Les revues JurisClasseur

CONTRATS CONCURRENCE CONSOMMATION

N° 8-9 - AOÛT/SEPT. 2008
18E ANNÉE - ISSN 1156-8291

SOUS LA DIRECTION DE :
Laurent LEVENEUR, Marie MALAURIE-VIGNAL,
Georges DECOCQ, Guy RAYMOND

Repère 8
Alertes 48 à 55
Étude 10
Commentaires 194 à 222

Notamment ce mois-ci :

> COMMENTAIRES

197 Agent commercial
Commissionnement indirect (suite et fin) (Cass. com., 1er juill. 2008)
par Nicolas MATHEY (p. 17)

200 Franchise
La cession du contrat de franchise (Cass. com., 3 juin 2008)
par Marie MALAURIE-VIGNAL (p. 18)

203 Régulation
Définition du régime de la régulation des services publics (Cons. conc., avis n° 08-A-13, 10 juill. 2008)
par Michel BAZEX (p. 23)

208 Entente et procédure
L'influence de la procédure pénale sur la procédure de concurrence (CA Paris, 1re ch. H, 24 juin 2008)
par Georges DECOCQ (p. 31)

210 Abus de position dominante
Vente liée : faveur à la préinstallation d'un logiciel (TGI, Paris, 24 juin 2008)
par David BOSCO (p. 33)

214 Code de la consommation
LME : modification du Code de la consommation (L. n° 2008-776, 4 août 2008)
par Guy RAYMOND (p. 38)

Ententes

10 Adoption par la Commission européenne d'une procédure de « transaction »

Étude par Valérie LEDOUX, *avocate associée Cabinet Racine* et Jean-Christophe RODA, *docteur en droit, Cabinet Racine* (p. 8)

Par l'intermédiaire d'un règlement et d'une communication, la Commission européenne introduit une procédure de transaction qui doit permettre à l'autorité communautaire de régler les affaires de cartels par une procédure simplifiée. En échange de la reconnaissance par les entreprises de leur participation à l'entente, l'autorité communautaire pourra réduire de 10% le montant de l'amende qui leur est infligée.

Prescription

48 Publication de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile

Focus par Agnès PIMBERT, maître de conférences en droit privé à l'université de Poitiers (p. 2)

195 Réforme de la prescription : trois petits tours au Parlement et quelques questions (L. n° 2008-561, 17 juin 2008)

par Laurent LEVENEUR (p. 13)

Règles de concurrence et marchés publics

202 Extension du réseau « Vélib' »

par Catherine PREBISSY-SCHNALL et Edwin TACHLIAN-DEGRAS (p. 20)

LexisNexis®
JurisClasseur
www.lexisnexis.fr

10

Adoption par la Commission européenne d'une procédure de « transaction » en matière d'ententes

Valérie LEDOUX,
avocate associée,
Cabinet RACINE

Jean-Christophe RODA,
docteur en droit,
Cabinet RACINE

Par l'intermédiaire d'un règlement et d'une communication, la Commission européenne a introduit, au début du mois de juillet 2008, une procédure de transaction qui doit permettre à l'autorité communautaire de régler les affaires de cartels par une procédure simplifiée. En échange de la reconnaissance par les entreprises de leur participation à l'entente, l'autorité communautaire pourra réduire de 10% le montant de l'amende qui leur est infligée. La présente étude examine et évalue les principaux apports de cette nouvelle procédure.

1 - Depuis l'adoption du « paquet modernisation » à l'échelon communautaire [1], le flot des réformes se poursuit en droit processuel des pratiques anticoncurrentielles. Après la publication de nouvelles lignes directrices pour le calcul des amendes dans les affaires antitrust en septembre 2006 [2] et la rénovation du programme de clémence en décembre 2006 [3], la Commission européenne a adopté deux nouveaux textes qui introduisent une procédure de « transaction » en droit des ententes. D'abord, un règlement n° 622/2008, en date du 30 juin 2008, qui modifie le règlement n° 773/2004 en y intégrant la procédure de transaction [4]. Ensuite, une communication publiée le 2 juillet 2008 qui détaille les modalités de cette procédure [5]. Conformément à la pratique de la Commission, ces deux textes avaient au préalable fait l'objet d'une consultation publique [6]. Si le principe d'une procédure de transaction a été globalement bien accueilli, les modalités du mécanisme proposé à l'époque ont soulevé de sérieuses critiques de la part de plusieurs organisations de praticiens spécialisés en droit de la concurrence [7]. Pourtant, la version définitive n'apporte en réalité que peu de modifications.

