

Concurrence : les procédures alternatives de règlement des litiges, la fin justifie-t-elle les moyens ?

Introduction

- La mise en place des procédures alternatives de règlement des litiges de concurrence par les autorités communautaire et française marque le passage d'une procédure répressive classique laissée à l'initiative exclusive des autorités de concurrence à une procédure plus « participative », plus pédagogique et, probablement, plus efficace.
- Cette mise en place s'est effectuée en ordre dispersé aussi bien par les autorités communautaires que par les autorités nationales.
- Elles sont plus ou moins bien reçues par les opérateurs, d'où le caractère provocateur de notre titre : la fin justifie-t-elle les moyens ?

Introduction

Pour évoquer ces procédures et répondre à vos questions :

- Des représentants des autorités de concurrence :
 - M. Kris Dekeyser de la Commission européenne (Chef d'Unité DG COMP)
 - M. Stanislas Martin Rapporteur Général adjoint à l'Autorité de la Concurrence,
- Des représentants des opérateurs :
 - Olivier Benoit, Nathalie Pétrignet et Denis Redon

Introduction

– Petit abécédaire des procédures négociées

En fonction de leur stade d'intervention dans le déroulement de la procédure, on distingue :

- La demande de clémence par laquelle une entreprise prend l'initiative de révéler à l'Autorité compétente les faits constitutifs d'une infraction au droit de la concurrence en espérant en obtenir en contrepartie une immunité totale ou partielle d'amende.
- La procédure d'engagements par laquelle, lorsqu'une procédure est déjà ouverte par l'Autorité, une entreprise prend des engagements de nature à remédier à une situation anticoncurrentielle avec l'espoir que, après négociation, ses engagements seront acceptés et que l'Autorité, en rendant ces engagements obligatoires, clora la procédure.

Introduction

- La non contestation des griefs du droit français (improprement dénommée transaction) et la transaction du droit communautaire permettent, en abrégant la procédure, à l'entreprise concernée d'obtenir une réduction de l'amende finale.

Textes/Transaction

- Transaction/ UE :
 - R.622/2008 du 30 juin 2008
 - Communication transaction JO.UE C167/1 du 2 juillet 2008

- Non contestation/ FR :
 - L.464.2-III du Code de Commerce

Textes/Clémence

- Clémence/ UE :
 - Communication sur l'immunité d'amendes et réductions de leur montant – JO.UE C 298/17 du 8 décembre 2006

- Clémence/ FR :
 - L 464.2-IV du Code de Commerce
 - R 464-5 du Code de Commerce
 - Communiqué de procédure du 2 mars 2009

Textes/Engagements

- Engagements/ UE :
 - R 1/2003 du 16 décembre 2002

- Engagements/ FR :
 - L 464.2-I du Code de Commerce
 - R 464.2 du Code de Commerce
 - Communiqué de procédure du 2 mars 2009

Expérience : Le déroulement de la négociation d'une transaction avec les services de la Commission européenne

- Depuis l'adoption du règlement 622/2008, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2008 ,aucune décision mettant en œuvre la procédure de transaction n'a été adoptée,
- Pour autant des « négociations» de transactions avec les services de la Commission sont en cours,

La transaction EU est réservée aux dossiers d'ententes exclusivement (≠ France)

- Cette procédure ne concerne, parmi les dossiers d'entente, que certains dossiers pour lesquels la Commission est prête à rédiger sa communication des griefs
- Sont éligibles à cette procédure les dossiers dans lesquels les entreprises ont intérêt à prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction
- Large pouvoir d'appréciation de la Commission
- Sont ainsi concernés les dossiers dans lesquels une vision commune est partagée par les parties sur :
 - L'étendue des griefs
 - L'étendue de la contestation des faits
 - L'étendue des responsabilités

Les principales étapes de la procédure

- L'initiation de la procédure
- L'ouverture officielle de la procédure
- Les discussions en vue de parvenir à une transaction
- La proposition de transaction
- La Communication des griefs et la réponse
- La décision de la Commission

