

APDC
Association des Avocats Praticant le Droit de la Concurrence

*

**Observations sur les documents « Best Practices » de la Commission européenne
relatifs à la procédure de mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE**

*

17 mars 2010

*

L'APDC, qui regroupe des avocats français ayant une pratique régulière et approfondie en droit de la concurrence français et communautaire, a souhaité user de la faculté qui lui était offerte par la Commission européenne (ci-après la « **Commission** ») de formuler des observations sur les trois documents dits de « Bonnes Pratiques » relatifs à la procédure de mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE mis en ligne le 6 janvier 2010 :

- « *Bonnes Pratiques relatives aux procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante* »,
- « *Bonnes Pratiques relatives à la communication de données économiques* »,
- « *Lignes directrices relatives au rôle des conseillers-auditeurs dans le cadre des procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante* ».

L'APDC accueille favorablement cette initiative de la Commission qui a pour objectif d'accroître la transparence et la prévisibilité des procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante. La mise en œuvre de Bonnes Pratiques doit permettre de concilier le souci d'efficacité dans la recherche des infractions au droit de la concurrence avec la nécessité d'assurer aux entreprises un degré de sécurité juridique élevé et la protection effective de leurs droits de la défense à chaque étape de la procédure.

Elle regrette cependant que la Commission ait décidé de les appliquer immédiatement à titre « provisoire »¹ et, contrairement à sa pratique habituelle, de procéder à une consultation *a posteriori* sur des documents ainsi déjà en vigueur. Cette approche est pour le moins paradoxale s'agissant de textes ayant pour objet d'accroître la transparence et la prévisibilité des procédures. Surtout, un tel choix prive à la fois les entreprises et leurs conseils de la possibilité de faire valoir en amont leurs points de vue sur ces enjeux fondamentaux pour le fonctionnement pratique des procédures de la Commission en matière d'ententes et d'abus de position dominante.

Les présentes observations ont été préparées dans une démarche constructive, dans le but de contribuer à améliorer les usages procéduraux en vigueur en suggérant des voies permettant de renforcer les droits de la défense sans nuire à l'efficacité de la procédure.

Elles suivent la structure générale de chacun des trois documents publiés par la Commission.

¹ IP/10/2, 6 janvier 2010.

SOMMAIRE

I/ BONNES PRATIQUES RELATIVES AUX PROCEDURES EN MATIERE D'ENTENTES ET D'ABUS DE POSITION DOMINANTE

1. Observations générales
2. Sur la phase d'enquête
3. Procédure de sanction
4. Procédures d'engagement
5. Procédure de rejet de plainte
6. Limitation de l'usage des informations
7. Adoption, notification et publication des décisions
8. Révision

II/ BONNES PRATIQUES RELATIVES A LA COMMUNICATION DE DONNEES ECONOMIQUES

1. Sur le niveau d'exigence
2. Sur l'éventuelle difficulté d'allier qualité des études et respect des délais
3. Sur la coopération avec la Commission
4. Sur la communication de données en *data room*

III/ LIGNES DIRECTRICES RELATIVES AU ROLE DES CONSEILLERS-AUDITEURS DANS LE CADRE DES PROCEDURES EN MATIERE D'ENTENTES ET D'ABUS DE POSITION DOMINANTE

1. Remarques générales
2. Commentaires spécifiques
3. Proposition de révision du Mandat

I/ BONNES PRATIQUES RELATIVES AUX PROCEDURES EN MATIERE D'ENTENTES ET D'ABUS DE POSITION DOMINANTE

1. Observations générales

1. L'APDC constate que les Bonnes Pratiques excluent expressément de leur champ d'application les procédures de clémence et de transaction et précisent que les procédures de cartels, le plus souvent, ne bénéficient pas des mesures visées par les Bonnes Pratiques (paragraphe 3, 23, 60, 68, 79, 81, etc.).

L'existence de ces exclusions et le fait que la plupart des procédures de cartel sont désormais initiées par des demandes de clémence donnent *de facto* aux Bonnes Pratiques une portée très limitée sachant que le nombre d'affaires d'abus de position dominante est très réduit, et celui d'ententes verticales peut-être encore davantage.

Or les affaires de clémence soulèvent des questions procédurales nombreuses et délicates, cependant qu'elles représentent pour les entreprises des enjeux considérables. L'APDC ne peut donc qu'encourager la Commission à rédiger un guide des Bonnes Pratiques spécifique à ces procédures et à le soumettre à une consultation publique avant son application effective.

2. Il apparaît en outre que l'effort de transparence accompli par la Commission dans ces Bonnes Pratiques se limite le plus souvent à rappeler des règles ou des textes déjà existants, sans proposer de véritables avancées.
3. Les Bonnes Pratiques renvoient en outre souvent aux autres textes applicables en matière de procédures d'ententes et d'abus de position dominante, et notamment aux autres Communications de la Commission existantes en la matière, telles que les Communications relatives aux règles d'accès au dossier de la Commission ou au traitement des plaintes (paragraphe 6) ou à la note explicative relative aux inspections (paragraphe 46).

Pour assurer une meilleure lisibilité et compréhension des règles applicables pour les entreprises, l'APDC suggère de proposer un texte consolidé regroupant l'ensemble des textes pertinents, à l'instar de la Communication juridictionnelle consolidée en matière de contrôle des concentrations.

4. L'APDC souhaite enfin rappeler qu'aux termes de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne :

« 1. *Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union.*

2. *Ce droit comporte notamment:*

. le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ;

. le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ;

. *l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions.*

3. *Toute personne a droit à la réparation par la Communauté des dommages causés par les institutions, ou par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres.*

4. *Toute personne peut s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues des traités et doit recevoir une réponse dans la même langue ».*

Ce texte fondamental rappelle avec force le droit à une procédure impartiale, qui inclut non seulement le principe du contradictoire et le nécessaire respect des droits de la défense, mais aussi le droit, essentiel à l'effectivité de tous les autres principes, de communiquer dans sa langue avec les institutions européennes (pourvu qu'il s'agisse d'une langue de l'Union).

2. Sur la phase d'enquête

2.1 Sur la phase d'examen préliminaire et l'allocation des affaires

5. Les Bonnes Pratiques rappellent au paragraphe 12 que la Commission peut refuser d'instruire des affaires qui ne présente pas un « *intérêt communautaire* » suffisant, sachant qu'elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'application de ce critère. A cet égard, les Bonnes Pratiques renvoient en note de bas de page (note n° 21) aux textes qui énumèrent les éléments pris en compte aux fins d'apprécier l'« *intérêt communautaire* » d'une affaire.

Pour plus de prévisibilité et de transparence, il serait souhaitable que ces critères soient explicitement mentionnés dans le texte des Bonnes Pratiques car il s'agit d'un élément essentiel dans le déclenchement de la procédure d'enquête.

6. Les Bonnes Pratiques indiquent que des mesures d'enquêtes peuvent être initiées dès la phase d'examen préliminaire (paragraphe 14). Cependant, comme il est dit plus haut, la portée de cette possibilité est considérablement atténuée par les termes du paragraphe 23.

Il serait souhaitable de faire ici référence à la jurisprudence *Hoechst*², aux termes de laquelle les droits de la défense ne doivent pas être irrémédiablement compromis lors des procédures d'enquête préalable à la communication des griefs, qui peuvent avoir un caractère déterminant pour l'issue de la procédure. A cet égard, les Bonnes Pratiques pourraient être l'occasion pour la Commission de rappeler en particulier le droit de l'entreprise soumise à une enquête de ne pas s'auto-incriminer, tel qu'il a été consacré par la jurisprudence communautaire, par celle de la Cour européenne de droits de l'Homme, qui s'appliquera pleinement à la Commission dès que l'Union européenne aura adhéré à la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme, ainsi que par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et ses modalités concrètes d'application.

