

Consultation de la Commission

Révision du règlement n° 773/2004 et projet de communication relative aux procédures de transaction 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

1. L'Association française d'étude de la concurrence (ci-après AFEC) a pris connaissance avec intérêt des propositions de la Commission visant à modifier le règlement d'application n° 773/2004 et à publier une communication « relative aux procédures de transaction en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement n° 1/2003 dans les affaires d'entente ».

Malgré la diversité des origines de ses membres¹, de manière unanime, l'AFEC a exprimé de sérieuses réserves sur le mécanisme actuellement proposé.

2. En effet, si l'accélération des procédures pour être en phase avec « le temps économique » est un objectif partagé par tous, cela ne doit pas se faire au détriment des droits fondamentaux. L'AFEC s'est étonnée du fait que la procédure envisagée ait été uniquement conçue comme l'accessoire d'une procédure de clémence dans le cadre de la lutte contre les ententes dites injustifiables. Malgré les affirmations répétées de la Commission selon lesquelles la décision rendue à l'issue de la procédure de « transaction » pourra faire, comme toute décision, l'objet d'un contrôle juridictionnel, le mécanisme proposé s'inscrit dans le cadre de la « théorie des jeux », qui fonde les programmes actuels de clémence, et, plus encore, ce qui a suscité les réserves les plus fortes, a pour objectif non avoué de faire l'économie d'un contrôle juridictionnel.

Il y a certainement dans le système communautaire actuel de la place, en-dehors de la procédure d'engagements qui correspond à d'autres situations, pour une procédure qui permette d'accélérer les poursuites, mais celle-ci devrait reposer, d'une part, sur des bases plus solides et moins attentatoires aux droits des entreprises et, d'autre part, avoir un domaine plus large.

En raison de la conception particulière de cette procédure retenue par la Commission dans ses propositions, il est apparu nécessaire à l'AFEC de faire des observations générales (I) avant de faire des remarques plus spécifiques sur le déroulement de la procédure, telle qu'elle est actuellement conçue (II).

¹ Le groupe de travail était composé d'une magistrate, d'universitaires, de représentants d'entreprises et d'avocats ; ses conclusions ont été approuvées par le comité de direction.

I. Observations générales

3. A titre liminaire, l'AFEC souhaite attirer l'attention sur la **terminologie** utilisée dans la version française des textes. En-dehors de la référence au mot « récompense », que l'AFEC avait déjà critiqué dans ses observations sur le projet de communication relative à l'immunité d'amendes, le terme « transaction » appelle les plus grandes réserves.

En droit français, la *transaction* correspond à une catégorie juridique précise tant en matière civile que pénale. Elle implique des concessions réciproques des parties. Quel que soit le jugement porté sur la procédure proposée par la Commission, au regard du droit français, il ne s'agit en aucune manière d'une « transaction ». Le point 2 du projet de communication est à cet égard très clair, puisqu'il est précisé que la Commission ne négocie pas la question de l'existence de l'infraction ; elle ne négocie pas davantage la sanction à appliquer.

L'AFEC demande par conséquent à la Commission de ne plus utiliser ce terme juridique en-dehors de son contexte, ce qui conduit à une véritable dénaturation du concept. L'expression parfois utilisée pour la procédure française de l'article L. 464-2.III c. com. de « non contestation des griefs » ne peut davantage être retenue dans la mesure où elle suppose au préalable une notification des griefs, garantie indispensable qui n'est pas prévue dans la procédure communautaire actuellement envisagée.

C'est vers la recherche d'une expression plus neutre et ne faisant pas appel à des catégories juridiques nationales, comme « règlement accéléré » ou « règlement direct », qu'il faudrait vraisemblablement s'orienter.

4. Au-delà de cette question de terminologie, qui ne doit pas être négligée, l'AFEC souhaite revenir successivement sur les bases juridiques de l'intervention de la Commission (A), sur la question de la séparation des fonctions (B), sur le domaine du projet de communication (C).

A. Fondement juridique de l'intervention

5. Contrairement à ce que suggère la Commission au point 3 du projet de communication, il paraît pour le moins hasardeux d'introduire cette procédure uniquement en apportant quelques modifications au règlement n° 773/2004. Une exception d'illégalité, sans oublier l'hypothèse d'un éventuel recours en annulation d'un Etat membre, risque certainement d'être soulevée dès que l'occasion se présentera à une entreprise.