L'initiation de la procédure

- Mois 1 : Contacts informels avec les membres de la Case team pour étudier l'intérêt d'entamer des discussions en vue de parvenir à une transaction
- Mois 2 : premier rendez-vous à Bruxelles
 - Description des différentes étapes de la procédure et aveu de la Commission qu'il s'agissait d'un tout premier cas d'application de la procédure de transaction
 - Discussion en des termes généraux du dossier afin d'évaluer les chances de parvenir à une transaction
 - Discussion sur l'opportunité à ce stade de la procédure de mettre en œuvre un programme de clémence
 - Discussion sur le chiffre d'affaires qui pourrait être pris en considération pour le calcul de l'amende

L'initiation de la procédure : recherche de l'intérêt de transiger

- Mois 2 : demande du bénéfice du programme de clémence
- Mois 3 : La commission demande une confirmation écrite mais non officielle de l'intérêt de la société de parvenir à une transaction
- Mois 4 : Second rendez-vous à Bruxelles sur l'opportunité de transiger
 - Discussions sur le mode de calcul de l'amende et sur les griefs

L'ouverture officielle de la procédure de transaction

- Mois 5 : ouverture officielle de la procédure
 - La Commission engage officiellement la procédure
 - L'entreprise dispose de deux semaines pour répondre et confirmer par écrit son intérêt de continuer de prendre part aux discussions.

Les discussions bilatérales

- Information de manière anticipée des faits allégués, des griefs qui pourraient être établis, de la gravité de l'entente ainsi que :
 - des éléments de preuve utilisés à l'appui de ces griefs
 - une estimation de la fourchette d'amende probable en application de la Communication de la Commission de 2006 sur le calcul des amendes
- Ces discussions se sont déroulées en trois rendez-vous

Les discussions bilatérales : premier rendez-vous

- Le premier rendez-vous s'est déroulé en deux étapes :
 - Première étape : communication des faits allégués et des griefs envisagés
 - Lecture d'une synthèse de la Communication des griefs assortie des références des pièces et éléments de preuve utilisés à l'appui.
 - Découverte du niveau d'information de la Commission qui résultait des enquêtes menées.
 - Découverte des autres membres du cartel et de ceux qui avaient mis en œuvre une programme de clémence.
 - Découverte de la durée de l'entente alléguée.

Les discussions bilatérales : premier rendez-vous

- Seconde étape : Présentation et accès effectif à toutes les preuves utilisées à l'appui des griefs éventuels
 - L'accès à ces moyens de preuve a été néanmoins sélectif puisque seules les pièces utilisées à l'appui des griefs envisagés ont été dévoilées.
 - Ignorance à ce stade si des pièces « favorables » et à décharge figurent au dossier
 - Accès à toutes les déclarations de clémence des autres parties

Les discussions bilatérales : second rendez-vous

- Objet du rendez-vous : Permettre à l'entreprise de faire valoir son point de vue sur les faits et les griefs envisagés.
 - La Commission entend les observations de la société sur les griefs envisagés et sur les faits et notamment sur les éléments qui peuvent être pris en considération pour minimiser l'amende tels que (à titre d'exemple)
 - Observations sur la clémence, la durée de la participation de la société à l'entente, l'étendue géographique du cartel, les difficultés économiques rencontrées, la participation de l'état....)
 - Communication d'une proposition de transaction rédigée par la Commission destinée à être relue et adaptée le cas échéant par l'entreprise

Les discussions bilatérales : troisième rendez-vous

- Objet du rendez-vous : l'annonce officielle de la fourchette d'amende.
 - La Commission (Le directeur Cartel et l'Unité en charge du dossier) effectuent un résumé de l'affaire et annoncent pour la première fois le montant estimé de l'amende
 - Sont ainsi dévoilés :
 - le montant des ventes pris en considération et le nombre d'années (assiette),
 - l'amende principale,
 - le ticket d'entrée (amende comprise entre 15 % et 25 % du montant des ventes quelle que soit la durée de participation),
 - la réduction au titre de la clémence,
 - la réduction au titre de la coopération,
 - la réduction au titre de la transaction (montant fixe 10 %)