A cet égard, l'APDC considère que dans les affaires initiées sur plainte, les entreprises visées, dès lors qu'elles font l'objet de mesures d'enquête, devraient avoir accès à la plainte le plus tôt possible ou à un résumé des principaux griefs qu'elle contient. A tout le moins, les mesures d'enquête, qu'il s'agisse de demandes de renseignements ou d'inspections, devraient toujours

² CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst c/ Commission*, aff. 46/87 et 227/88, *Rec.* p. 2859.

indiquer précisément l'objet de l'enquête en cours, de telle sorte que l'entreprise en cause comprenne bien le(s) comportement(s) qui lui sont reprochés et sur quel(s) marché(s), mais également, pour les décisions d'inspection et de demande de renseignement, qu'elle ait une vision claire de la thèse de la Commission. A défaut, le droit de ne pas s'auto-incriminer pourrait rester lettre morte.

7. Les Bonnes Pratiques précisent par ailleurs qu'après la première mesure d'enquête, « *la DG Concurrence informera les parties soumises à une enquête préliminaire du statut de leur affaire si elles le demandent* » (paragraphe 14). L'APDC estime que la Commission devrait être tenue de fournir cette information aux parties qui ont fait l'objet de mesures d'enquête, sans qu'elles aient à la lui demander. Elle relève à cet égard la dissymétrie que les Bonnes Pratiques, dans leur rédaction actuelle, opèrent entre l'information donnée aux entreprises faisant l'objet de l'enquête (uniquement « *sur demande* ») et celle que la Commission « *s'efforcera* » de donner au plaignant quant à la suite qu'elle entend donner à sa plainte « *dans un délai de quatre mois* » (paragraphe 15).

2.2 *Sur l'ouverture des procédures*

8. Les Bonnes Pratiques indiquent que l'ouverture de la procédure par la Commission clarifie l'allocation des affaires au sein de l'ECN (paragraphe 17). Il serait bienvenu de rappeler dans le corps du texte que l'ouverture d'une procédure par la Commission entraîne le dessaisissement des autorités nationales de concurrence. Par ailleurs, l'indication selon laquelle la Commission « *s'efforcera de traiter l'affaire avec diligence* » pourrait être précisée : un délai pour le traitement de l'affaire devrait être donné, même à titre indicatif. Il paraît en effet important que la Commission souligne l'importance qu'elle accorde au respect de délais raisonnables dans le traitement des affaires.
9. S'agissant de la publicité accordée à l'ouverture de la procédure (paragraphe 19), l'APDC rappelle qu'il s'agit d'une simple faculté offerte par le règlement n° 773/2004³ et que rien ne justifie une pratique de publicité systématique. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'ouverture de la procédure ne correspond pas à la communication des griefs, auquel cas elle intervient à un stade très préliminaire de la procédure et ne concerne que les entreprises qui y sont parties.

Sur le fond, l'APDC se félicite du souci de la Commission de rappeler que l'ouverture de la procédure ne préjuge en rien de l'issue de l'affaire (paragraphe 21). Il importe par conséquent de faire en sorte que la publication qui peut lui être donnée soit minimale et se limite à une présentation neutre du secteur d'activité et des entreprises concernés, de la disposition du traité visée (article 101 ou article 102) et des éventuelles prochaines étapes procédurales, sans donner de précision quant aux faits objet de l'enquête et sans appréciations ni même spéculations quant à la gravité des pratiques alléguées, à leur impact sur la concurrence ni bien entendu quant à la responsabilité des entreprises. A défaut, le préjugé que la Commission veut éviter serait inévitable.

D'une façon plus générale, l'APDC souligne qu'avant toute annonce publique de l'ouverture d'une procédure, il convient de prendre la mesure des conséquences préjudiciables que cette

³ Règlement n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, *JOUE* L 123 du 27 avril 2004, p. 18.

publication aura inmanquablement sur les entreprises concernées, surtout s'il s'agit de sociétés cotées.

2.3 Sur les langues

10. Conformément aux dispositions du règlement n° 1/1958 portant fixation du régime linguistique de la Communauté Économique Européenne⁴, l'ensemble des correspondances adressées par la Commission doivent être rédigées dans la langue du lieu de résidence de l'entreprise destinataire. Il n'y a aucune raison de déroger à cette règle pour les demandes de renseignements dites simples (paragraphe 26), et ce d'autant plus que l'entreprise qui répond de façon inexacte ou dénaturée à ces demandes de renseignements s'expose à des sanctions en application de l'article 23 du règlement n° 1/2003.

2.4 Sur les demandes de renseignements

11. Les Bonnes Pratiques prévoient que la Commission se réserve le droit d'effectuer un tri dans les documents qu'elle reçoit et de renvoyer à la partie concernée les informations qu'elle considère comme non pertinentes (paragraphe 33).

L'APDC considère que cette pratique porterait gravement atteinte aux droits de la défense en offrant à la Commission la possibilité de choisir les pièces qui figureront au dossier et qui viendront ainsi, le cas échéant, fonder les griefs notifiés. De plus, cela empêcherait *de facto* les parties d'avoir accès à des pièces qui pourraient présenter un intérêt pour elles. Tous les documents adressés à la Commission dans le cadre d'une réponse à une demande de renseignements doivent faire partie du dossier et être accessibles aux parties.

12. Enfin, pour fixer le délai de réponse aux demandes de renseignements (au minimum deux semaines : paragraphe 35), la Commission devrait tenir compte non seulement de la complexité et du volume de l'information demandée, mais également de la période à laquelle elle adresse sa demande d'informations (période estivale, jours fériés, etc.). L'APDC relève à cet égard le déséquilibre entre les délais impartis aux parties et les délais dont dispose la Commission.

2.5 Sur les réunions et autres contacts avec les parties et les tiers

13. Les Bonnes Pratiques évoquent d'éventuelles réunions informelles avec les parties, les plaignants ou les tiers (paragraphe 38). Il serait utile de clarifier la différence existant avec les autres types de réunions organisées par la Commission (réunions tripartites, réunions-bilans, réunions avec le Commissaire ou le Directeur général) énumérées plus loin.

⁴ Règlement n° 1/58 du Conseil du 15 avril 1958 portant fixation du régime linguistique de la Communauté Économique Européenne, *JOCE* 17 du 6 octobre 1958, p. 385.

2.6 Sur le pouvoir de recueillir des déclarations

14. Les Bonnes Pratiques rappellent la possibilité pour la Commission de recueillir des déclarations par tout moyen, y compris par téléphone ou par voie électronique (paragraphe 43). Cette procédure est déjà prévue dans le Règlement n° 1/2003 et dans son Règlement d'application n° 773/2004.

L'APDC estime toutefois que les interrogatoires réalisés par ces moyens doivent être exceptionnels et n'intervenir que lorsqu'aucun autre moyen de communication n'est disponible. Ces modes d'interrogatoires « informels » posent en effet la question de la vérification de l'identité de la personne interrogée. Ils sont en outre moins protecteurs des droits de la défense ; il est en particulier nécessaire, s'ils sont utilisés, que la Commission informe expressément les personnes entendues de ce qu'elles ont droit à l'assistance d'un avocat.

En outre, s'agissant de l'enregistrement de l'interrogatoire, la personne interrogée doit systématiquement recevoir une copie de l'enregistrement effectué et être informée qu'elle dispose du droit d'effectuer toute correction nécessaire.

2.7 Sur les inspections

15. Les Bonnes Pratiques ne consacrent qu'un court paragraphe aux inspections (paragraphe 46), et renvoient à une note de page mentionnant une note explicative de la Commission à ce sujet.

