

## LE CONTENTIEUX DE LA CONCURRENCE, ARCHÉTYPE DU PROCESSUS D'HARMONISATION ?

### Débat

**Cyril DAVID**, *Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)*.– Juste une observation. Il me semble me rappeler – je ne suis pas un spécialiste du droit communautaire et donc je le fais avec réserve – que, dans les arrêts de la Cour de justice, il est une constante en vertu de laquelle toute personne qui a à se plaindre d'une attitude de l'administration nationale peut exercer un recours devant un juge. Je suis un peu étonné que le dispositif issu du règlement 1/2003, en matière de concurrence, n'ait pas été soumis à une contestation devant la Cour de justice, dans la mesure où ce règlement ne serait pas conforme aux principes du Traité, puisqu'aussi bien le règlement n'a évidemment qu'une portée inférieure aux principes fondamentaux.

**Denis WAELBROECK**.– Je ne suis pas sûr que l'annulation du règlement soit encourue. Les dispositions du règlement 1/2003 mises en cause sont les décisions prévues à l'article 9 dudit règlement portant sur les engagements négociés avec la Commission. La contestation de ces décisions d'engagements demeure possible devant le Tribunal de première instance comme le montre l'affaire Alrosa/De Beers où une tierce partie affectée par les engagements souscrits qui remettaient en cause la relation contractuelle qu'elle avait avec une autre société a pu obtenir l'annulation de la décision. C'est la même chose avec la procédure de transaction que la Commission envisage d'instaurer en matière d'ententes. Il s'agit d'un système communautaire. Il existe en droit français un dispositif comparable de non-contestation des griefs, mais qui comporte davantage de garanties concernant l'accès au dossier, la communication des griefs ou l'accès au juge que ne le fait le système communautaire qui est beaucoup plus radical puisqu'il n'est prévu ni communication des griefs ni accès aux dossiers alors que l'entreprise doit plaider coupable. Certes, l'entreprise a accès au juge si elle peut démontrer dans les conditions de la jurisprudence *Cementbouw* qu'elle a agi sous une contrainte arbitraire de l'institution.

**Hubert LEGAL**.– On ne parle là que d'une disposition du règlement 1/2003. D'autres dispositions du règlement 1/2003 ont déjà été invoquées dans de nombreux litiges et le Tribunal a interprété ces dispositions sans y trouver de problèmes de légalité particuliers, ne serait-ce que parce que, comme il a été dit, un bon nombre de dispositions incorporées dans le règlement 1/2003 ne sont que la reprise de la jurisprudence communautaire. Pour ce qui concerne plus particulièrement l'article 9 du règlement 1/2003, la Commission en a fait application dans certaines hypothèses. Le Tribunal, appelé à se prononcer sur cette disposition dans l'affaire *Alrosa*, a interprété ce règlement là encore sans y trouver de problème de légalité. Certes, aucune exception d'illégalité n'était directement dirigée contre cette disposition. Le

problème pourrait donc se trouver posé dans une affaire à venir. Mais il n'est pas du tout sûr que, si la question se trouvait posée par une exception d'illégalité formelle de cette disposition, la solution serait nécessairement l'annulation du règlement. J'aurais plutôt tendance à penser que la solution serait inverse.