2 - Qualifiée improprement de « transaction » [8], la procédure vise à accélérer le traitement des affaires de *cartels*, afin de libérer des ressources permettant à la Commission de se consacrer à de nouveaux cas. Bien que la version française du paquet transaction évoque les « ententes » en général, seuls sont en réalité visés les cartels, c'est-à-dire les ententes horizontales portant principalement sur les fixations de prix et partages de marchés [9]. L'idée d'une procédure destinée à faciliter la tâche administrative de l'autorité de contrôle dans ce domaine n'est pas nouvelle. Aux États-Unis, la quasi-totalité de ce contentieux se règle par la négociation de « *plea agreements* » au cours de laquelle les contrevenants reconnaissent leur culpabilité et acceptent de renoncer à certains de leurs droits de la défense [10]. En droit communautaire, l'ancienne pratique des « *settlements* » et la procédure de non-contestation des faits prévue par l'ancienne communication sur la clémence de 1996, cherchaient déjà à atteindre cet objectif [11]. Mais c'est le succès du programme de clémence de 2002 qui a rendu nécessaire une adaptation du cadre procédural [12]. La charge de travail des services de la Commission s'est en effet considérablement accrue avec l'introduction de ce programme de « seconde génération » [13]. Comme il était difficile d'augmenter les ressources destinées à la lutte anticartels, une part importante des moyens de la Commission

1. *L. Idot, Droit communautaire de la concurrence – Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE : Bruylant 2004.*
2. *Comm. CE, lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, par. 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003 : JOUE n° C 210, 1er sept. 2006, p. 2 s.*
3. *Comm. CE, communication sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes : JOUE n° C 298, 8 déc. 2006 p. 17 s.*
4. *Comm. CE, règl. (CE) n° 622/2008, 30 juin 2008 modifiant le règlement (CE) n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'ententes : JOUE n° L 171 du 1er juill. 2008, p. 3 s.*
5. *Comm. CE, communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil dans les affaires ententes : JOUE n° C 167, 2 juill. 2008, p. 1 s.* (ci-après « communication sur la transaction »).
6. *L. Idot, À propos du « paquet transaction » présenté par la Commission : Europe 2008, Alerte 1. – V. Ledoux et J.-C. Roda, Le projet de transaction de la Commission européenne : la modernisation du droit processuel des ententes se poursuit : Contrats, conc. consom. 2008, focus 6..*
7. V. par ex. les réactions de l'AFEC, de la CCI ou de l'ABA, disponibles sur le site Internet de la Commission.
8. V. la réaction de l'*AFEC, préc., pt 3.*
9. Ainsi, la version anglaise des textes parle de « settlement procedures in cartel case ». – V. également la note de bas de page numéro 2 auquel renvoie le point 1 de la communication sur la transaction (version française).
10. *A. O'Brien, Cartel Settlements in U.S. and E.U. : Similarities, Differences and Remaining Questions : discours disponible sur le site Internet de la Division Antitrust.* – Adde, *J.-C. Roda, La clémence en droit de la concurrence : PUAM 2008, n° 109 s.*
11. Bien que la version anglaise du paquet transaction parle de « settlement », la procédure diffère largement de l'ancienne pratique éponyme de la Commission qui aboutissait à l'abandon des poursuites : V. *I. Van Bael, The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission : CMLR 1986, p. 64.*
12. *N. Kroes, The First Hundred Days, 7 avr. 2005 : Speech/05/205*, disponible sur le site Internet de la Commission.
13. Voir les *statistiques de la Commission pour la période 2002-2007, à l'adresse Internet suivante : http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/statistics/statistics.pdf.* L'autorité communautaire reçoit chaque année une vingtaine de demandes d'immunité, qui se concrétisent par l'adoption de 6 à 9 décisions de condamnation d'entente.