L'APDC considère que la Commission devrait développer dans les Bonnes Pratiques les règles qu'elle entend appliquer lors des inspections. Il s'agit en effet d'une phase cruciale de l'enquête préalable, déterminante pour la constitution du dossier.

2.8 Sur la protection du secret professionnel

16. L'APDC salue le fait que la Commission traite, dans ses Bonnes Pratiques, du principe de la confidentialité des correspondances échangées entre les avocats et leurs clients.

Les Bonnes Pratiques pourraient être encore précisées pour assurer une protection adéquate de cette confidentialité. Le champ d'application de cette protection, notamment, qui est actuellement défini essentiellement en note de bas de page (note n° 37), pourrait faire l'objet d'un exposé détaillé dans le corps même du texte des Bonnes Pratiques.

17. Par ailleurs, la démonstration de l'application du secret professionnel à un document qui n'émane pas directement d'un avocat ou ne lui est pas directement adressé fait reposer une charge de la preuve particulièrement lourde sur l'entreprise qui l'invoque (paragraphe 48) dans la mesure où cette démonstration ne peut pas être étayée par le contenu même du document. La possibilité d'un examen sommaire par les agents de la Commission, lors d'une inspection, devrait être encadré, pour prévoir notamment la possibilité d'un examen préalable par l'avocat ou un juriste de l'entreprise et / ou la présence de l'avocat ou d'un juriste de l'entreprise (paragraphe 49). Ces remarques sont aussi valables pour la procédure de l'enveloppe scellée (paragraphe 50).

En cas de désaccord entre l'entreprise et la Commission quant à l'application du secret professionnel à un document, les conseillers-auditeurs devraient pouvoir être saisis par l'entreprise pour trancher cette question sans que les enquêteurs de la Commission ne prennent connaissance du document concerné.

18. Enfin, les Bonnes Pratiques ne font pas mention de la possibilité de rédiger un procès-verbal d'enquête qui doit, le cas échéant, mentionner les contestations des entreprises relatives au secret professionnel. Or, ce procès-verbal est essentiel en cas de recours devant les juridictions communautaires puisqu'il permet de retracer le déroulement d'une inspection, en particulier concernant la question du secret professionnel.

2.9 Sur les échanges d'informations entre les autorités de concurrence

19. Les Bonnes Pratiques renvoient sur ce point à la Communication applicable à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, sans autre précision, alors qu'il s'agit d'un point très important.

L'APDC attire l'attention sur la transmission d'informations entre les autorités dont les règles procédurales diffèrent (paragraphe 53) et suggère à la Commission de traiter dans les Bonnes Pratiques le cas de la communication d'informations à une autorité qui n'aurait pas pu les obtenir en application de ses règles procédurales nationales.

2.10 Sur les réunions-bilans (State of Play meetings)

20. Les Bonnes Pratiques prévoient la tenue régulière de réunions-bilans avec les parties sur l'état d'avancement de la procédure (paragraphe 55). Pour assurer la transparence de la procédure, l'APDC estime que toutes les entreprises devraient être informées de la tenue de chacune de ces réunions. Cette information pourrait aussi s'étendre aux plaignants.

Les Bonnes Pratiques ne prévoient pas de réunions-bilans avec les plaignants (paragraphe 55). Il pourrait toutefois être utile de leur offrir cette opportunité ou, au moins, fournir une justification à ce refus.

Par ailleurs, l'APDC suggère d'ajouter que ces réunions donneront lieu à un compte-rendu, ce qui permettrait d'assurer la tenue des réunions en toute transparence et d'éviter toute contestation ultérieure quant aux informations échangées (paragraphe 56).

2.11 Réunions triangulaires

21. L'APDC est favorable à la tenue de réunions triangulaires, réunissant toutes les parties en cause et permettant l'instauration d'un débat contradictoire. La Commission devrait adresser, à la suite de ce type de réunions, un compte-rendu, indiquant *a minima* les différents points de vue échangés par chacune des parties.

2.12 Réunions avec le Commissaire ou le Directeur Général

22. L'APDC suggère de déterminer à l'avance l'objet des réunions avec le Commissaire ou le Directeur général (paragraphe 64), afin d'éviter toute allégation de partialité et de tenir l'ensemble des parties à la procédure informées de ces réunions. Enfin, la possibilité de demander la rédaction d'un compte-rendu doit aussi être mentionnée.

2.13 Examen des contributions clés

23. L'APDC est favorable à la possibilité donnée aux parties de prendre connaissance de la plainte les mettant en cause dès l'ouverture de la procédure, voire dans certains cas dès la phase d'examen préliminaire.

Elle estime en revanche impossible de demander aux entreprises mises en cause de s'exprimer sur cette plainte sans leur donner accès à l'entier dossier. Cette remarque vaut également pour l'ensemble des réunions décrites précédemment : une entreprise ne peut pas être conduite à prendre des positions ou à discuter de faits, que ce soit par écrit ou même par oral, sans avoir une vue complète du dossier.

3. Procédures de sanction

3.1 Communication des griefs

24. Les Bonnes Pratiques indiquent que « *dans la mesure du possible* », la communication des griefs mentionne les faits qui peuvent constituer des circonstances aggravantes ou atténuantes (paragraphe 77).

Or ces circonstances peuvent avoir un impact substantiel sur le montant des sanctions. Il conviendrait donc que dans la mesure où ces faits sont révélés par le dossier sur lequel est fondée la communication des griefs, ils soient effectivement exposés par la Commission.

3.2 Publication d'un communiqué de presse portant sur la communication des griefs

25. Les Bonnes Pratiques prévoient, au paragraphe 79, la publication systematique d'un communiqué de presse portant sur les éléments essentiels de la communication des griefs. Ce faisant, elle va, à différents titres, très au-delà de ce que prévoit l'article 2 du règlement 773/2004 du 7 avril 2004⁵ :

- 1) le règlement prévoit une simple faculté d'annoncer l'envoi d'une communication de griefs, et non pas une pratique systematique ;

⁵ Règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE

- 2) il prévoit que la publicité porte sur l'« ouverture de la procédure », et non sur le contenu de la communication des griefs ;
- 3) cette publicité doit être effectuée après que les parties en ont été préalablement informées, ce que les Bonnes Pratiques ne rappellent pas.

La « transparence », alors que les parties n'ont même pas eu encore l'occasion de prendre sérieusement connaissance de la communication des griefs et des pièces du dossier, ni *a fortiori* de se défendre, est particulièrement déséquilibrée et peut être gravement préjudiciable aux intérêts légitimes des entreprises, surtout lorsqu'il s'agit de sociétés cotées.

La Commission en est, semble-t-il, consciente puisqu'elle indique que cette publicité est accompagnée d'un avertissement quant à l'absence de pré-jugement sur l'existence des infractions.

En conséquence, à supposer qu'il soit utile de donner une publicité à la communication des griefs elle-même, ce qui ne saurait être systématique, celle-ci doit se limiter à l'ouverture de la procédure, dans les termes les plus neutres possibles : indication simplement du ou des secteurs d'activité concernés, des dispositions visées (articles 101 ou 102), de la période en cause, et des entreprises destinataires de la communication de griefs, sans appréciation, même prospective, sur les pratiques en cause et leur gravité et en précisant clairement que l'instruction contradictoire ne fait que commencer, que les entreprises n'ont pas encore pu se défendre et qu'en conséquence, aucune infraction n'est établie à ce stade.

Cette interprétation stricte du règlement est imposée par plusieurs principes :

- respect des droits de la défense,
- présomption d'innocence,
- bonne administration,
- respect du secret professionnel des agents de la Commission,
- et surtout, proportionnalité,

principes avec lesquels le souci louable de « transparence » doit être mis en balance.