Sur le fond, deux objections, au demeurant liées, peuvent, en effet, être faites.

6. Les compétences d'exécution de la Commission en droit des pratiques anticoncurrentielles sont définies à l'article 33 du règlement n° 1/2003. L'on voit mal en quoi le projet soumis entre dans le domaine de l'article 33, § 1. Rattacher cette question aux « modalités des auditions » de l'article 27 paraît pour le moins extensif.

7. Précisément, si la Commission souhaite présenter cette procédure comme un simple aménagement de l'article 27, elle méconnaît le fait, qu'en application de l'article 27, § 1, du règlement n° 1/2003, toute entreprise a droit à une communication des griefs. Certes, le projet de communication prévoit le maintien d'une communication des griefs, mais il ne s'agit alors que de la

reprise des propositions de l'entreprise, ce qui inverse la charge de la preuve qui pèse normalement sur la Commission

Le respect du principe de parallélisme des formes conduit à mettre en cause la légalité d'un abandon de ce principe exprimé dans le règlement du Conseil dans le seul règlement d'application.

8. Bien que l'AFEC ne doute pas que ce point ait fait l'objet d'une vérification étendue avec le service juridique de la Commission, elle émet par conséquent des **réserves sur la base juridique utilisée**.

B. Licéité du mécanisme proposé

9. De sérieux doutes ont également été exprimés quant à la compatibilité du système proposé avec les exigences résultant de l'article 6, § 1 CEDH, tel qu'intégré dans l'ordre juridique communautaire. L'argument avancé par la Commission suivant lequel la négociation se ferait entre l'entreprise et le *team case*, tandis que la décision finale appartiendrait à la seule institution collégiale qu'est la Commission, n'a pas convaincu. Le système communautaire reste profondément hiérarchique, la DG concurrence n'ayant aucune autonomie juridique et ne pouvant agir que sur délégation de la Commission, en tant qu'institution.

10. Bien plus, il a été noté que dans tous les Etats membres où des mécanismes s'apparentant à un « plaider coupable » avaient été récemment mis en place dans une matière pénale ou quasi-pénale, seul le juge avait le pouvoir de décision. L'examen de la jurisprudence constitutionnelle de ces Etats membres, dont la France, révèle l'importance attachée au respect du principe de séparation des fonctions. La jurisprudence allemande récente intervenue à propos d'un mécanisme comparable utilisé par le *Bundeskartellamt*² va dans le même sens.

Au demeurant, le modèle américain, qui a servi une fois de plus de référence aux réflexions de la DG concurrence, ne s'écarte pas de ce principe puisqu'un juge intervient précisément dans le processus.

11. En conséquence, l'AFEC émet de vives réserves quant à la possibilité de laisser à la Commission le monopole intégral de cette procédure sans contrevenir au principe de séparation des fonctions qui résulte à la fois de l'article 6, § 1 CEDH, mais également des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres.

L'argument, qui, traditionnellement, a permis au juge communautaire de valider la réunion des pouvoirs au sein de la Commission en matière de concurrence, devient dans ce cas inopérant. En effet, il ne faut pas oublier que précisément tout le mécanisme a pour but de rendre vain et inutile la saisine du juge communautaire.

12. Si le principe d'un mécanisme accéléré doit être maintenu, il doit permettre un contrôle juridictionnel effectif. En conséquence, ce n'est pas la Commission en tant que collège qui devrait

² J. Burichter, « Reflections on the Implementation of a Plea Bargaining/Direct Settlement-System in EC Competition Law, in *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels* ; v. égal. les conclusions de la table ronde de l'OCDE en 2006.

accepter la renonciation de l'entreprise à se prévaloir de ses droits à la défense, mais un juge indépendant.

Pour satisfaire aux exigences résultant à la fois de la théorie des droits fondamentaux et des traditions constitutionnelles communes, le mécanisme doit par conséquent être intégralement repensé.