étant déjà allouée à cette activité [14], il a été décidé de s'orienter vers l'adoption d'un système de transaction.

3 - Le principe de la nouvelle procédure de transaction est le suivant : les entreprises qui ont participé à un cartel peuvent coopérer avec la Commission en reconnaissant leur culpabilité et en acceptant d'être soumises à une procédure rapide et simplifiée ; en échange de leur collaboration, les entreprises recevront une réduction de 10% du montant de leur amende. Le procédé rappelle le programme de clémence, bien qu'il ait pour but l'accélération de la procédure et non la détection des ententes secrètes [15]. La clémence reste donc bien sûr l'instrument privilégié aux yeux de la Commission, mais les entreprises pourront cumuler les réductions d'amendes au titre de ces deux dispositifs. La transaction communautaire rappelle également le mécanisme de non-contestation français, mais s'en distingue principalement par le fait qu'elle intervient avant que la Commission n'ait formulé de manière précise des griefs. En réalité, le mécanisme évoque le « plaider-coupable » américain, qui a d'ailleurs inspiré la réflexion de la Commission [16]. Toutefois, la marge de manœuvre des entreprises qui transigent avec l'autorité communautaire est beaucoup plus réduite ; d'un autre côté elles conservent leur droit à un recours, ce qui n'est pas le cas dans la procédure américaine. Afin d'éviter l'amalgame avec le mécanisme américain, souvent mal perçu en Europe, la Commission a pris le soin de rappeler, en préambule de sa communication, qu'elle « *ne négocie pas la question de l'existence d'une infraction à la législation communautaire ni la sanction à y appliquer* » (*Communic. sur la transaction, pt 2*), à la différence de ce que peuvent faire les autorités américaines [17].

4 - Les éléments qui font la réussite d'une procédure fondée sur la coopération d'entreprises qui ont violé la loi antitrust sont aujourd'hui bien connus. L'expérience a permis de révéler que, pour obtenir l'adhésion des auteurs de pratiques anticoncurrentielles, il était nécessaire d'offrir une « récompense » attrayante qui puisse contrebalancer les « pertes » résultant de la collaboration avec les autorités. Mais la réduction d'amende n'est pas le seul facteur auquel les opérateurs économiques accordent de l'importance. Il est également essentiel de prévoir une procédure transparente, prévisible et respectueuse des droits des entreprises. Si le mécanisme de transaction actuel apporte satisfaction sur certains points, il présente néanmoins des lacunes et faiblesses. La présente étude tentera donc de présenter et d'évaluer la nouvelle procédure communautaire, en se focalisant sur la communication de la Commission. Par souci de clarté, il est apparu nécessaire de procéder chronologiquement : l'ouverture (1), le déroulement (2), puis l'issue (3) de la procédure de transaction seront étudiés successivement.

1. Ouverture de la procédure

5 - L'ouverture de la procédure est laissée à l'initiative de la Commission (A) et donne lieu à une phase exploratoire en vue de la transaction (B).

A. - Initiative de la Commission

6 - Conçue comme un moyen d'accélérer le traitement des affaires de cartel, la procédure de transaction communautaire a logiquement vocation à s'ouvrir après la découverte d'une de ces infractions par la Commission européenne. L'initiative de la procédure appartient à l'autorité qui « *dispose d'une large marge d'appréciation [...] pour décider d'entamer ces discussions ou d'y mettre fin* » (*Communic., pt 5*). Ainsi, lorsque des cartellistes apprennent l'existence d'une enquête en cours, ils peuvent décider de faire part à la Commission de leur intérêt pour un éventuel règlement transactionnel, mais celle-ci peut parfaitement refuser d'ouvrir la procédure. L'autorité communautaire a donc seule le pouvoir d'engager la procédure ; elle ne peut toutefois obliger les entreprises à la suivre car la transaction n'est qu'une alternative à la procédure ordinaire (*pt 6*) [18].

7 - L'ouverture de la procédure de transaction n'intervient en principe que lorsque la Commission (i) a réuni suffisamment d'éléments probants contre les cartellistes [19], et (ii) a évalué certains facteurs du dossier tels que « *le nombre de parties en cause, les divergences de vues prévisibles quant à l'attribution des responsabilités et l'étendue de la contestation des faits* » (*pt 5*). En tout état de cause, l'ouverture de la procédure doit intervenir au plus tard à la date à laquelle la Commission adresse une communication des griefs aux parties en cause (*pt 9*).