3.3 L'accès au dossier

26. Les Bonnes Pratiques prévoient deux hypothèses d'accès à des documents confidentiels :
 - soit une procédure dite « négociée » que la Commission peut accepter, décrite au paragraphe 84,
 - soit une « data room » organisée par la Commission, décrite au paragraphe 85, qui est obligatoire en ce sens qu'en cas de refus « injustifié » d'une entreprise mise en cause, elle peut y être contrainte par le conseiller-auditeur.

Dans les deux cas, les modalités de consultation du dossier sont les mêmes. L'accès est donné sur la totalité des documents, y compris les documents confidentiels, mais à un nombre limité de personnes (par exemple les avocats sont autorisés à accéder au dossier, par opposition aux juristes internes de l'entreprise mise en cause, qui ne bénéficient pas d'un tel droit).

Ce souci de simplifier la procédure en cas de dossiers très volumineux est louable, sachant que la protection des secrets d'affaires par l'élaboration de versions non-confidentielles des documents concernés est une procédure lourde à gérer pour les entreprises comme pour la Commission. Cependant, la procédure de « data room » ne devrait pouvoir être imposée (i) que dans des cas exceptionnels, par exemple pour les dossiers particulièrement volumineux avec de nombreuses pièces couvertes par le secret des affaires, et (ii) uniquement aux entreprises qui consultent le dossier, et non pas à l'entreprise qui a fourni les documents concernés, sans quoi la protection de ses secrets d'affaires ne serait pas effective.

3.4 Réponse écrite à la communication des griefs

27. Concernant le délai dont disposent les parties pour répondre à la communication des griefs, les Bonnes Pratiques indiquent (paragraphe 87) un délai « *minimum* » de quatre semaines. Elles avancent cependant très peu d'exemples de cas justifiant une prorogation de ce délai (cas complexe, caractère volumineux du dossier, vacances, etc.). Cette position paraît trop restrictive ; quoique cette liste ne soit pas exhaustive, l'APDC considère qu'il conviendrait d'y ajouter l'ancienneté des faits et les restructurations intervenues dans les entreprises concernées (activités cédées...).
28. Les Bonnes Pratiques permettent à la Commission d'adresser à une partie copie de la version non-confidentielle de la réponse des autres parties à la communication des griefs (paragraphe 89⁶). Cette faculté devrait être la règle : chaque partie devrait pouvoir prendre connaissance de la réponse des autres parties en vue de préparer l'audition.

Il conviendrait en outre et plus particulièrement de préciser que si la Commission communique la réponse d'une entreprise mise en cause au plaignant, cette entreprise recevra également une copie de la réponse du plaignant et pourra y répliquer par écrit.

3.5 Droits des plaignants et des tiers intéressés

29. Les Bonnes Pratiques prévoient la possibilité pour des « tiers intéressés », par hypothèse non parties à la procédure, d'accéder à certains éléments du dossier. Ce qui soulève plusieurs questions : quels peuvent être les tiers attestant d'un intérêt suffisant ? Les entreprises mises en cause peuvent-elles faire valoir leur point de vue sur l'accès de ces tiers à leurs écritures ?

L'APDC ne conteste bien entendu pas l'intervention de tiers, qui peuvent apporter des faits ou des observations pour nourrir l'instruction. Mais il paraît beaucoup plus discutable de leur donner un accès aux documents de la procédure alors qu'ils n'y sont pas parties.

A l'inverse, il ne paraît pas inutile de préciser que les entreprises mises en cause pourront avoir accès aux documents que ces tiers remettront à la Commission.

⁶ « *The Commission may, in the interests of fair and effective enforcement, give one or more of the parties a copy of the non-confidential version (or specific excerpts thereof) of the (other) parties' written replies to the SO and give them the opportunity to submit their comments* » (soulignements ajoutés).

3.6 *Audition*

30. S'agissant des nouveaux documents remis par une partie à l'occasion de l'audition (paragraphe 93), ils doivent pouvoir être commentés par les autres parties.
31. Il est rappelé par ailleurs qu'il est d'usage que le Directeur général ou le Directeur général adjoint (paragraphe 94) assiste à l'audition. L'APDC suggère de transcrire cet usage dans les Bonnes Pratiques pour que la présence du Directeur général ou du Directeur général soit systématique. Il ne serait pas pensable de voir la DG Concurrence représentée seulement par l'équipe qui a rédigé la communication des griefs.

3.7 *Communication des griefs complémentaire et lettre factuelle*

32. Il serait bon de préciser au paragraphe 95 qu'un délai raisonnable sera accordé à l'entreprise pour présenter ses observations lorsque la Commission a l'intention de se fonder, dans le cadre de sa décision, sur de nouveaux éléments de preuve apparus postérieurement à la communication des griefs.
33. Par ailleurs, les Bonnes Pratiques prévoient que les parties disposeront en principe, pour répondre à la communication des griefs complémentaire, d'un délai en principe inférieur à celui dont elles ont bénéficié pour répondre à la communication des griefs originelle (paragraphe 95). A cet égard, il serait souhaitable de préciser qu'il ne s'agit pas d'une règle absolue étant donné que le délai de réponse dépendra de l'importance du ou des nombreux griefs supplémentaires, l'instruction par l'entreprise pouvant être aussi difficile pour ceux-ci que pour les griefs originels.
34. D'une manière générale, la Commission semble ne prévoir d'accès aux pièces obtenues par la Commission après la communication des griefs qu'en cas de communication des griefs complémentaire (paragraphe 98) ou au cas par cas (paragraphe 89, s'agissant des observations écrites des autres entreprises et paragraphe 98, s'agissant de simples lettres factuelles).

Or le respect du principe du contradictoire commande de mettre à la disposition des entreprises mises en cause un accès à **toutes** les pièces obtenues par la Commission après l'envoi de la communication des griefs, même si la Commission n'entend pas fonder sa décision sur ces pièces.

4. Procédures d'engagement

4.1 *Langue de la procédure*

35. L'APDC rappelle que le principe est que la Commission doit utiliser la langue de la procédure tout au long de la procédure, même si chaque entreprise mise en cause peut y renoncer. La comparaison faite au paragraphe 106 avec la section 2.4. est très discutable étant donné qu'ici il s'agit non de l'enquête préalable, mais de la procédure elle-même et des engagements qui vont lier l'entreprise.

4.2 Délai de proposition des engagements

36. Le délai indiqué au paragraphe 111 (« en principe un mois ») pourrait être précisé, ne serait-ce que pour indiquer :
- si c'est un minimum (ce qui semble une évidence)
 - et dans quels cas ce délai peut être prorogé (liste non exhaustive).

4.3 Test de marché et discussions avec les parties à la suite du test de marché

37. Les Bonnes Pratiques indiquent que les tiers intéressés seront invités à soumettre leurs observations dans un délai limité qui ne devrait pas être inférieur à un mois (paragraphe 115). Afin de respecter le principe de sécurité juridique pour l'entreprise qui prend les engagements, la Commission devrait préciser que les remarques communiquées hors délai seront irrecevables.
38. Il est ensuite prévu une réunion-bilan pour informer les entreprises mises en cause du résultat du test de marché par écrit ou par oral (paragraphe 117).

L'APDC se permet d'insister sur le fait qu'il lui paraît essentiel que les entreprises mises en cause aient un entier accès aux observations soumises par les concurrents, clients, fournisseurs et autres au cours du test de marché avant de confirmer ou de modifier leurs engagements. La procédure applicable devant l'Autorité française de la concurrence est de ce point de vue plus protectrice des droits des entreprises.