C. Domaine du mécanisme proposé

13. Il ne fait pas de doute que la Commission entend réserver cette procédure aux seules pratiques d'entente, et plus encore parmi ces dernières, aux plus graves, soit les cartels injustifiables. Cela étant, il serait bon puisque le projet parle d'ententes sans autre qualificatif que cela soit précisé, ce qui devrait conduire la Commission à être plus explicite sur l'articulation nécessaire avec le jeu des programmes de clémence.

14. Tout en reconnaissant la nécessité de lutter contre de telles pratiques, l'AFEC regrette que l'action de la Commission soit depuis le 1^{er} mai 2004 presque exclusivement orientée vers ces comportements. En-dehors des ententes injustifiables et de quelques cas emblématiques d'abus de position dominante (Microsoft, Astra Zeneca...), les ANC et juridictions nationales ne peuvent plus se référer à une pratique décisionnelle de la Commission pour appréhender les autres pratiques.

De plus, même en matière de cartels, la seule publication au demeurant très tardive d'un résumé de la décision au JOUE ne permet pas aux ANC et plus encore aux juridictions nationales d'avoir connaissance et d'évaluer les solutions de la Commission sur ces questions aussi sensibles que l'imputabilité de l'infraction au sein d'un groupe de sociétés, les conséquences d'une restructuration...

15. L'adoption d'une procédure certes accélérée, mais répondant à toutes les exigences procédurales, soit postérieure à la communication des griefs, permettrait à la Commission de traiter des dossiers plus variés. Même en matière d'abus de position dominante, il y a de la place pour une telle procédure, en particulier pour des faits passés pour lesquels la procédure d'engagements ne présente plus d'intérêt.

II. Observations spécifiques

16. En se plaçant dans le cadre proposé par la Commission malgré les réserves exprimées ci-dessus, l'AFEC souhaite attirer l'attention sur les points suivants.

A. L'ouverture de la procédure.

17. Dans la version française des textes, l'article 11, § 6, du règlement n° 1/2003 est présenté comme le texte qui permet à la Commission d'ouvrir la procédure (v. not., pt 9 du projet de communication). Une telle présentation paraît erronée : l'article 11, § 6, permet à la Commission de dessaisir l'ANC en charge du dossier, mais ne constitue en aucune manière le fondement de son intervention.

L'expérience a révélé que les ANC étaient confrontées au même problème que sous l'ancien règlement n° 17/62 où un le principe du dessaisissement était affirmé à l'article 9, § 3. Même dans le contexte du réseau, les ANC rencontrent des difficultés à identifier l'engagement de la procédure par la Commission³. Si l'article 2 du règlement n° 773/2004 précise la date limite de cet engagement de la procédure, il ne le soumet à aucune forme particulière. Puisque la Commission envisage de modifier le règlement d'application, cela pourrait être l'occasion de clarifier ce point.

18. Si l'on se place du côté des entreprises, l'on ne comprend pas pourquoi elles n'auraient pas la possibilité de prendre l'initiative de la procédure.

Par ailleurs, le délai de deux semaines prévu au point 11, s'il paraît raisonnable dans la majorité des situations, peut être trop bref dans certains cas, en particulier lorsque la société impliquée dans le cartel a fait l'objet d'une acquisition. Compte tenu des situations fréquentes de restructuration, un délai de **quinze jours ouvrables** paraît plus adéquat.

19. Enfin, la représentation unique pour les sociétés d'un même groupe a fait l'objet d'une vive critique. Il y a une différence sur ce point entre le projet de règlement et le projet de communication. Si la seconde présente cela comme une faculté au point 12, l'article 10 bis. 1, al. 2, est rédigé sous la forme d'une obligation. Imposer une représentation unique conduit à anticiper la manière dont seront réglées les questions souvent de plus en plus délicates d'imputabilité à l'intérieur d'un groupe de sociétés et paraît par conséquent difficilement admissible.

B. Le déroulement de la procédure

1. La phase 1 : les discussions pour parvenir à un règlement accéléré

20. Une hostilité de principe vis-à-vis d'une procédure qui intervient alors même que la Commission n'a pas formulé de manière précise les griefs s'est manifestée. Il ne s'agit en aucun cas d'une transaction, mais d'une reconnaissance anticipée de culpabilité, qui présente le grand intérêt pour la Commission de lui faciliter le travail, notamment quant à la détermination des personnes responsables, l'étendue de l'infraction, sa durée...