**Christine VILMART**, *Avocat à la Cour, Castaldi, Mourre & partners, Paris.* – Tous les praticiens réunis dans cette salle seront assurément unanimes à critiquer ce projet de procédure de transaction de la Commission. Je ne vais pas ajouter mes doléances. Mais il convient de resituer quelque peu la problématique par rapport à la date à laquelle intervient la procédure négociée. La date est absolument fondamentale. Avec la clémence, la dénonciation peut intervenir à tout moment tant que l'autorité de la concurrence n'a pas découvert le cartel. Avec les engagements, on a sans doute tout intérêt – et sur ce point, je ne partage pas le point de vue nuancé de mon confrère Lazarus – à ce qu'ils se situent avant la notification des griefs, ainsi que l'a décidé avec pragmatisme le Conseil de la concurrence. En effet, à partir du moment où les engagements se situent avant la notification des griefs, ils ne peuvent être proposés qu'à la suite de l'énonciation par le Conseil de préoccupations de concurrence, notions qui, certes, n'existe pas expressément en droit français. Il reste que cela va éviter, en sécurisant l'entreprise, que le comportement de celle-ci soit qualifié de « pratique anticoncurrentielle ». Par suite, les tiers qui voudraient faire un recours en responsabilité contre l'entreprise devront supporter seuls la charge de la preuve du caractère anticoncurrentiel de la pratique qui a donné lieu à engagements. Dès lors, l'opacité sur la qualification des pratiques dans la procédure française d'acceptation d'engagements permet au contraire de sécuriser les entreprises. Et il ne faut pas perdre de vue que, pour les entreprises, ces procédures négociées ont quand même aussi l'avantage de réduire considérablement les amendes, au moment où l'on constate l'inflation de certaines amendes, qui, évidemment, incite les entreprises à chercher des solutions négociées. Car ces amendes peuvent entraîner la mort des entreprises – je ne voudrais pas parler de peine de mort devant le président Badinter –, mais la mort économique d'une entreprise, c'est quelque chose de très grave.

Ce qui est extrêmement blâmable dans le système de transaction proposé par la Commission, c'est que celle-ci entend imposer un *Plea guilty* avant la notification des griefs, de sorte que l'entreprise n'a pas accès au dossier, puisqu'il n'y a pas de griefs, et qu'elle ne sait pas au juste ce que la Commission a à lui reprocher. Elle est donc tenue de s'auto-accuser sans avoir les garanties de la procédure pénale américaine. Il importe donc de bien resituer ces procédures négociées par rapport à la date à laquelle elles doivent avoir lieu. Il faut effectivement que la Commission revoie sa copie et, peut-être, qu'elle prenne exemple sur ce qui a été fait au niveau du Réseau européen de concurrence pour l'extension des engagements à la française. La procédure française, qui n'est pas une procédure de transaction pénale, mais une procédure de non-contestation des griefs, présente l'avantage, à partir du moment où on sait quel va être le quantum de la réduction d'amendes et que l'on peut avoir une certitude sur ce quantum, de permettre, dans une relative sécurité, d'obtenir la réduction de l'amende.

**Claude LAZARUS.**– Je vais répondre à ce dernier point de votre intervention, sinon ce serait trop long. Il ya beaucoup de choses intéressantes dans ce que vous avez dit. La procédure de non-contestation des griefs en droit français présente, en sus de ce que vous avez dit, un vice fondamental : vous négociez un pourcentage de réduction d'une amende dont vous ne connaissez pas l'assiette... C'est véritablement jouer à l'aveugle ou au poker...

**Frédérique DAUDRET-JOHN**, *Adjoint au chef du Bureau B1, chargée des affaires communautaires et internationales, DGCCRF.*– J'ai entendu aujourd'hui certaines choses qui ne me semblent pas exactes. Avec tout le respect que je dois au professeur Waelbroeck, le texte sur le « *settlement procedure* » n'est pas présenté tel qu'il est réellement. À cet égard, on ne peut pas dire que les entreprises se trouvent pieds et poings liés dans la procédure ; qu'elles se trouvent contraintes à entrer en voie de transaction. C'est faux ! Il y a des étapes de procédures et l'entreprise peut à tout moment renoncer à la procédure de transaction et en revenir à la procédure normale. Il y a effectivement beaucoup de choses à dire sur ce texte. Il est vrai qu'il n'est peut-être pas très clair dans sa rédaction. Mais on ne peut pas dire non plus que l'entreprise renonce au juge en acceptant une transaction. La seule chose à laquelle elle ne renonce pas c'est l'accès au juge, au Tribunal de première instance et à la Cour de justice. J'invite les personnes qui ne le connaissent pas à prendre connaissance de ce texte nouveau, qui est encore en voie de discussion. Nous avons déjà commencé à le discuter à Bruxelles. Nous avons posé énormément de questions. Ce texte, il faut le lire. Il n'est pas forcément rédigé dans un français ou un anglais totalement clair, mais on ne peut pas dire que c'est une procédure qui va placer les entreprises pieds et poings liés.