B. - Phase exploratoire

8 - Lorsque la Commission considère qu'il est opportun d'adopter une décision de transaction, elle doit préalablement identifier et reconnaître comme parties à la procédure les personnes morales auxquelles une amende peut être infligée pour infraction à l'article 81 du traité CE (*pt 8*). Le commencement de la procédure de transaction se matérialise ainsi par l'envoi par l'autorité d'une lettre à toutes ces entreprises les informant de sa décision d'ouvrir une procédure de transaction. Un délai de « *deux semaines au moins* » est alors imparti aux entreprises identifiées pour déclarer par écrit si elles sont disposées à prendre part à des discussions (*pt 11*) [20]. Par ailleurs, lorsque la Commission ouvre une procédure contre plusieurs parties à l'entente appartenant au même groupe, elle exige la désignation d'une représentation commune afin de faciliter les discussions (*pt 12*) [21].

9 - Si la transaction a été conçue comme un instrument complémentaire de la clémence, elle peut néanmoins être mise en œuvre de manière indépendante, sans qu'aucune dénonciation n'ait eu lieu préalablement. Cependant, dans la plupart des affaires de cartels, les procédures de clémence et de transaction seront actionnées l'une à la suite de l'autre. Dans de telles hypothèses, l'ouverture de la transaction peut avoir des incidences sur la clémence. En effet, la Commission précise qu'une entreprise qui souhaite demander la clémence devrait le faire dans le délai précité de « deux semaines au moins » (*pt 13*). À défaut, la Commission pourra ne pas donner suite à cette demande. Une telle mesure a pour objectif d'éviter que les cartellistes qui n'ont pas encore coopéré au titre du programme de clémence, acceptent de coopé-

14. *O. Guersent, The EU Model of Administrative Enforcement Against Global Cartels : Evolving to Meet Challenges in European Competition Law Annual 2006, Enforcement of Prohibition of Cartels : Hart Publishing/Oxford, 2007.*
15. Le point 1 de la La communication sur la transaction rappelle que la coopération visée « diffère de la fourniture volontaire de preuves visant à déclencher l'enquête de la Commission ou à la faire avancer, dont il est question dans la communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes ».
16. En ce sens, V. *N. Kroes, préc. – J. Ratliff, Plea Bargaining in EC Anti-Cartel Enforcement – A System of Change ? in European Competition Law Annual 2006, Enforcement of Prohibition of Cartels : Hart Publishing/Oxford, 2007.*
17. La Règle 11 des Federal Rules of Criminal Procedure autorise ainsi les « charge bargains ». La Division Antitrust est cependant réticente à négocier de tels accords avec les cartellistes. – En ce sens, V. *A. O'Brien, préc.*
18. Notons que si la Commission a l'initiative de la procédure, elle peut également décider de mettre fin aux discussions de transaction si les parties à la procédure se coordonnent afin de supprimer ou de falsifier des éléments de preuves ou encore si elles dévoilent à des tiers la teneur des discussions ou des documents transmis dans le cadre de la transaction : voir points 5 et 7 de la communication sur la transaction.
19. *M. L. Tierno Centella et E. Cuziat, La procédure de transaction communautaire : Concurrences n° 2 – 2008, p. 77.*
20. Ce délai a été jugé trop court par certains spécialistes, notamment dans le cas où l'entreprise partie au cartel a fait l'objet d'une acquisition (V. la réaction de l'*AFEC, préc., pt 18*).
21. Ce point a également soulevé des critiques, en raison notamment des difficultés liées à l'imputabilité des responsabilités au sein des groupes. Mais, la Commission n'a pas non plus modifié son projet sur ce point.

rer pour avoir accès au dossier, et décident ensuite de la meilleure stratégie à adopter [22]. Elle ne nuit pas à la clémence puisque, par hypothèse, la Commission dispose déjà d'éléments de preuve à cet instant. Au contraire même, l'existence de cette échéance devrait intensifier la « course à la clémence ».

