

DROIT FRÉDÉRIC PUEL ET LAURENT FRANÇOIS-MARTIN (*)

Transaction en cas d'entente anticoncurrentielle

Le succès de la procédure de transaction adoptée par la Commission européenne dépendra de la sécurité juridique qu'elle offrira aux entreprises.

Le 30 juin 2008, la Commission européenne a adopté le règlement n° 622/2008, modifiant le règlement n° 773/2004 et instituant une procédure de transaction communautaire limitée aux seuls cas d'entente et engagée à l'initiative exclusive de la Commission européenne.

La procédure de transaction permet aux entreprises, dans les affaires où la démonstration de l'infraction ne soulève pas de contestation majeure, de demander à la Commission le bénéfice de la procédure de transaction qui les conduit à reconnaître leur participation à l'entente et leur responsabilité dans l'affaire. Grâce à l'allègement de la procédure qui accélérera le rythme de traitement de l'affaire, l'entreprise se verra récompensée par une réduction de l'amende pouvant aller jusqu'à un maximum de 10 %.

Le préalable à l'ouverture d'une telle procédure repose sur une reconnaissance claire et sans équivoque par les entreprises de leur responsabilité dans l'infraction. En effet, contrairement à la clémence, la procédure de transaction ne contribue pas à la recherche des preuves de l'infraction, l'autorité étant censée avoir préalablement réuni suffisamment d'éléments probatoires pour incriminer les entreprises concernées.

A ce titre, le succès de la procédure de transaction tiendra à la sécurité juridique qu'elle offrira aux entreprises ainsi qu'à sa prévisibilité. En effet, les entreprises doivent pouvoir évaluer, en toute

connaissance de cause, les risques et les bénéfices potentiels d'une transaction, notamment en termes de sanctions financières.

Sur ce point, la procédure communautaire comporte quelques faiblesses.

En premier lieu, si la Commission doit communiquer aux entreprises certaines informations telles que les faits allégués, leur qualification, leur durée et une estimation de l'amende probable, cette communication se fait avant la communication « officielle » des griefs et la Commission se réserve une grande marge d'appréciation quant aux modalités, étendue et rythme de leur divulgation. Les entreprises devront donc prendre la décision de transiger sur la base d'informations maîtrisées et sélectionnées par la Commission. La procédure française apparaît à cet égard plus sécurisante, car intervenant après la notification des griefs, laquelle constitue un fondement solide sur lequel les entreprises peuvent baser leur stratégie de défense.

Risque de revirement

Inversement, dans la procédure française, la distinction des fonctions d'instruction, assurée par le rapporteur général, et de décision, dévolue au Collège, est un facteur d'insécurité concernant la transaction. En effet, les procès-verbaux de transaction signés par les entreprises avec le rapporteur général, après des négociations souvent longues, ne s'imposent pas au collège, celui-ci statuant en toute indépendance.

Au niveau communautaire, la question ne se pose pas dans les mêmes termes mais reste source d'insécurité. En effet, c'est la même autorité, la Commission européenne, qui émet la synthèse de griefs, négocie avec les entreprises souhaitant transiger et émet la notification des griefs reprenant le résultat de la transaction. Si l'unicité d'autorité minimise (par rapport à la situation française) le risque de revirement, celui-ci reste pourtant bien présent dans la faculté dévolue à la Commission de rejeter, in fine, la procédure de transaction et de reprendre la procédure normale. Ce retour en arrière peut apparaître quelque peu artificiel pour l'entreprise, qui retrouve alors la possibilité théorique de contester les griefs et notamment sa participation à l'entente, pourtant préalablement reconnue dans le cadre de la transaction. En effet, les parties doivent reconnaître par écrit, en termes clairs et sans équivoque, leur responsabilité dans l'infraction, alors que, dans la procédure française, elles se limitent à ne pas contester les griefs.

Ainsi, l'attractivité de la transaction communautaire peut être limitée par ces différents facteurs, notamment le faible montant maximum de réduction de l'amende (10 %) et la transparence limitée qu'elle offre aux entreprises. L'avenir nous dira si ces erreurs de jeunesse ne porteront pas atteinte à son utilisation.

(*) *Avocats, Fidal Paris-Bruxelles.*