S'il s'agissait de procédures impliquant une seule entreprise, voire deux, le procédé pourrait peut-être être admis, dans la mesure où l'entreprise aurait effectivement le droit de revenir à une procédure normale. Tel n'est pas le cas dans le mécanisme proposé. La difficulté est accentuée du fait que la procédure va jouer uniquement pour des ententes injustifiables révélées par des programmes de clémence. Concrètement, elle ne présente d'intérêt pour la Commission que si toutes les entreprises renoncent à poursuivre la procédure par la voie normale.

³ V. en particulier, B. Lasserre, « Le Conseil dans le réseau communautaire », *Concurrences*, 3-2005, p. 45, n° 19.

L'AFEC s'interroge dans ce cadre sur les pressions qui pourraient être exercées sur celle des entreprises qui refuserait de renoncer à se défendre et ferait ainsi perdre tous les avantages escomptés du règlement rapide du dossier.

De manière générale, le pouvoir discrétionnaire dont dispose la Commission dans le déroulement de cette phase a suscité des réserves.

21. Dans une optique plus technique, la principale critique a porté sur l'étendue du droit d'accès au dossier. Le fait que la Commission indique que « les informations seront communiquées en temps voulu, au fur et à mesure de l'avancement des discussions en vue de parvenir à une transaction » (pt 15) est apparu inadmissible.

2. La phase 2 : les propositions de reconnaissance de l'infraction par l'entreprise

22. Le fait que les propositions de l'entreprise doivent être faites par écrit a soulevé des craintes en raison des risques de *discovery* américaines.

Bien que le contexte ne soit pas nécessairement le même que dans la clémence en raison de la proximité de la déclaration de l'entreprise et de l'adoption par la Commission de la décision finale, l'AFEC s'est interrogée sur l'opportunité de prévoir des modalités de réception des déclarations sous la forme orale, comme cela est prévu en matière de clémence.

3. La phase 3 : la communication des griefs et réponse

23. Au point 27 du projet de communication, il est indiqué que la Commission peut ne pas entériner les propositions des parties. Dans ce cas, les éléments reconnus sont réputés avoir été retirés et ne pourraient être utilisés contre les parties à la procédure.

Des doutes sérieux ont été émis quant à la réalité des garanties conférées dans ce cas aux entreprises.

C. Issue de la procédure

24. S'agissant du montant de la réduction qui peut être accordé à l'entreprise, il est apparu qu'il fallait distinguer suivant que l'on restait, ou non, dans le cadre actuel.

Dans la conception actuelle de cette procédure, qui est indissociable de la clémence, une réduction de 20 % paraît raisonnable.

En revanche, si la Commission s'orientait vers une véritable procédure de renonciation à contester les griefs susceptibles de jouer pour toutes les pratiques, la fourchette de réduction devrait être plus élevée de 20 à 50 %.

25. La question essentielle non traitée dans le projet de communication concerne l'utilisation qui peut être faite non seulement des déclarations de l'entreprise, mais également de la décision finale :

- par les autres ANC membres du réseau ; il serait utile de préciser que l'affaire ayant déjà été traitée par la Commission, une ANC ne peut se saisir des mêmes faits ; le problème se pose également pour

la transmission des informations en application de l'article 12 du règlement dont le traitement devrait être précisé ;

- dans le cadre de procédures privées en Europe ;

- dans le cadre de procédures dans des Etats tiers.

26. **En conclusion**, l'AFEC s'interroge sur l'intérêt concret que peuvent avoir les entreprises

- à renoncer à tous leurs droits ; le recours juridictionnel devenant illusoire du fait de l'aveu de culpabilité...

- à prendre des risques quant à l'utilisation qui pourra ensuite être faite de cette « décision simplifiée » dans le cadre d'autres procédures pour finalement obtenir une réduction d'amende de l'ordre de 10 à 20 % calculé sur une assiette qu'elles ne maîtrisent pas.

Une procédure post-communication des griefs permettrait certainement d'obtenir des résultats plus satisfaisants dans la mesure où les entreprises impliquées pourraient effectivement « négocier » avec la Commission de questions souvent sensibles, comme la détermination des entités responsables, la durée de participation à l'infraction... Elle présenterait en outre l'avantage de résoudre les objections relatives à la base juridique.