2. Déroulement de la procédure

10 - Une fois la procédure engagée, des discussions bilatérales ont lieu entre la Commission et les entreprises (A) qui débouchent en principe sur des propositions de transaction (B).

A. - Discussions bilatérales

11 - Si, dans le délai de deux semaines imparti, « *certaines parties à la procédure* » acceptent le principe de la transaction, la Commission « *peut décider de poursuivre la procédure [...] par des contacts bilatéraux entre la direction générale de la concurrence de la Commission et les candidats à la transaction* » (*pt 14*). Bien que le texte ne soit pas très disert à ce sujet, l'emploi des termes « certaines parties » implique que la Commission peut accepter que seule une partie des cartellistes transige avec elle, même si cela implique une moins grande économie en termes de coûts de procédure [23]. La solution est logique et bienvenue : exiger l'accord de tous les membres de l'entente pour transiger aurait pu inciter ces derniers à se concerter, en cas de divergences de vue sur la stratégie contentieuse à adopter. Ceci aurait ainsi pu engendrer des comportements contraires à la logique d'exacerbation des divergences au sein des cartels, voulue par le programme de clémence [24].

12 - Des discussions débutent alors entre chacune des parties et la Commission qui, rappelle le texte, dispose d'une marge d'appréciation pour mener celles-ci. Au cours de ces discussions, sont définis l'ordre et le rythme des contacts, les dates de la communication aux parties d'informations comprenant les preuves figurant dans le dossier, ainsi que le montant potentiel de l'amende (*pt 15*).

À ce stade de la procédure, la communication des griefs n'a pas encore été envoyée aux défendeurs. Les informations transmises permettent alors « *aux parties d'être informées des éléments essentiels pris en considération à ce stade, tels que les faits allégués, leur qualification, la gravité et la durée de l'entente alléguée, l'attribution des responsabilités, une estimation des fourchettes d'amendes probables, ainsi que les éléments de preuve utilisés à l'appui des griefs éventuels* » (*pt 16*). Mais il s'agit également d'un moyen pour la Commission de montrer qu'elle dispose d'éléments tangibles, afin d'inciter les cartellistes à transiger. Les informations doivent également permettre aux parties de faire valoir leur point de vue sur les griefs allégués comme sur les éléments de preuve utilisés. Des versions non confidentielles de documents figurant au dossier peuvent être transmises à la demande d'une partie si cela paraît justifié aux yeux de la Commission [25].

13 - Si les discussions aboutissent à une « *appréciation commune de l'étendue des griefs éventuels et de l'estimation de la fourchette probable des amendes infligées* », un délai d'au moins quinze jours ouvrables est accordé aux entreprises pour qu'elles présentent leur proposition définitive (*pt 17*). Si, à l'inverse, les discussions n'aboutissent pas, la procédure classique sera appliquée (*pt 19*).

B. - Propositions de transaction

14 - Les parties qui optent pour la procédure de transaction doivent présenter une demande officielle de transaction sous forme de proposition de transaction. Celle-ci doit contenir plusieurs éléments et notamment « *une reconnaissance en termes clairs et sans équivoque, par les parties, de leur responsabilité dans l'infraction, sous forme de résumé mentionnant l'objet de l'infraction, son éventuelle mise en œuvre, les principaux faits et leur qualification juridique, y compris le rôle de chaque partie ainsi que la durée de leur participation à l'infraction, conformément aux résultats des discussions menées en vue de parvenir à une transaction* ». Les parties doivent également confirmer qu'« *elles n'envisagent pas de demander l'accès au dossier ou à être entendues de nouveau* » et « *qu'elles ont été suffisamment informées sur les griefs que la Commission envisage de leur adresser* ». Enfin, elles doivent fournir une indication du montant maximum de l'amende qu'elles accepteraient de se voir infliger dans le cadre de la procédure de transaction (*pt 20*).

