



**COMMENTAIRES DU CCBE SUR LA CONSULTATION
DE LA COMMISSION SUR LES BONNES PRATIQUES
RELATIVES AUX PROCEDURES EN MATIERE D'ENTENTES
ET D'ABUS DE POSITION DOMINANTE, LA COMMUNICATION
DE DONNEES ECONOMIQUES ET LES LIGNES DIRECTRICES
RELATIVES AU ROLE DES CONSEILLERS AUDITEURS**

Commentaires du CCBE sur la consultation de la Commission sur les bonnes pratiques relatives aux procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante, la communication de données économiques et les lignes directrices relatives au rôle des conseillers auditeurs

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) est l'organe représentatif d'environ un million d'avocats européens à travers ses barreaux membres de 31 États membres effectifs et de 11 autres pays associés et observateurs.

* *
*

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

Le 6 janvier 2010, la Commission européenne (la **Commission**) a mis en ligne sur son site Internet trois documents: les « *bonnes pratiques relatives aux procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante* », les « *bonnes pratiques relatives à la communication de données économiques* » et 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**)¹. Dans le communiqué de presse accompagnant cette publication, la Commission précise qu'elle « *appliquera provisoirement ces textes à partir d'aujourd'hui, mais les parties prenantes sont invitées à présenter leurs observations sur les documents dans les 8 semaines pour qu'elle puisse ensuite y apporter d'éventuelles modifications* ».²

On ne peut que s'étonner du fait que la Commission ait choisi de procéder à une consultation *a posteriori* sur des documents dont le but affiché est pourtant d'accroître la transparence et la prévisibilité des procédures. Au-delà de cette approche pour le moins paradoxale, 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 documents sont rédigés d'une manière descriptive du statu quo. Nous comprenons également que certains éléments peuvent représenter une extension des pratiques actuelles. Nous estimons donc qu'il serait plus utile de rédiger ces documents dans le style impératif caractéristique des lignes directrices. En d'autres termes, il serait préférable de remplacer le présent (« sont ») dans de nombreux cas par le futur (« seront ») afin d'annoncer ce que la Commission considère qu'il convient de faire. Il serait utile que les documents indiquent explicitement ce que la Commission ou les parties doivent ou peuvent faire. Ils pourraient également définir un calendrier pour les différentes étapes de la procédure, même si ce n'est qu'à titre indicatif.

Par souci de veiller à ce que ces documents soient d'une utilité maximale pour les praticiens, nous remarquons à différents passages que, plutôt que de faire référence à d'autres documents dans les notes de bas de page, certains textes pourraient être utilement reproduits dans les documents actuels.

Il serait bon que le texte du document soit explicite lorsque certains aspects se sont avérés non pertinents pour certains types d'enquête ou de procédure.

1 Voir http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/index.html

2 IP/10/2, 6 janvier 2010 – « Ententes et abus de position dominante: pour une transparence et une prévisibilité accrues des procédures ».

En outre, le volume d'informations fournies par la Commission, bien qu'il soit remarquable, aurait beaucoup à gagner d'un processus de consolidation. Bien que nous apprécions que les documents en question ne concernent pas uniquement les procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante, nous remarquons que les documents n'abordent aucunement le processus relatif aux demandes d'immunité/de clémence ni la procédure de règlement. En effet, en dehors des publications afférentes, les « procédures » d'immunité/de clémence et de règlement n'existent pas en tant que telles dans la loi, mais constituent une pratique croissante. Elles ont des implications importantes sur la gestion procédurale d'une affaire et la publication de ces documents aurait été l'occasion d'aborder un certain nombre de questions en suspens sur ces procédures.