Cette restriction de l'accès au dossier est difficile à comprendre, alors surtout que le plaignant peut être incité par la Commission à répondre au test de marché par écrit (paragraphe 116). On ne comprendrait pas que l'entreprise mise en cause n'ait pas accès à ses écritures et ne puisse pas y répondre elle-même par écrit. Le principe du contradictoire impose de lui donner cet accès et cette possibilité de réponse.

5. Procédure de rejet de plainte

39. Cette partie des Bonnes Pratiques n'appelle pas de commentaire particulier.

6. Limitation de l'usage des informations

40. Cette partie des Bonnes Pratiques n'appelle pas de commentaire particulier.

7. Adoption, notification et publication des décisions

41. Il pourrait être ajouté que le communiqué de presse sur la décision prévu au paragraphe 132 n'interviendra pas avant que les parties n'aient reçu au moins une copie du « *working document* » prévu au paragraphe 131.

Par ailleurs, le communiqué devrait indiquer la faculté pour les parties de former un recours contre la décision de la Commission.

42. Enfin, la Commission pourrait indiquer le délai moyen de publication au JOUE des documents énumérés au paragraphe 134 (à savoir le résumé de la décision, le rapport du conseiller-auditeur et l'avis du comité consultatif) ainsi que le délai moyen de publication sur son site Internet de la version non-confidentielle de la décision, tel que prévu au paragraphe 135 des Bonnes Pratiques.

8. Révision

43. L'APDC estime qu'il serait souhaitable de prévoir une révision du texte au vu précisement de la consultation engagée, qui, sans cela, serait dépourvue de tout intérêt ou même objet.

* *
 *

II/ BONNES PRATIQUES RELATIVES A LA COMMUNICATION DE DONNEES ECONOMIQUES

44. L'APDC considère que les Bonnes Pratiques formulent des exigences standard, dont l'imprécision relative est évidemment due à la grande diversité des situations envisagées : articles 101 et 102 TFUE et concentrations.

Les Bonnes Pratiques ont toutefois le mérite d'intégrer de manière explicite l'étude économique dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles.

1. Sur le niveau d'exigence (paragraphe 3 *in fine* et paragraphe 38)

45. L'APDC considère que les exigences apportées à l'élaboration des études économiques et économétriques sont fondées et permettront d'accroître leur qualité et leur « objectivité » : elles devraient réduire les témoignages d'économistes reposant sur des fondements analytiques trop fragiles dans le seul but d'appuyer de manière trop simpliste la thèse de leur client.

46. Néanmoins, la Commission semble requérir que l'étude économique présente de manière claire les limites de ses résultats. Si l'objectif de la Commission est d'obtenir une objectivité relative, cette exigence semble toutefois aller au-delà de ce qui est nécessaire : l'étude se doit d'être objective en ce qu'elle exploite des données justes, vérifiables, sur la base d'un procédé concret et objectif mais il appartient plutôt la partie adverse et/ou à la Commission de relever les « défauts » d'une étude. L'APDC estime qu'il serait utile de préciser que cette exigence s'entend comme le fait de ne pas cacher les limites d'une étude, sans aller jusqu'à démontrer qu'un résultat opposé ou différent est possible par le biais d'une autre technique d'étude.
47. Il pourrait enfin être utile de préciser dans quels cas une approximation quantitative reste acceptable et dans quel cas il vaut mieux au contraire s'en tenir à une analyse qualitative.

2. Sur l'éventuelle difficulté d'allier qualité des études et respect des délais (paragraphe 31, paragraphes 37 et suivants, Annexe 1 paragraphe C)

48. Compte tenu du degré d'exigence requis, s'agissant notamment de la production de tests de robustesse ou de sensibilité des résultats dans le cadre de la réalisation d'études empiriques, il n'est pas toujours réaliste de demander à ce que de tels tests soient effectués. La réalisation d'une étude économétrique nécessite en effet de disposer du temps et des données statistiques, critères qui ne sont pas toujours compatibles avec la procédure contentieuse devant la Commission.

L'APDC considère qu'il serait plus opportun de mentionner que de telles composantes ne sont requises qu'en fonction du temps imparti pour la réalisation des études.

C'est peut-être pour répondre à cette difficulté que la Commission invite les parties à discuter avec elle en amont afin de convenir des études susceptibles d'être utiles pour le cas d'espèce et réalisées.

3. Sur la coopération avec la Commission (paragraphe 43)

49. Sur ce point, l'intérêt d'une telle coopération peut être avéré dans certains cas mais il est rarement possible d'identifier précisément dès le début du dossier le type d'études qui seront les plus productives. Les parties doivent donc conserver toute latitude pour mener les études qu'elles estiment utiles, sans être contraintes par de telles discussions avec la Commission.

Il serait donc utile de mentionner que ces réunions sont possibles, selon le souhait des parties et sans que l'absence de telle réunion ne puisse porter préjudice à la partie en cause.

4. Sur la communication de données en *data room* (paragraphe 45)

50. Les Bonnes Pratiques évoquent la possibilité d'un accès contradictoire aux données des parties dans une *data room* afin de permettre à chacun de vérifier le travail réalisé par les autres parties et par la Commission elle-même.

Cette pratique ne permet pas réellement de procéder à une analyse critique des études présentées dans la mesure où il convient, en général, d'effectuer des tests de robustesse et des tests de différents modèles. Or, comme cela vient d'être dit, de tels tests requièrent du temps.

51. De plus, l'APDC insiste sur le fait que prévoir de manière générale une telle pratique alors que dans certains cas, des secrets d'affaires empêchent toute communication même anonymisée de données, pose le problème de la confidentialité.

Il pourrait donc être précisé que cette possibilité ne peut être ouverte qu'avec l'accord des parties.

Il *existe* ici une balance à faire entre les garanties de confidentialité et le respect de la procédure contradictoire. Il est possible de rendre anonymes les données pour que celles-ci puissent être utilisées en dehors de la *data room*. Cette proposition présente toutefois le risque de permettre, dans certaines situations, de contourner le secret des affaires. Ainsi, dans le cas de pratiques mises en œuvre sur des marchés oligopolistiques, des données anonymisées peuvent permettre néanmoins de procéder à des recoupements entre ces données et les entreprises concernées.

* *
* *

III/ LIGNES DIRECTRICES RELATIVES AU ROLE DES CONSEILLERS-AUDITEURS DANS LE CADRE DES PROCEDURES EN MATIERE D'ENTENTES ET D'ABUS DE POSITION DOMINANTE

1. Remarques générales

1.1 *Champ limité des Lignes Directrices*

52. L'APDC constate que les « *lignes directrices relatives au rôle des conseillers-auditeurs dans le cadre des procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante* » (les « **Lignes Directrices** ») ne visent que les procédures relatives aux articles 101 et 102 TFUE. Les concentrations sont donc exclues de leur champ d'application, alors que le rôle des Conseillers auditeurs y est très important pour les entreprises.

A ce jour, il n'existe pas de lignes directrices comparables à celles publiées le 6 janvier 2010 pour ce qui concerne le rôle des Conseillers auditeurs en matière de contrôle des concentrations. Or, étant donné qu'il n'y a pas de protection juridictionnelle efficace dans les affaires de contrôle des concentrations, l'APDC considère que le rôle du Conseiller auditeur devrait, en particulier dans ces affaires, être étendu de sorte que soient intégrés des équilibres et vérifications qui pourraient contribuer à une procédure plus juste.

De même, sont expressément exclues du champ des Lignes Directrices les procédures de clémence et de « transaction »⁷ alors que le rôle du Conseiller auditeur devrait y être important (notamment parce que les parties peuvent renoncer à certains droits).

1.2 Une vision utilitariste de la fonction de Conseiller auditeur

53. Il ressort de l'ensemble des lignes directrices que, du rôle du Conseiller auditeur, la Commission semble retenir davantage la nécessité d'assurer l'efficacité de la procédure que la garantie de l'objectivité, la transparence et la prédictibilité de celle-ci, qui sont tout aussi fondamentales.