15 - Pour parer aux risques liés à l'utilisation détournée de ces déclarations particulièrement incriminantes, qui pourraient notamment faire l'objet de demandes de « *discovery* » aux États-Unis et être utilisées dans le cadre d'actions en « *treble damages* », la Commission accepte que les propositions de transaction puissent se faire oralement (*pt 38*). Par ailleurs, l'accès au contenu des propositions est accordé aux destinataires de la communication des griefs qui n'ont pas demandé de transaction sous réserve du respect de strictes mesures de protection (*pt 35*). Ainsi, ils doivent s'engager à ne pas prendre copie, par des moyens mécaniques ou électroniques, des informations figurant dans la proposition de transaction à laquelle l'accès leur est accordé. D'une manière générale, l'utilisation de ces renseignements à d'autres fins pendant la procédure peut être considérée comme un manque de coopération et être également sanctionné par la suite (*pt 36*). Par ailleurs, les propositions de transaction faites aux fins de l'application de la présente communication ne seront transmises aux autorités de concurrence des États membres que pour autant qu'un niveau de confidentialité équivalant à celui assuré par Commission soit garanti (*pt 37*).

3. Issue de la procédure

16 - La communication des griefs et la réponse qu'elle implique (A), marquent l'ultime étape de la procédure avant que la Commission ne rende sa décision de transaction et récompense les entreprises qui ont collaboré avec elle (B).

A. - Communication des griefs et réponse des parties

17 - Bien que la procédure de transaction soit une procédure simplifiée et accélérée, la Commission ne peut naturellement pas faire l'économie d'une communication des griefs par écrit (*pts 23 et 24*). Toutefois, la Commission considère que les parties ont, dès la présentation des propositions et de manière anticipée, pu faire valoir leur point de vue, ce qui lui permet d'éviter le processus normal et de raccourcir les délais procéduraux (*pt 25*).

18 - Si la Commission entérine les propositions des parties, la communication des griefs reflétera leur contenu. Les parties disposent alors d'un délai d'une semaine au moins pour confirmer qu'elle correspond à leurs demandes (pt 26). Elles ne peuvent donc plus à ce stade argumenter mais pourraient s'abstenir de répondre ; dans ce cas, il est prévu que la Commission « *peut* » rejeter la

22. *M. L. Tierno Centella et E. Cuziat, préc., p. 79.*
23. En ce sens, V. également *Communication sur la transaction, pt 35.*
24. En ce sens, V. *A. O'Brien, préc.*
25. Bien que cela ne soit pas précisé dans la communication, il nous semble que les parties à la transaction ne pourront avoir accès aux déclarations des entreprises dénonciatrices faites au titre du programme de clémence et figurant au dossier qu'en respectant la procédure particulière mise en place par la dernière version du texte : V. *Communication sur la clémence de décembre 2006, pt 33.*

proposition de transaction [26]. Il est également prévu que la Commission puisse adopter une communication des griefs qui ne reflète pas les propositions des entreprises. Ainsi, jusqu'à l'aboutissement de la procédure, la Commission conserve une large marge d'appréciation discrétionnaire. Si celle-ci peut se justifier en début de procédure, afin que l'autorité ait la pleine maîtrise de la transaction et puisse parer aux tentatives d'instrumentalisation du procédé, elle semble plus difficile à admettre dans les ultimes instants, alors que les parties ne peuvent plus se désengager. À mesure que la procédure se déroule et que la confiance s'instaure, on pouvait espérer un certain rééquilibrage en faveur des entreprises. Si la Commission adopte une communication des griefs différente de la proposition des parties, ces dernières peuvent abandonner la transaction et la procédure ordinaire sera appliquée ; dans ce cas, les éléments reconnus seront réputés avoir été retirés du dossier et ne pourront être utilisés contre aucune des parties à la procédure (*pt 27*).

B. - Décision de la Commission et récompense au titre de la transaction

19 - Une fois que les parties ont confirmé leur engagement de parvenir à une transaction, la Commission adopte une décision finale (*pt 28*). Mais à ce stade encore, la Commission conserve le droit d'adopter une position finale qui s'écarte de la position initiale qu'elle a exprimée dans lacommunication des griefs entérinant les propositions de transaction. Dans ce type de situations, qui devraient être exceptionnelles selon les dires de certains représentants de la Commission [27], les parties sont renvoyées à la procédure ordinaire et peuvent à nouveau exercer pleinement leurs droits de la défense (*pt 29*). Si la transaction est acceptée, le collège de la Commission entérine le projet de décision qui reprend l'ensemble des éléments figurant dans la communication des griefs. Les parties bénéficient alors d'une réduction de 10 % du montant de l'amende à infliger après application du plafond de 10 % visé dans les lignes directrices pour le calcul des amendes (*pt 32*), à laquelle peut s'ajouter une réduction due au titre du programme de clémence (*pt 33*). Si la faible réduction prévue par la communication sur la transaction permet de préserver l'attractivité de la clémence, il n'est pas certain qu'elle incite les entreprises à transiger, surtout si l'on considère les concessions à réaliser.

