

MCP/JS

13 Décembre 2007

Observations du Comité National Français de la Chambre de commerce internationale (ICC France) relatives au projet de Règlement modifiant le règlement (CE) n° 773/2004 et au projet de Communication de la Commission visant à introduire une procédure de transaction dans les affaires d'entente en application des articles 7 et 23 du règlement n°1/2003 du Conseil

1. Le Comité National Français de la Chambre de commerce internationale se félicite que la Commission européenne ait fait appel à une consultation publique pour recueillir l'avis des entreprises et organisations intéressées sur une série de mesures visant à instaurer une procédure de transaction dans le cadre d'affaires portant sur des ententes en vue d'engager une procédure accélérée et simplifiée réduisant le montant des amendes et complétant la récente modification de la communication sur la clémence et la révision des lignes directrices pour le calcul des amendes.

2. Ce mécanisme de « *transaction* » inspiré du « *plea bargaining* » américain existe déjà dans certains Etats membres, tel que la France et l'Allemagne, où il a rencontré un certain succès et il contribue utilement à la mise en œuvre de procédures alternatives aux sanctions qui permettent aux autorités de concurrence de renforcer leur efficacité par une meilleure allocation de leurs moyens d'investigation, l'économie de moyens réalisée se traduisant par une réduction de la sanction pour les entreprises qui coopèrent avec l'autorité de concurrence.

3. Si le principe même de l'introduction d'un processus transactionnel en droit communautaire de la concurrence ne peut qu'être approuvé, les modalités envisagées dans les projets de textes soumis à la présente consultation posent un certain nombre de difficultés.

Il existe en effet une différence fondamentale entre la situation juridique aux Etats Unis et les règles communautaires de concurrence, tenant au fait que les règles fédérales applicables relèvent du droit pénal et que les décisions rendues aux Etats Unis sont prises par un tribunal qui n'est pas partie aux négociations entre les entreprises et le procureur, alors que la Commission cumule en Europe les fonctions d'instruction et de sanction. Il convient donc, compte tenu de cette situation, d'assurer une protection adéquate des droits des entreprises.

4. Le Comité National Français de la CCI fait donc les observations et suggestions suivantes ;

a) La procédure de transaction, telle qu'elle est actuellement envisagée, confère à la Commission toute latitude pour décider de son déclenchement, de son déroulement et de son issue.

S'il n'est pas question de discuter le nécessaire contrôle, par la Commission, de cette procédure, il serait toutefois souhaitable d'introduire clairement la possibilité pour les parties d'être aussi à l'initiative de son déclenchement, avant ou après notification des griefs. Il s'agirait ainsi de permettre aux parties de saisir la Commission d'une demande d'ouverture d'une procédure de transaction sans qu'il soit nécessaire que la Commission les ait préalablement sollicitées à cet effet.

Il conviendrait également de prévoir que la procédure de transaction est ouverte aux entreprises tant pour ce qui concerne les infractions à l'article 81 qu'à l'article 82.

b) Le point 15 de la Communication précise que les parties ayant accepté d'explorer la voie transactionnelle pourront avoir accès aux « *informations comprenant les preuves figurant dans le dossier de la Commission utilisées à l'appui des griefs envisagés, ainsi que le montant potentiel de l'amende. Ces informations seront communiquées en temps voulu, au fur et à mesure de l'avancement des discussions en vue de parvenir à une transaction* ».

Le point 17 de la Communication, dans sa rédaction actuelle, subordonne quant à lui l'accès des parties aux versions non-confidentielles de tout document figurant dans le dossier à la présentation par les parties d'une demande motivée. En d'autres termes, il n'existe pas de droit général et inconditionnel d'accès au dossier, les parties ne pouvant avoir accès qu'aux documents pour lesquels les services de la Commission estiment la demande justifiée et de nature à ne pas compromettre l'efficacité de la procédure de transaction.

Cette situation porte incontestablement atteinte aux droits de la défense des parties en ne leur permettant pas d'adopter leur décision « en toute connaissance de cause ». Elle est d'autant plus préjudiciable aux parties qu'il leur est demandé, une fois qu'elles ont pris connaissance des éléments que la Commission aura bien voulu leur soumettre, de renoncer expressément à tout accès au dossier si la transaction devait être entérinée par la Commission.