Ces objectifs d'objectivité, transparence et prédictibilité de la procédure sont pourtant expressément spécifiés dans le mandat des conseillers auditeurs adopté en 2001, qui revêt la forme d'une décision de la Commission du 23 mai 2001⁸ (le « **Mandat** »).

54. En tout état de cause, ce sont le respect et la garantie des droits de la défense qui devraient primer sur toute considération d'efficacité. Rien ne devrait venir les diminuer, pas même le souci d'une plus grande efficacité (de son point de vue) qui apparaît être la principale préoccupation de la Commission.

2. Commentaires spécifiques

2.1 Rôles des Conseillers auditeurs

- *Un rôle accru lorsque la Commission travaille à partir d'une présomption*

55. Lorsque la Commission travaille à partir d'une présomption, le Conseiller auditeur devrait avoir un rôle accru, et notamment pour ce qui concerne le traitement réservé par la Commission aux éléments fournis par l'entreprise en cause. Ceci devrait garantir que le Conseiller auditeur est effectivement en mesure de vérifier que l'intégralité des éléments fournis par l'entreprise en cause est prise en compte par la Commission et donc que la présomption de départ est bien réfragable.

- *Sur l'éventuelle absence de saisine du Conseiller auditeur en cours de procédure*

56. Contrairement à ce que suggère la dernière phrase du paragraphe 8⁹, l'absence de saisine du Conseiller auditeur pendant la procédure ne saurait diminuer en quoi que ce soit les droits de la défense dans le cadre d'un recours.

⁷ Cf. Règlement (CE) n° 622/2008 de la Commission du 30 juin 2008 modifiant le règlement (CE) n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente.

⁸ Décision n° 2001/462.

⁹ « *Failure to bring a dispute with DG Competition before the Hearing Officers, for which they are conferred decision-making powers, can be taken as an acceptance of the position expressed by DG Competition and may result in the Commission bringing attention to this fact if a party subsequently raises the procedural matter before the European courts* ».

Ce principe a d'ailleurs très récemment été rappelé par Monsieur l'Avocat Général Mazák aux points 37 et 38 de ses conclusions présentées le 11 février 2010 dans l'affaire *Knauf Gips KG*¹⁰ :

« 37. (...) *The Commission argues in effect that the second and third part of the appellant's first ground of appeal are estopped as the appellant failed to exhaust all the remedies available to it concerning access to the documents in question during the administrative procedure before the Commission.*

38. I consider that that argument should be rejected. Firstly, the Commission has not established that the appellant actively misled it or failed to act in good faith with regard to the undisclosed documents in question during the administrative procedure. The mere failure of the appellant to exhaust its remedies before the Commission could not have inappropriately induced any misapprehension on the part of the Commission that the appellant would not follow up on its request of access to the documents in question before the Community courts (22)¹¹. Secondly, in the absence of any legislative provision which specifically requires an interested party to exhaust the remedies available to it during the administrative procedure before the Commission, I consider that the imposition of such a requirement by the Court would inappropriately limit the rights of defence of that party and deny it full access to justice(23)¹² ».

Ce qui vaut pour la procédure devant la Commission vaut évidemment, *a fortiori*, pour ce qui concerne le Conseiller auditeur.

A cet égard, il convient également de relever que dans l'arrêt *Mannesmannröhren-Werke* (cité par la Commission en note de bas de page 5 des Lignes Directrices), ce que le Tribunal de première instance (« *TPI* ») a jugé c'est qu'il n'est pas nécessaire que le Conseiller auditeur procède à la vérification du caractère interne de documents que la Commission refusait de communiquer lorsque l'entreprise ne l'a pas saisi d'une telle demande¹³. Nulle part dans cet

¹⁰ Conclusions de l'Avocat Général Mazák dans l'affaire C-407/08 P, *Knauf Gips KG c/ Commission*.

¹¹ « (22) *See by analogy Case C-297/98 P SCA Holding v Commission [2000] ECR I-10101, paragraph 37. In addition, the Court stated in the Aalborg Portland and Others v Commission case (cited in footnote 12) at paragraphs 101 to 106, that in the context of an action brought before the Court of First Instance against the decision closing an administrative procedure, it is open to that court to order measures of organisation of procedure and to arrange full access to the file, in order to determine whether the Commission's refusal to disclose or communicate a document may be detrimental to the defence of the undertaking concerned. As that examination is limited to a judicial review of the pleas in law, it has neither the object nor the effect of replacing a full investigation of the case in the context of an administrative procedure. It is common ground that belated disclosure of documents in the file does not put the undertaking which has brought the action against the Commission decision back into the situation it would have been in if it had been able to rely on those documents in presenting its written and oral observations to the Commission. Given both the different purpose and extent of the grant of access to the file before the Court of First Instance and the Commission, I do not consider that failure to exhaust all remedies during the administrative procedure should preclude the appellant from raising the matter of denial of access before the Community courts ».*

¹² « (23) *See by analogy Case T-30/89 Hilti v Commission [1991] ECR II-1439, paragraph 38. In addition, in the event that an applicant's claim concerning the exculpatory nature of undisclosed documents were to prosper and it is established that that party failed to avail of a remedy during the administrative procedure to which it had effective access, the Court could consider any dilatory behaviour by that party if established when awarding the costs pursuant to Article 69(3) of the Rules of Procedure of the Court of Justice which provides, inter alia, that the Court may order a party, even if successful, to pay costs which the Court considers that party to have unreasonably or vexatiously caused the opposite party to incur ».*

¹³ TPI, 8 juillet 2004, *Mannesmannröhren-Werke GmbH c/ Commission*, aff. T-44/00, Rec. II-2223, paragraphe 23.

arrêt il n'est fait mention d'une quelconque acceptation de la position de la Commission par l'entreprise en cas de « *failure to bring a dispute (...) before the hearing officer* ». Aussi, on comprend mal comment d'une absence d'obligation de vérification pour le Conseiller auditeur la Commission peut déduire l'existence d'une acceptation par l'entreprise.

2.2 La phase d'enquête

57. La phase d'enquête (inspections) est quasiment exclue du champ des Lignes Directrices au motif que le rôle des Conseillers auditeurs y serait par essence limité, les droits de la défense ne s'exerçant pleinement qu'à partir de la communication des griefs. Or, c'est justement parce qu'« *une entreprise soumise à des mesures d'enquête ne peut bénéficier pleinement de ses droits de la défense qu'après avoir reçu notification de la communication des griefs* » que le rôle des Conseillers auditeurs est primordial lors de la phase d'enquête. Dans ces conditions, il est regrettable que la Commission se contente de considérations générales présentées en deux paragraphes succincts pour cette étape fondamentale de la procédure.
58. Les questions relatives aux droits de la défense susceptibles, selon les Lignes Directrices, d'être portées devant les Conseillers auditeurs sont excessivement limitées. Une clarification s'impose pour la Commission, qui ne peut se contenter d'indiquer que le Conseiller auditeur « *examinera ces questions à la demande d'une entreprise* » sans autre précision et que ces questions seraient « *en tout état de cause* » traitées dès lors que soulevées dans la réponse la communication des griefs (soit après l'acte d'accusation). Le rôle du Conseiller auditeur est pour le moins critique durant cette phase de collecte de preuves ou d'indices et en l'absence, en pratique, de recours efficace (c'est-à-dire immédiat) contre la décision autorisant les inspections ou le déroulement de celles-ci.
59. Par ailleurs, en note de bas de page 6, la Commission cite l'arrêt *Dalmine*¹⁴ dans lequel la Cour de justice (« *CJCE* ») a rappelé que c'est seulement après la communication des griefs que l'entreprise concernée peut pleinement faire valoir les droits de la défense. Le fait qu'elle ne puisse pas « pleinement » les faire valoir avant ne saurait être interprété comme l'absence de droits de la défense et, par extension, comme un rôle qui serait plus limité pour le Conseiller auditeur. Bien au contraire : dans l'arrêt *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied* (auquel, sur cette question, l'arrêt *Dalmine* renvoie expressément), la CJCE indique clairement que « *l'examen de l'éventuelle entrave à l'exercice des droits de la défense ne doit pas être limité à la phase même dans laquelle ces droits produisent leur plein effet, à savoir la seconde phase de la procédure administrative. L'appréciation de la source de l'éventuel affaiblissement de l'efficacité des droits de la défense doit s'étendre à l'ensemble de cette procédure en se référant à la durée totale de celle-ci* »¹⁵.
60. Il apparaît essentiel que le Conseiller auditeur puisse jouer pleinement son rôle pendant la phase d'enquête, ne serait-ce que pour (i) permettre à l'entreprise en cause d'être informée du fait qu'elle fait l'objet d'une enquête, et (ii) éviter ainsi la déperdition de preuves qui est inévitable en l'absence d'une telle information (surtout lorsque l'instruction dure plusieurs années). Le Conseiller auditeur devrait donc être informé du fait qu'il existe une enquête et/ou