20 - La décision finale qui fait suite à la procédure de transaction est soumise au contrôle du juge communautaire (*pt 41*). En réalité ce recours paraît illusoire du fait de l'aveu de culpabilité : les entreprises qui ont transigé seront en pratique dissuadées d'engager des recours pour contester l'existence de l'entente ou leur implication dans celle-ci. Si des représentants de la Commission assurent que les entreprises pourront toujours contester le niveau des amendes infligées [28], la marge de manœuvre de ces dernières devrait être très « réduite » [29].

Conclusion

21 - La recherche de l'efficacité a guidé la Commission dans l'élaboration de sa procédure de transaction. Celle-ci marque une nouvelle fois la place grandissante de l'analyse économique en droit de la concurrence : elle y influence non seulement les règles de fond, mais imprègne également les règles de forme [30]. Seulement, la spécificité de la justice interdit de faire de la rationalité économique et de la recherche de l'efficience les seuls critères de l'efficacité d'une procédure. D'autres contraintes et d'autres finalités doivent être prises en compte, notamment celles relatives à la sauvegarde des droits de l'entreprise [31]. À cet égard, la procédure mise en place par la Commission suscite de nombreuses réserves. En lui-même, le principe d'une procédure qui intervient alors que la Commission n'a pas formulé précisément de griefs est déjà dérangeant. Le malaise grandit lorsque l'on constate le déséquilibre du procédé : la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation, totalement discrétionnaire tout au long de la procédure, tandis que les entreprises demeurent dans l'incertitude du bénéfice de la transaction jusqu'à la décision finale. Mais c'est surtout la reconnaissance anticipée de responsabilité qui interpelle. Elle équivaut à un aveu qui conduit à établir un fait commis par plusieurs auteurs. Or, non seulement cet aveu est faiblement récompensé mais il a des conséquences graves pour les autres parties à la procédure. On voit mal, en effet, comment la Commission pourrait ne pas tenir compte des aveux des co-auteurs lorsqu'elle examinera le cas des cartellistes qui ont résisté à l'attrait de la procédure [32]. Enfin, les précautions prévues pour que l'aveu ne puisse être utilisé en dehors du cadre de la procédure ne permettent pas de rassurer pleinement.

26. La Commission souhaite en effet ne pas laisser aux parties concernées la possibilité de revenir à une procédure ordinaire une fois que la procédure de transaction a quasiment été menée à son terme, ce qui lui ferait perdre tous les bénéfices escomptés en terme d'économie de ressources ; elle veut donc pouvoir garder l'initiative si une entreprise s'abstient de confirmer son accord.
27. *M. L. Tierno Centella et E. Cuziat, préc., p. 80.*
28. *M. L. Tierno Centella et E. Cuziat, préc. et spécialement n° 43 et 63.*
29. En effet la Commission aura respecté le plafond de l'amende sur lequel l'entreprise avait donné son accord dans sa proposition de transaction.
30. De manière topique, la version anglaise de la communication évoque des « *procedural efficiencies* » produites par le mécanisme de transaction : V. le point 5 de la communication sur la transaction (version anglaise). Plus largement, sur l'influence de la théorie économique des jeux sur les procédures de clémence *lato sensu*, V. *J.-C. Roda, La clémence en droit de la concurrence, op. cit., n° 178 s.*
31. *L. Cadiet, Introduction générale au colloque « Pour une justice économique efficiente en Europe », CREDA, 4 déc. 2007 : Gaz. Pal. n° 233-234, 20-21 août 2008, p. 17*
32. En ce sens, V. *G. Decocq, Contrats, conc. consom. 2008, comm. 83.*