La transaction

- Si la société accepte le contenu de la transaction et en particulier le montant de la fourchette d'amende, elle doit renvoyer dans un délai de 15 jours son accord écrit en signant la transaction
- Si l'entreprise refuse, la procédure normale reprend son cours

Conclusion

- Cette procédure présente-t-elle un intérêt ?
 - On pourrait en douter compte tenu de l'absence à ce jour de décision mettant en œuvre cette solution
 - La discussion avec la Commission n'est pas réelle car elle repose dans un premier temps sur des suppositions.
 - Pourtant, elle se révèle attractive
 - Car il y a bien des discussions sur l'étendue des griefs, sur la durée de l'infraction, sur les circonstances atténuantes, sur le calcul des amendes : ces discussions sont anticipées par rapport à une procédure classique et autorisent la Commission à « ajuster » ses griefs et à avoir une autre vision du dossier
 - L'entreprise sait avant de s'engager à quel risque maximum elle s'expose et quels griefs seront retenus à son encontre
 - Elle peut toujours faire « marche arrière » et renoncer à la procédure.

Non contestation / France Point de vue de l'entreprise

Pourquoi négocier ?

- Diminuer la durée et le coût de la procédure (mais quid des autres ?)
- Diminuer le niveau des sanctions (baisse automatique du plafond légal et plus ...)
- Option stratégique (qu'ont fait les autres ? Clémence ?)
- Subsidiairement, prendre des engagements pour remédier aux comportements passés et modifier les comportements à l'avenir
- N'est pas un aveu de culpabilité

Non contestation / France Point de vue de l'entreprise

Pourquoi ne pas négocier ?

- L'inconnue sur le niveau de la sanction en raison d'une discussion :
 - avec le Rapporteur Général et non avec le Collège
 - sur un niveau de pourcentage de diminution mais non sur l'assiette de la sanction
- La problématique du champ et de la portée juridique de la non contestation (ex : contestation des effets des pratiques, impossibilité de contestation partielle des griefs notifiés...)
- Conséquences en matière de dommages et intérêts et de poursuites pénales

Non contestation / France Point de vue de l'entreprise

Quand et avec qui négocier ?

- Après la notification des griefs (et avant établissement du rapport).
- Avec le Rapporteur Général.

Non contestation / France Point de vue de l'entreprise

Quelle marge de négociation ?

- Condition minimale : non contestation des griefs (réfaction de sanction : 10 %)
- Possibilité de négociation d'engagements, substantiels, crédibles et vérifiables (réfaction au-delà de 10 % et jusqu'à 30 %)
- Problématiques :
 - négociation avec le Rapporteur Général : pas un véritable « contrat ».
 - Négociation d'un taux de réfaction
 - Comparatif des engagements des sociétés concernées ?
 - Refus ?

Non contestation / France Point de vue de l'entreprise

- Quelles suites ? Quelles conséquences ?
- Le contrôle par la Cour d'appel de la procédure de non contestation
- Le suivi des engagements par l'entreprise et par l'Autorité
- Effets (?) sur actions en dommages-intérêts et poursuite pénale

Clémence / France

Point de vue de l'entreprise

Pourquoi négocier ?

- Pour obtenir une immunité totale des sanctions (clémence de 1^{er} rang).
- Pour lever un risque de droit de la concurrence sur une situation passée
- Pour diminuer les sanctions (clémence de second rang)

Clémence / France

Point de vue de l'entreprise

Pourquoi ne pas négocier ?

- L'inconnue de l'ordre d'arrivée
- L'inconnue de la notion de « valeur ajoutée significative » (clémence de second rang) et son corollaire, l'inconnue sur le niveau des réfections de la sanction
- Les conséquences en matière de dommages et intérêts
- Autres conséquences (RH notamment...)

Clémence / France Point de vue de l'entreprise

Quand et avec qui négocier ?