¹⁴ CJCE, 25 janvier 2007, *Dalmine SpA c/ Commission*, aff. C-407/04 P, Rec. I-829.

¹⁵ CJCE, 21 septembre 2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c/ Commission*, aff. C-105/04 P, Rec. I-8725.

une intention de poursuivre et pouvoir en informer l'entreprise, ce qui permettrait à cette dernière de préparer utilement sa défense. Dans l'arrêt *AC-Treuhand*, le TPI reprend d'ailleurs les considérations de l'affaire *Nederlandse Federative Vereniging voor des Groothandel op Elektrotechnisch Gebied* (cf. *supra*) et expose clairement que « ces considérations s'appliquent par analogie à la question de savoir si et dans quelle mesure la Commission est tenue de fournir à l'entreprise concernée, dès le stade de la phase d'instruction préliminaire, certains éléments d'information sur l'objet et sur le but de l'instruction, qui la mettent en mesure de préserver l'efficacité de sa défense dans le cadre de la phase contradictoire. En effet, même si, d'un point de vue formel, l'entreprise concernée n'a pas de statut d'« accusé » au cours de la phase d'instruction préliminaire, l'ouverture de l'enquête à son égard, notamment par l'adoption d'une mesure d'instruction la concernant, ne saurait, en règle générale, être dissociée, d'un point de vue matériel, de l'existence d'un soupçon et, partant, d'un reproche implicite (...) qui justifie l'adoption de cette mesure »¹⁶.

61. Enfin, la question de la confidentialité, traitée par la Commission en deux phrases en toute fin de paragraphe 11, est absolument cruciale dans le cadre d'une enquête. Le rôle du Conseiller auditeur à cet égard mérite d'être développé dans un (des) paragraphe(s) spécifique(s). Sur le fond, pour ce qui concerne la confidentialité dans le cadre de la phase d'enquête, un système au moins comparable à celui qui est prévu au paragraphe 19 pour la période ultérieure à la communication des griefs devrait être mis en place.

2.3 Procédures pouvant conduire à une décision d'interdiction

62. Ainsi que cela a été indiqué ci-dessus à propos du paragraphe 8, l'absence de saisine du Conseiller auditeur pendant la procédure ne saurait diminuer en quoi que ce soit les droits de la défense dans le cadre d'un recours, et encore moins être interprété comme l'acceptation par l'entreprise concernée de la position de la Commission.
63. Par ailleurs, un plaignant devrait également avoir la possibilité de saisir le Conseiller auditeur s'il estime que les éléments qu'il a fait valoir n'ont pas été suffisamment/effectivement pris en compte par la Commission.
64. De la même manière, quand une entreprise demande, pour des raisons sérieuses et suffisamment avant la date butoir, une extension du délai de réponse, ce délai devrait être systématiquement suspendu pour régler ce point et, le cas échéant, définir un nouveau délai. Dès lors qu'une telle demande est suffisamment motivée et justifiée, le délai doit être accordé. En tout état de cause, la suspension du délai ne devrait pas être limitée aux seules « circonstances exceptionnelles » retenues par la Commission dans ses Lignes Directrices, termes à la fois non définis et excessivement restrictifs.
65. Enfin, les développements des paragraphes 19 à 22 relatifs à la confidentialité sont traités de façon confuse. A leur lecture, aucune règle ne se détache de façon claire.

2.4 Admission de tiers à la procédure

- *Divulgarion de l'identité des tiers admis à la procédure dès la communication des griefs*

¹⁶ TPI, 8 juillet 2008, *AC-Treuhand*, aff. T-99/04, *Rec. II-1501*, paragraphe 52.

66. Les Lignes Directrices indiquent que l'identité des tiers admis à la procédure est divulguée au destinataire de la communication des griefs au plus tard avant l'audition. Cela peut être très tard dans la procédure et laisser peu de temps de préparation à l'entreprise en cause.

On voit mal quelles sont les raisons objectives de ne pas révéler l'identité des tiers intéressés dès la communication des griefs ou dès que ce statut leur est accordé. En effet, connaître l'identité des tiers admis à la procédure dès que possible permettrait à l'entreprise de se défendre en pleine connaissance de cause et, sur ce point, lui garantirait l'égalité des armes avec la Commission.

67. Par ailleurs, les circonstances exceptionnelles dans lesquelles le Conseiller auditeur pourrait refuser de révéler l'identité des tiers intéressés ne sont pas précisées dans les Lignes Directrices.

2.5 *L'audition*

- *La sélection des participants aux auditions*

68. Pour limiter la durée des auditions et accroître l'efficacité de la procédure, les observateurs ne sont pas admis aux auditions. A l'inverse, les parties admises doivent nécessairement contribuer oralement aux débats.

Or, à la lumière des objectifs de célérité et d'efficacité affirmés par la Commission, il est pour le moins paradoxal de rendre systématiques des interventions de la part des parties présentes, qui ne seront pas forcément utiles aux débats, tout en refusant l'accès à ces mêmes débats à des entreprises qui ne souhaiteraient ou ne considèreraient pas nécessaire de s'exprimer.

- *La langue de la procédure*

69. Il est important que la Commission affirme clairement le principe selon lequel les interventions orales et les éventuels échanges subséquents devraient toujours pouvoir être faites dans la langue de la procédure, ce qui n'est exprimé qu'*a contrario* au paragraphe 51 des Lignes Directrices.

- *Les sessions à huis-clos*

70. On voit mal comment, en pratique, il serait possible de revenir sur le caractère confidentiel d'une intervention en cours de session à huis-clos.

Par ailleurs, la question de l'étendue de la circulation de l'information non confidentielle au cours des sessions à huis-clos devrait être précisée.

- *Précision des modalités de diffusion des « réponses écrites » et « observations écrites »*

71. Il conviendrait de prévoir expressément que, si nécessaire, il est possible de confidentialiser certains éléments de la « réponse écrite » qui est distribuée aux autres participants aux auditions.

72. Par ailleurs, il apparaît nécessaire de prévoir pour les « *observations écrites* » un système de diffusion comparable à celui prévu pour la « *réponse écrite* », en y incluant également la possibilité de confidentialiser certains éléments avant sa communication aux autres participants.

