

« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LA COMMISSION SE DOTE D'UNE PROCÉDURE SIMPLIFIÉE POUR L'APPLICATION DE
L'INTERDICTION DES ENTENTES : LA PROCÉDURE DITE DE TRANSACTION*

GÉRARD JAZOTTES

Référence de publication : Jazottes, Gérard (2009), La commission se dote d'une procédure simplifiée pour l'application de l'interdiction des ententes : la procédure dite de transaction ; Note sous Règlement CE numéro 622/2008 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente ; Communication de la Commission relative aux procédures de transactions engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du Règlement CE numéro 1/2003 du Conseil. *Revue trimestrielle de droit commercial (RTD com.)* (1). p. 230-233.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LA COMMISSION SE DOTE D'UNE PROCÉDURE SIMPLIFIÉE POUR L'APPLICATION DE L'INTERDICTION DES ENTENTES : LA PROCÉDURE DITE DE TRANSACTION

L'appellation choisie pour désigner ce nouvel instrument de traitement des affaires d'entente, instrument dont s'est dotée la Commission afin de « pouvoir traiter les affaires d'entente plus rapidement et plus efficacement » (pt 4 du Règl. n° 622/2008, préc., ci-après le règlement) ne doit pas tromper. En effet, cette procédure ne présente aucune des caractéristiques de la transaction telles qu'elles résultent de l'article 2044 de notre code civil et elle se distingue nettement des procédures connues du droit pénal. Ainsi, dès le point 2 de sa communication du 2 juillet 2008 (ci-après la communication), la Commission indique que cette procédure ne permet pas de négocier « la question de l'existence d'une infraction à la législation communautaire ni la sanction à y appliquer ». En outre, dans un souci de rapidité, cette procédure doit permettre d'éviter le recours au juge. C'est pourquoi il avait été proposé (V. la réponse de l'AFEC à la consultation ouverte par la Commission) de retenir l'appellation de « règlement direct », plus proche de la terminologie employée dans la version anglaise (« *direct settlement* ») et de la réalité de cette procédure. Enfin, si, de prime abord, un rapprochement s'impose avec la procédure du droit français de la concurrence dite de « non-contestation des griefs », un examen plus approfondi révèle des différences (V. L. Idot, qui relève, d'une part, un domaine différent et, d'autre part, le fait que la communication des griefs n'intervient pas en préalable à la procédure communautaire de transaction, RDC 2008, préc., spéc. 339).

Cette procédure, qui s'insère dans le dispositif existant au moyen d'une communication et d'une modification du règlement n° 773/2004, est donc propre au droit communautaire. Pour la Commission, elle doit permettre de « récompenser la coopération dans les procédures engagées en vue de l'application de l'article 81 du traité CE à des affaires d'entente », plus précisément des « cartels », comme l'indique la note 2 de la communication (ententes horizontales consistant à fixer

des prix, à attribuer des quotas de production ou de vente ou à partager des marchés). Cette coopération consiste, pour les entreprises concernées, à « reconnaître leur participation à une entente en violation de l'article 81 CE et leur responsabilité à ce titre » (communication préc., pt 2). Ainsi défini, l'objet de cette coopération conduit à distinguer la procédure de transaction de la procédure de clémence, qui repose sur la fourniture volontaire par les entreprises de preuves, et permet d'entrevoir leur éventuelle articulation, parfois précisée par certaines des dispositions de la communication. D'une part, le cumul de ces deux procédures est envisagé par la Commission puisqu'elle indique que la réduction de l'amende accordée au titre de la transaction « s'ajoutera au montant de la récompense accordée au titre de la clémence » (communication, pt 33). D'autre part, si ces procédures doivent logiquement se succéder (après la fourniture de preuves, l'entreprise reconnaît sa participation et sa responsabilité), la transaction peut présenter un intérêt pour l'entreprise qui n'a pas pu ou voulu fournir des éléments de preuve à temps pour bénéficier de la clémence. Enfin, alors que la procédure de transaction est en cours, une entreprise a la possibilité de demander le bénéfice de la clémence. Cependant, cette demande peut être rejetée par la Commission lorsqu'elle intervient après l'expiration du délai que cette dernière a laissé aux entreprises pour se prononcer sur leur volonté de prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction (pt 13 de la communication). Ce rejet éventuel doit dissuader les entreprises de s'engager dans une procédure de transaction pour avoir accès à certains éléments du dossier et apprécier ainsi les chances de succès d'une demande, tardive, fondée sur la procédure de clémence. Un tel comportement serait contraire aux objectifs de ces deux procédures. En effet, doit être maintenue la « course à une coopération totale, permanente et rapide avec la Commission » (M.-L. Tierno Centella et E. Cuziat, *op. cit.*, n° 18).

