuvent accorder « *l'accès aux versions non confidentielles de tout document accessible figurant dans le dossier de l'affaire, pour autant qu'ils l'estiment justifié* » apparaît inacceptable en ce qu'il est contraire à l'exercice même du droit de la défense. Aussi convient-il de donner une réelle transparence aux conditions dans lesquelles la Commission pourrait refuser l'accès au dossier à la partie qui le demanderait.

E) En l'état actuel, le texte ne permet pas aux entreprises de se prononcer en connaissance de cause et affaiblit ainsi l'intérêt même de la procédure de transaction. Il est en effet **indispensable que les entreprises aient accès à la totalité des pièces du dossier en possession de la Commission.**

Le MEDEF note que dans leur « *proposition écrite de transaction* », qui est « irrévocable », les parties doivent confirmer d'une part, « *qu'elles ont été suffisamment informées sur les griefs que la Commission envisage de leur adresser et qu'elles ont eu suffisamment l'occasion de faire connaître leur*

point de vue à la Commission » (point 20 c) et d'autre part, « qu'elles n'envisagent pas de demander l'accès au dossier ou à être entendues de nouveau, lors d'une audition orale, à moins que la Commission n'entérine pas leur proposition de transaction » (point 20 d). Cette proposition écrite de transaction « irréversible » paraît insolite dans la mesure où la liberté contractuelle doit être la règle dans une négociation.

En conséquence, le MEDEF considère que la Commission doit s'engager à transmettre aux parties l'ensemble des pièces du dossier utilisées à l'appui des griefs envisagés et qui sont indispensables au calcul de l'amende, aux fins de l'élaboration de cette proposition et ce dès le début du délai qui leur est imparti à cet effet (cf. délai de 20 jours ouvrables tel que proposé ci-dessus pour le point 17).

F) Le MEDEF est d'avis que cette procédure serait réellement plus attractive si un pourcentage conséquent de réduction de l'amende était proposé dès la phase de « pré-transaction » par la Commission aux entreprises concernées, du même ordre que celui existant en droit français (jusqu'à 50% de réduction d'amende).

Des précisions devraient également être données sur l'automatisme de cette réduction d'amende, d'autant que la procédure de discussion bilatérale paraît faciliter les discriminations entre les entreprises concernées.

G) Le MEDEF soutient le point 18 qui permet aux parties de « *faire appel au conseiller-auditeur à tout moment de la procédure de transaction pour toute question liée aux droits de la défense* ».

2.5 - Les propositions de transaction : les engagements définitifs des parties

Le projet proposé comporte un certain nombre d'incertitudes sur la question de l'engagement définitif des parties. Alors que les parties s'engagent dans leur proposition écrite de transaction (« *Les propositions écrites de transaction ne peuvent être révoquées unilatéralement par les parties qui les ont présentées* », point 22), la Commission dispose d'un droit de retrait à plusieurs étapes de la procédure, ce qui tend à déséquilibrer largement le processus transactionnel et les droits des parties à la procédure. La Commission n'est liée à aucun moment de la procédure, même dans l'hypothèse d'une proposition de transaction conforme au résultat des discussions engagées, plus particulièrement sur le montant de l'amende maximale qu'elle accepte d'acquitter. Ces dispositions apparaissent déséquilibrées puisque l'entreprise s'engage, sans possibilité de rétractation dans le processus dès la remise de sa proposition de transaction.

A ce titre, la première phrase du point 27, « *la Commission peut légitimement adopter une communication des griefs qui n'entérine pas la proposition de transaction des parties* », nous semble abusive dans l'hypothèse d'une proposition de transaction conforme aux discussions menées au même titre que les dispositions apparaissant au point 29 de la communication. Cette **absence de sécurité juridique** tend à décourager les parties à s'engager dans une telle procédure.

Le MEDEF est d'avis que le point 20 (a) est excessif en ce qu'il exige de l'entreprise sa « *reconnaissance sans équivoque de responsabilité dans l'infraction* ». La « non contestation des

griefs » devrait être suffisante dans une procédure de ce type. Par ailleurs, une protection devrait être envisagée par la Commission afin d'éviter que le document écrit reconnaissant la culpabilité de l'entreprise ne soit utilisé dans une procédure de « *discovery* » éventuelle. Une protection identique à celle qui existe dans le cadre du programme de clémence devrait être envisagée.

Par ailleurs, le point 20 (e) fait état de la communication des griefs dans « *une langue officielle de la Communauté européenne* ». Cette mention apparaît trop imprécise, d'autant que le contexte d'une même affaire peut mettre en cause des entreprises originaires de plusieurs Etats dont la langue officielle est différente. Aussi faudrait-il que l'entreprise puisse elle-même préciser la langue dans laquelle elle souhaite recevoir ce document.

2.6 - L'abandon de la procédure

Il est prévu au point 27 que lorsque la Commission adopte une communication des griefs qui n'entérine pas la proposition de transaction des parties, « *les éléments reconnus par les parties dans les propositions de transaction seraient réputés avoir été retirés et ne pourraient être utilisés contre aucune des parties à la procédure* ». Bien que le MEDEF accueille favorablement cette protection, il émet toutefois des réserves sur son efficacité, les services d'instruction et de décisions de la Commission étant étroitement liés.

Le MEDEF souhaiterait que la Commission clarifie et garantisse une meilleure indépendance de ses services à ce sujet. En outre il nous paraît indispensable que la Commission prévoie d'affecter une équipe spécifique chargée des cas de transaction, distincte des services d'instruction.

2.7 - La détermination du montant de l'amende

Au cœur de la motivation d'une entreprise à s'engager dans ce processus plus rapide et moins « lourd », la communication reste vague sur la question du montant de l'amende. Le MEDEF souhaiterait que la Commission clarifie ses vues sur ce point. Par ailleurs, le MEDEF demande à la Commission de préciser si cette réduction sera applicable indistinctement à toutes les parties, dans toutes les affaires. Dans l'affirmative, peu de marge d'appréciation et peu de latitude seront laissées pour apprécier les différentes situations.

A titre subsidiaire, le MEDEF s'interroge sur le degré de confidentialité d'une procédure de transaction. Dans l'hypothèse de sa publicité aux tiers, il y a lieu de s'interroger sur d'éventuelles dispositions tendant à protéger les entreprises dans le cadre d'actions en dommages et intérêts devant les tribunaux civils.

3 - Observations sur le projet de règlement :

Aux points 1 et 2 de l'article 10 bis proposé pour être inséré dans le règlement 773/2004, s'agissant des obligations de la Commission, le MEDEF propose de supprimer le terme « *peut* » et de le remplacer respectivement par les formules suivantes : « *La Commission impartit aux parties un délai [...]* » (pour le point 1) et « *La Commission informe les parties [...]* » (pour le point 2).