2.6 *Après l'audit*

73. Ainsi que cela a été précisé plus haut, l'*Interim Report* des Conseillers auditeurs ne devrait pas être soumis au Commissaire en charge de la concurrence mais au Collège des Commissaires ou au Président de la Commission.
74. Plus généralement, le fait que l'*Interim Report* ne soit pas accessible aux parties pose question. En effet, si l'on suit ce qu'écrit la Commission au sujet de l'*Interim Report* dans ses Lignes Directrices, cela signifie qu'en pratique le Conseiller auditeur peut avoir identifié un ou plusieurs manquements significatifs aux droits de la défense¹⁷ et l'entreprise concernée ne pas en être informée.

2.7 *Autres procédures*

75. A propos de la procédure d'engagements de l'article 9 du Règlement 1/2003, il convient de relever que le fait que cette procédure aurait une nature « plus consensuelle », pour reprendre les termes des Lignes Directrices, est sans incidence sur l'existence et la garantie des droits de la défense de l'entreprise concernée, et ce d'autant plus qu'en l'absence de communication des griefs il n'est pas possible à cette dernière de les exercer pleinement (comme le rappelle elle-même la Commission au paragraphe 10 des Lignes Directrices).
76. D'autre part, il convient de rappeler que la procédure d'engagement a un caractère consensuel principalement pour l'entreprise auteur des pratiques en cause. Dans ce contexte, les tiers intéressés peuvent avoir un intérêt à ce que le Conseiller auditeur y joue pleinement son rôle.
77. Enfin, en l'absence de communication des griefs, certains tiers intéressés n'auront pas nécessairement l'occasion de se faire connaître auprès de la Commission et ce faisant, il n'est pas sûr que le test de marché des engagements soit effectivement adressé à toutes les entreprises susceptibles d'avoir un intérêt à y répondre.

2.8 *Processus de décision*

78. Il semble nécessaire de clarifier le paragraphe 72 dans la mesure où on pourrait comprendre que le Conseiller auditeur modifie son rapport final en fonction de l'évolution du projet de décision, alors que c'est manifestement le contraire.

¹⁷ Cf. paragraphe 61 : « *this [Interim] Report addresses all procedural issues of significance relating to the fairness of the procedure, such as whether the addressees' rights of defence have been respected* » (soulignements ajoutés).

2.9 Révision

79. Dans la mesure où, ainsi que cela a été développé plus haut, il n'a pas été jugé nécessaire d'organiser une consultation préalable à l'adoption et la mise en œuvre des Lignes Directrices, il est étonnant que, pour ce qui concerne la révision de celles-ci, la Commission se contente d'une formule générale qui ne fait même pas référence à la consultation organisée *a posteriori*.

Au minimum, la Commission aurait pu prévoir une clause de rendez-vous, par exemple au cours du second semestre 2010, lui permettant d'adapter ses Lignes Directrices aux commentaires qu'elle aura reçus dans le cadre de la consultation.

3. Proposition de révision du Mandat

80. Le statut actuel des Conseillers auditeurs repose sur le Mandat, lequel vise à « *confier la conduite des procédures administratives à une personne indépendante ayant de l'expérience en matière de concurrence, qui possède l'intégrité nécessaire pour contribuer à l'objectivité, à la transparence et à l'efficacité de ces procédures* ».

Le Mandat vise les traités constitutifs (traité de Rome, traité CECA, accord sur l'Espace économique européen) et le règlement intérieur de la Commission européenne, notamment son article 20 (devenu 22 dans la version consolidée de ce texte), lequel prévoit que « *Pour répondre à des besoins particuliers, la Commission peut créer des fonctions et des structures spécifiques chargées de missions précises et dont elle détermine les attributions et les modalités de fonctionnement* ».

Enfin, l'article 2 paragraphe 2 du Mandat prévoit que « *le conseiller-auditeur est rattaché, sur le plan administratif, au membre de la Commission chargé de la concurrence* » et ce, « *afin de garantir l'indépendance du conseiller-auditeur* », par rapport à la situation qui prévalait auparavant (rattachement au directeur général de la DG IV devenue DG Concurrence).

81. Or le Mandat, qui, ainsi que cela a été indiqué ci-dessus, remonte à l'année 2001, n'a pas fait l'objet de révision depuis cette date. Il ne tient pas, ainsi, compte des modifications intervenues depuis en droit européen de la concurrence et continue, notamment, à viser l'ancien règlement n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration. Dans le cadre de la consultation sur les Lignes Directrices, il apparaît par conséquent opportun de proposer l'ouverture d'une réflexion sur la révision du Mandat, allant dans le sens du renforcement de l'indépendance et de la légitimité des Conseillers auditeurs.

3.1 Proposition de modification du rattachement administratif des Conseillers auditeurs

82. Le rattachement au Commissaire en charge de la Concurrence, même s'il a, au moment de l'adoption du Mandat, marqué un progrès par rapport à la situation existante, n'assure pas l'indépendance expressément prévue par celui-ci. L'article 20 (devenu l'article 22) du

règlement intérieur de la Commission n'impose pas que la fonction spécifique créée sur cette base soit rattachée au Commissaire en charge de la concurrence.

Pour exercer pleinement et en toute indépendance leurs missions, les Conseillers auditeurs devraient dans ces conditions être rattachés à l'ensemble du Collège des Commissaires ou au Président de la Commission.

L'APDC considère également que c'est auprès du Collège des Commissaires ou du Président de la Commission que les Conseillers auditeurs devraient faire leur rapport.

3.2 Proposition de modification la base juridique sur laquelle est fondé le Mandat

Le Mandat est actuellement fondé sur le règlement intérieur de la Commission européenne.

Il pourrait être proposé qu'il soit fondé sur un acte législatif adopté par le Conseil, qui pourrait être lui-même fondé, à l'instar du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations sur les bases juridiques suivantes :

- l'article 103 TFUE, qui permet d'adopter des règlements et des directives visant à appliquer les articles 101 et 102 TFUE (ex article 81 et 82 CE) et
- l'article 352 TFUE, afin d'inclure les procédures de concentration dans le mandat des Conseillers auditeurs. Cette disposition permet d'adopter des actes qui entrent « *dans le cadre des politiques définies par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet* ».

3.3 Proposition d'audition des Conseillers auditeurs devant le Parlement européen

Il pourrait être suggéré que les Conseillers auditeurs soient auditionnés par le Parlement européen, avant leur prise de fonction, et/ou qu'ils y présentent chaque année un rapport de leur activité. La commission parlementaire compétente en matière de concurrence serait la commission « Affaires économiques et monétaires ».

Les compétences limitées en droit de la concurrence du Parlement européen qui, en cette matière, n'est pas co-législateur avec le Conseil, ne s'opposerait pas à une telle audition, qui renforcerait la transparence et la légitimité de la fonction.

3.4 Nécessaire augmentation du nombre et les effectifs de l'équipe des Conseillers auditeurs

Aujourd'hui, il n'existe que deux Conseillers auditeurs. Il est difficilement concevable que cette situation puisse être compatible avec l'étendue de leur tâche et de leurs attributions. Or le rôle des Conseillers auditeurs est d'autant plus important que la procédure communautaire ne prévoit pas, par ailleurs, d'audition devant l'organe de décision, comme c'est le cas, par exemple, devant l'Autorité française.

Du point de vue de l'APDC, pour que leur mission soit effectivement et efficacement accomplie, le nombre de Conseillers auditeurs doit être augmenté et ceux-ci doivent disposer d'un personnel suffisant (par exemple des juristes junior et un économiste junior pour les recherches requises) afin de mener à bien l'ensemble de leurs fonctions qui, de surcroît, ne se limitent pas aux seules procédures visées dans les Lignes Directrices.

* *
*

L'APDC sollicite de la Commission qu'elle veuille bien prendre en compte les observations et suggestions qui précèdent et l'en remercie par avance.

Fait à Paris, le 17 mars 2010