- En tout état de cause, le plus tôt possible (marqueurs)
- Clémence de niveau 1
 - Avant que l'Autorité ne dispose d'aucune information ou avant qu'elle ne dispose d'informations suffisantes pour procéder à des visites et saisies.
 - Avec le Rapporteur Général puis avec le Collège (avis de clémence)
- Clémence de niveau 2
 - Alors que l'Autorité dispose d'informations mais dès lors que l'entreprise peut apporter une valeur ajoutée significative
 - En pratique, après une visite avec le Rapporteur Général puis avec le Collège (avis de clémence)

Clémence / France

Point de vue de l'entreprise

Quelle marge de négociation ?

- Pas de négociation sur la coopération qui doit être totale
- Pas d'engagements obligatoires mais obligations de confidentialité, de coopération et de cessation de la participation à l'entente
- Niveau d'immunité des sanctions financières
 - Si clémence de niveau 1 : immunité totale automatique
 - Si clémence de niveau 2 : quelles perspectives de niveau d'exonération (dans la limite de 50%) Inconnue de l'assiette ?
 - Refus de clémence

Clémence / France

Point de vue de l'entreprise

- Quelles suites ? Quelles conséquences ?
- Le contrôle par la cour d'appel (respect des conditions pour avis de clémence)
- Les effets (?) sur les actions en dommages-intérêts et les poursuites pénales
- En pratique, s'accompagne de la mise en place ou du suivi interne de programmes de conformité dans l'entreprise

Clémence / UE

- Le régime de clémence communautaire présente **peu de différences** avec le régime national dans la mesure où le premier a largement inspiré le second.
- Les raisons de négocier ou d'hésiter sont donc similaires. Les moments pour procéder à une demande de clémence le sont aussi. La demande doit se faire auprès de la Direction Générale Concurrence Commission Européenne (via un numéro de télécopie et de téléphone dédiés)
- Le montant de la réduction d'amende dépend ici encore à la fois du moment où intervient la demande de clémence : plus une demande de clémence sera précoce et plus les informations fournies seront exhaustives, meilleures seront les chances d'obtenir le meilleur taux de réduction d'amende.

Clémence / UE

- La réduction d’amende fait l’objet d’un « barème »
 - Immunité totale
 - Immunité partielle de premier rang : 30 à 50 %
 - Immunité partielle de deuxième rang : 20 à 30 %
 - Immunités suivantes : 20 % maximum.

Procédure d'engagement

- Sur le plan chronologique la fenêtre d'ouverture de cette procédure est postérieure à celle de la clémence et antérieure à celle de la transaction/non contestation de griefs
 - En effet, la procédure d'engagement peut être mise en œuvre après le début de l'enquête mais **avant** la notification de griefs.
- A ce titre, elle se différencie des engagements qui peuvent être pris dans le cadre d'une non contestation de griefs.
- Cette procédure est particulièrement adaptée aux pratiques verticales ou unilatérales (clause d'exclusivité, abus de position dominante). Exclusion a priori des ententes et Apd graves.

Procédure d'engagement

- Les engagements sont proposés par l'entreprise, puis négociés avec l'Autorité (Commission/ADLC) selon le calendrier suivant :
 - Offre d'engagement par l'entreprise,
 - Test de marchés à l'initiative de l'Autorité,
 - Accès au dossier pour l'entreprise,
 - Négociation proprement dite,
- Si à l'issue de la négociation, des engagements paraissent satisfaisants, l'Autorité compétente les rend obligatoires par une décision.

Procédure d'engagement

- Cette décision met fin à la procédure contentieuse.
 - Elle protège l'entreprise contre des plaintes éventuelles sur les pratiques ayant fait l'objet des engagements.
 - Elle peut être adoptée pour une durée déterminée ou indéterminée.
 - Enfin, l'Autorité compétente apprécie l'évolution de la situation et les mesures qu'il y a lieu de prendre.

Procédure d'engagement/ Des questions

- Quid du pouvoir de contrôle par la Cour d'appel ?
 - Peut-elle revenir sur le contenu des engagements ?
- Quid de la remise en cause de l'évaluation préliminaire de l'Adlc ?
 - Par la Cour d'appel ou les instances européennes (Affaire P Fabre) ?
 - Que deviennent les engagements pris par les autres parties en cas de remise en cause de ces derniers ?