**Denis WAELBROECK.**– J'étais triste de ne pas avoir de débats et d'animation. Je suis à présent comblé... Je suis désolé si j'ai pu donner l'impression de ne pas avoir cité correctement le texte. Je crois avoir dit que les entreprises avaient un choix – j'ai donné un exemple – , soit elles acceptent une amende qui sera indiquée dans le texte de l'accord avec la Commission – 480 millions d'euros, dans mon exemple –, soit elles se défendent, auquel cas on se retrouve dans la situation exposée par Claude Lazarus à propos du système français, où l'entreprise ne sait pas quelle sera l'amende qui lui sera infligée si elle ne signe pas de transaction avec la Commission : ça peut aller de 500 millions à 1 milliard, voire 1,5 milliard d'euros. Et que fatalement on se retrouve dans la situation de Monsieur Deweer avec sa boucherie. Il s'agit là d'un choix factice. Il faut en être conscient. En l'état des lignes directrices de la Commission sur la définition du montant des amendes, il subsiste trop d'incertitudes sur le montant de l'amende qui va être infligée à l'entreprise : elle ne sait pas quel sera le montant retenu au titre de la récidive, elle ne sait pas quel sera le montant de l'augmentation de l'amende à raison de la taille de l'entreprise ; bref, elle ne sait rien. Par suite, le choix n'est pas grand pour les entreprises. C'est en cela que je trouve que le système est antidémocratique et peu compatible avec l'état de droit tel que je le conçois. Et je pense qu'il y a un problème de légalité, quoique je ne voie pas très bien comment il sera contesté en justice, parce que, comme je l'ai déjà dit, une fois que l'entreprise a signé la transaction avec la Commission, elle ne peut plus attaquer cet accord, non plus qu'un tiers.

**Frédérique DAUDRET-JOHN.**– On n'est jamais obligé de signer. Si l'entreprise estime qu'elle n'a pas eu accès à ce que l'on pourrait appeler un « pré-SO », ou à quelque chose qui synthétise ce qu'on lui reproche – ce qui est tout de même un minimum, et dans la langue de son choix –, alors, l'entreprise ne doit pas signer, et dès lors, elle entre dans une procédure normale qui présentera toutes les garanties, et ce, d'autant que la réduction d'amende à laquelle l'entreprise aurait pu prétendre et à laquelle elle a renoncé n'aurait sans doute pas été très importante.

**Denis WAELBROECK.**– Oui, mais par rapport à une assiette qui n'a pas été définie.

**Frédérique DAUDRET-JOHN.**– Certaines décisions de la Commission prises en application des nouvelles lignes directrices sur le calcul des amendes vont venir éclairer les entreprises sur la façon dont la Commission fait son calcul, très précisément.

**Joël MONÉGER, Professeur à l'Université de Paris-Dauphine.**– Peut-être faut-il aussi rappeler à propos de ces procédures que toutes ces entreprises ont un degré d'innocence qu'elles connaissent parfaitement et que, lorsque l'entreprise se trouve dans la situation de choisir de signer avec la Commission ou avec une autre institution, un mode de règlement de la situation, cela peut présenter pour elle un très grand avantage. Cela offre notamment celui d'éviter une amende qui, de mon point de vue, n'est pas toujours suffisamment importante. Il m'arrive de rêver qu'un jour un président – je ne devrais pas dire cela dans cette grande maison – se trouve conduit à déclarer à ses actionnaires que cette année les bénéfices de l'entreprise ont été pris par la Commission... Cela permettrait peut-être d'avoir des comportements plus sains en amont. Les ententes sont parmi les cancers économiques les plus fâcheux. Alors, quand on est soi-même l'une des cellules cancéreuses, on sait où l'on va. On a une alternative. Si l'on estime qu'il faut une procédure approfondie qui existe, on l'a suivie, on l'assume. Et si l'on ne veut pas la suivre, on accepte une transaction de façon à quitter le débat, et point final.

**Yves CHAPUT.**– Merci beaucoup. Le débat ne sera pas clos ce soir...