Les projets soumis à consultation publique devraient ainsi être amendés pour permettre aux parties d'avoir accès, dès le début de la procédure de transaction et de façon inconditionnelle, à l'intégralité du dossier (dans le respect du secret des affaires). En effet, il est légitime et nécessaire que les parties puissent savoir précisément ce qui leur est reproché et apprécier tant les éléments de preuve à charge que ceux qui pourraient être utiles à leur défense. Ceci leur permettrait de prendre une décision éclairée sur l'opportunité de recourir à la procédure transactionnelle. En outre, cette faculté serait contrebalancée par l'obligation de confidentialité pesant sur les parties (évoquée au point 7 du projet de Communication), et dont le non-respect est lourdement sanctionné.

c) Contrairement à la procédure de transaction existant en droit français devant le Conseil de la concurrence, qui se limite pour les parties à un engagement de ne pas contester les griefs qui leur sont reprochés, le projet envisagé par la Commission exige des entreprises « *une proposition écrite de transaction* » dans laquelle doit notamment figurer « *une reconnaissance sans équivoque (...) de leur responsabilité dans l'infraction* », « *sous forme de résumé mentionnant les principaux faits, leur qualification juridique et la durée de leur participation à l'infraction* (...) ».

Cette reconnaissance « officielle » de culpabilité va bien au-delà de ce qui est strictement nécessaire à l'expression de l'engagement des parties « *de coopérer au règlement rapide de l'affaire en appliquant la procédure de transaction* » (point 21). Elle conduit même l'entreprise à s'auto-incriminer, renversant ainsi la charge de la preuve incombant en principe à l'autorité de concurrence. Il est donc demandé à la Commission de supprimer purement et simplement l'exigence d'une reconnaissance de culpabilité, comme cela est admis dans d'autres Etats membres, notamment la France. La simple non-contestation des griefs devrait suffire à déclencher la procédure.

d) En toute hypothèse, à supposer que la Commission maintienne l'exigence d'une telle proposition écrite de transaction, il est essentiel que ce document reste strictement confidentiel et ne fasse en aucun cas l'objet d'une communication quelconque. Le risque est en effet que les victimes de l'entente se fondent sur cette reconnaissance écrite et officielle de culpabilité pour demander aux parties à l'entente l'octroi de dommages et intérêts devant les tribunaux civils. Par exemple, via une procédure de *discovery* aux Etats-Unis, un plaignant qui souhaite engager une procédure de dommages intérêts peut obtenir devant les tribunaux américains accès à tous les documents, y compris, en principe, à la reconnaissance de culpabilité.

e) Les textes actuellement soumis à consultation publique sont muets sur le point de savoir s'il est possible de ne faire porter la transaction que sur certains griefs retenus contre les parties dans le cadre de la procédure en cause. A cet égard, il serait souhaitable de prévoir expressément la possibilité d'une telle dissociation du traitement des griefs consistant pour les entreprises à pouvoir éventuellement opter pour la transaction pour certains griefs et se défendre dans le cadre de la procédure normale pour d'autres. En l'absence d'une telle flexibilité, les entreprises pourraient être dissuadées de recourir à la transaction.

f) Il apparaît du projet de communication (notamment son point 6) que la Commission entend rechercher la mise en œuvre de la procédure transactionnelle auprès de toutes les entreprises concernées. Rien ne garantit cependant qu'elles acceptent toutes cette proposition. Dans ce contexte, et sauf à ce que la Commission décide de refuser le bénéfice de la procédure de transaction si toutes les parties n'entendent pas suivre cette même voie procédurale, la question de l'articulation entre la décision susceptible d'intervenir aux termes de la procédure de transaction à l'égard d'une partie et celle rendue à l'issue de la procédure « classique » pour une autre partie se pose. Il serait donc souhaitable que la Commission envisage et détaille les conditions dans lesquelles ces deux procédures s'articuleront. En particulier, les entreprises qui ont choisi la voie de la transaction devraient pouvoir bénéficier d'un éventuel abandon des griefs dans le cadre de la procédure « classique » qui serait menée en parallèle par d'autres parties à l'entente.

g) Le pourcentage de réduction accordé à l'entreprise pour « récompenser » le recours à la procédure de transaction n'est pas encore décidé, ainsi que cela résulte du point 32 du projet de Communication. Il s'agit là d'une question essentielle. Une réduction de l'ordre de 20-30% serait raisonnable.

En outre, il serait possible d'envisager, à l'instar du système français, une réduction supplémentaire lorsque les entreprises proposent des engagements innovants et/ou

significatifs de nature à améliorer le fonctionnement de la concurrence sur les marchés concernés.

h) Dans le cas où une entreprise, après avoir soumis à la Commission une proposition de transaction dans laquelle elle aura été contrainte de « reconnaître sa culpabilité », se voit finalement opposer un refus de la part de la Commission de transiger le projet de communication prévoit que sa proposition sera réputée avoir été retirée du dossier et ne pourra pas être utilisée à charge (point 27 du projet de Communication). Cette mesure de protection est certes nécessaire, mais semble insuffisante pour préserver les droits de la défense de l'entreprise en cause. Il serait donc opportun d'assurer une séparation fonctionnelle entre les services de la Commission en charge de la procédure de transaction et ceux en charge de la procédure normale.