L'initiative du recours à la procédure de transaction appartient à la Commission qui dispose « d'une large marge d'appréciation » (pt 5 de la communication). À cet effet, elle prendra en considération « la probabilité de parvenir, dans un délai raisonnable, à une appréciation commune sur l'étendue des griefs éventuels avec les parties en cause », mais aussi l'évaluation, au vu du déroulement des discussions, du gain d'efficacité résultant d'un tel choix ou encore « la possibilité de créer un précédent ». Ainsi, à toute étape de la procédure, elle peut décider de mettre fin aux discussions menées en vue d'une transaction « si elle considère que l'efficacité de la procédure est menacée »

(art. 10 *bis*, § 4, du règlement et pt 4 de la communication). Quant aux entreprises concernées, elles n'ont aucun droit à un règlement transactionnel. Elles peuvent seulement, par exemple au cours d'une inspection, faire part de leur intérêt pour un éventuel règlement transactionnel. En revanche, le choix de cette procédure ne doit pas être imposé aux parties (pt 3 de la communication). Ce déséquilibre entre le pouvoir de la Commission et les droits des entreprises a été critiqué. Il est peut-être inhérent à l'économie de cette procédure, puisque « seule la Commission est en mesure de disposer de toutes ces informations et d'évaluer avec le recul nécessaire la probabilité d'aboutir » (M.-L. Tierno Centella et E. Cuziat, *op. cit.*, n° 13).

Lorsque la Commission considère qu'il est opportun d'opter pour un règlement transactionnel, elle impartit aux parties concernées un délai de deux semaines au moins pour lui indiquer par écrit « si elles sont disposées à prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction afin de présenter ultérieurement des propositions de transaction le cas échéant » (§ 1° du nouvel art. 10 *bis* du Règl. n° 773/2004 et pt 11 de la communication). Cette demande constitue pour la Commission la phase exploratoire en vue de la transaction. En vertu du nouveau paragraphe 1 de l'article 2 du règlement n° 773/2004, l'ouverture de la procédure en vue d'adopter une décision en application du chapitre III du règlement CE n° 1/2003 ne peut intervenir, au plus tard, qu'à la date à laquelle la Commission adresse cette demande. Une réponse favorable à celle-ci n'a pour seule conséquence que d'ouvrir une phase de discussions et n'emporte aucune reconnaissance d'une participation à l'infraction (pt 11 de la communication). Les parties qui appartiennent à la même entreprise doivent alors désigner un représentant commun qui participera aux discussions.

La Commission maîtrise également cette phase de discussions. Selon le point 15 de la communication, elle « dispose d'une marge d'appréciation pour déterminer l'opportunité de mener des discussions bilatérales avec chaque entreprise en vue de parvenir à une transaction et leur rythme ». Une information des parties prenant part aux discussions est prévue mais « en temps voulu au fur et à mesure de l'avancement des discussions ». En vertu du nouveau paragraphe 2 de l'article 10 *bis*, ces informations portent sur les griefs envisagés, sur les preuves qui les fondent, sur la fourchette des amendes probables ainsi que sur « des versions non confidentielles de tout document accessible figurant dans le dossier ». Dans ce dernier cas, la demande doit se justifier par

l'intérêt de son auteur, partie en cause (en lui permettant de préciser sa position concernant tout autre aspect de l'entente). Ces discussions et informations doivent conduire à une appréciation commune de l'étendue des griefs et du montant possible des amendes.

Dans cette hypothèse, et dans la mesure où la Commission estimera pouvoir retirer un gain d'efficacité du règlement transactionnel, elle accordera aux parties concernées un délai d'au moins quinze jours ouvrables pour leur permettre de présenter « 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 » (nouvel art. 10 *bis* du Règl. n° 773/2004 et pt 17 de la communication). Cette proposition de transaction doit comporter un certain nombre de mentions ou déclarations énumérées dans la communication. Il s'agit, notamment, d'une reconnaissance en termes clairs et sans équivoque, par les parties, de leur responsabilité, d'une indication du montant maximum des amendes attendu et acceptable, d'une confirmation, par les parties, portant sur le caractère suffisant des informations données par la Commission et sur la possibilité de faire valoir leur point de vue et, enfin, d'une renonciation pour l'avenir à l'accès au dossier ou à une audition orale. Ces propositions ne peuvent pas être révoquées unilatéralement par les parties.

Toutefois, la portée de cette proposition et de son contenu sera fonction de l'attitude adoptée par la Commission dans la communication des griefs qu'elle doit adresser et dans sa décision finale. En effet, la communication des griefs peut ne pas refléter les propositions de transaction des parties, ce qui les libère de leur proposition de transaction et conduit à un retour à la procédure normale (pt 27 de la communication). En revanche, lorsque cette communication des griefs reflète les propositions de transaction, les entreprises ont un délai de deux semaines au moins pour confirmer, d'une part, que la communication des griefs correspond à leur proposition et, d'autre part, leur engagement de suivre la procédure de transaction. Cette confirmation permet à la Commission d'adopter la décision finale.

Si la Commission décide de « récompenser une partie pour une transaction conclue » (pt 32 de la communication), le montant de l'amende sera réduit de 10 % après application du plafond de 10 %

visé dans les lignes directrices pour le calcul des amendes. Il est précisé, dans la communication, que toute augmentation appliquée à des fins dissuasives ne pourra excéder un coefficient multiplicateur de deux. Mais, dans sa décision, la Commission peut s'écarter de la position initiale exprimée dans la communication des griefs entérinant les propositions de transaction. Une nouvelle communication des griefs devra alors être notifiée entraînant l'application des règles générales de procédure (pt 29 de la communication).

Cette procédure, simplifiée pour plus de rapidité et d'efficacité, ne répondra aux attentes de la Commission que si elle présente suffisamment d'attraits pour les entreprises. Bien évidemment les circonstances décideront en partie du succès de la procédure, notamment l'existence de preuves difficilement contestables ou la volonté commune des parties en cause de jouer le jeu de la transaction. Mais au-delà de ces circonstances, les caractéristiques de cette procédure peuvent être dissuasives. Tout d'abord, la réduction de l'amende est faible, ce taux s'expliquant par la volonté de préserver l'intérêt de la procédure de clémence. Comme cela a été pertinemment relevé, un recours (que cette procédure cherche à écarter) « permet souvent d'obtenir une réduction comparable de l'ordre de 10 % » (L. Idot, Europe 2008, comm. n° 278). En outre, la Commission a la pleine maîtrise du déroulement de la procédure, ce qui peut susciter des craintes de la part des entreprises, notamment en ce qui concerne les droits de la défense. Enfin, dans l'hypothèse où les propositions de transaction émises par les entreprises n'aboutiraient pas et seraient suivies d'un retour à la procédure normale (communication des griefs ne reflétant pas ces propositions, décision finale non conforme à la communication des griefs), ces entreprises se trouveraient dans une situation plutôt inconfortable, même si « les éléments reconnus par les parties dans les propositions de transaction seraient réputés avoir été retirés et ne pourraient être retenus contre aucune des parties à la procédure » (pts 27 et 29 de la communication).