Si ces bonnes pratiques ne sont pas destinées à se concentrer sur les cartels, elles devraient alors le signaler de prime abord. Si elles sont censées concerner les cartels, les procédures de clémence et de règlement ne peuvent pas être ignorées. Il serait sans doute très utile que ces meilleures pratiques traitent (a) des lignes directrices figurant actuellement dans le document et concernant pour l'essentiel les violations en matière d'ententes et d'abus de position dominante en dehors des cartels et (b) des lignes directrices sur les cartels.

* *
*

OBSERVATIONS DÉTAILLÉES SUR LES BONNES PRATIQUES SUR LA CONDUITE DES PROCÉDURES RELATIVES AUX ARTICLES 101 ET 102 TFUE

Champ d'application et objectif des bonnes pratiques (point 1)

Au paragraphe 5, la Commission indique que les bonnes pratiques seront appliquées à compter de la date de publication des affaires « *en cours* ». Dans une des notes de bas de page, la Commission explique que cela signifie que les bonnes pratiques « *s'appliqueront uniquement aux actes de procédure en cours et pas à ceux qui sont déjà terminés* ». Le libellé actuel signifie que des actes de procédure partiellement achevés devront se conformer aux bonnes pratiques, ce qui risque de faire perdre du temps et de l'argent aux parties qui par conséquent entameront un nouvel acte de procédure depuis le début. Il serait donc mieux que les bonnes pratiques « *s'appliquent uniquement aux actes de procédure qui n'ont pas encore été engagés* ».

Au paragraphe 5, la Commission précise également que « *la spécificité d'un cas individuel peut toutefois exiger une adaptation ou l'écart de ces bonnes pratiques, selon l'affaire en question* ». Il est évidemment judicieux que la Commission soit en mesure d'adapter ses procédures pour s'assurer que celles utilisées sont justes et efficaces dans les circonstances d'une affaire précise. Toutefois, afin d'introduire un degré de sécurité de procédure, si la Commission décide qu'il est approprié de s'écarter des bonnes pratiques, elle devrait s'engager à écrire aux parties concernées afin d'expliquer exactement l'approche qu'elle entend suivre, en quoi celle-ci diffère des bonnes pratiques et pourquoi elle estime nécessaire d'adopter une approche différente. Dans le cas contraire, les bonnes pratiques pourraient être trop facilement détournées et cesseraient de jouer un rôle précieux.

Enfin, il est indiqué au paragraphe 5 que les meilleures pratiques « *reflètent l'avis de la DG Concurrence sur les bonnes pratiques au moment de leur publication...* » Évidemment, si les bonnes pratiques doivent être utiles aux parties et aux plaignants, ces derniers doivent être en mesure de se fier à elles comme étant le point de vue actuel de la DG Concurrence. Si la DG Concurrence change sensiblement son point de vue et s'éloigne des procédures énoncées dans les bonnes pratiques ou les améliore, le document doit être modifié et publié immédiatement pour que les parties et les plaignants puissent adapter leur conduite et leurs attentes en conséquence.

Évaluation initiale et attribution des affaires (point 2.2)

Il serait utile d'inclure dans ce document des lignes directrices sur les critères de priorité de la Commission plutôt que de faire référence, au paragraphe 12, aux critères détaillés pour évaluer si une plainte fait oui ou non suffisamment preuve « d'intérêt communautaire » et qui sont énoncés dans le rapport annuel de 2005 sur la politique de concurrence.

En ce qui concerne le paragraphe 13, nous considérons qu'il serait utile que la Commission explique comment elle applique les critères d'attribution dans la pratique, ainsi que d'autres questions connexes, tels que les recours disponibles pour les parties concernées.

Au paragraphe 14, il serait judicieux d'arrêter à l'avance une date à laquelle la Commission informera les parties qu'elles sont soumises à une instruction préliminaire si aucune mesure d'enquête ne leur a encore été adressée. Cela est également important pour les parties qui peuvent faire partie de l'instruction à un stade ultérieur.

En outre, on ne sait pas quels renseignements seront communiqués aux parties qui font l'objet de l'instruction préliminaire si l'affaire est ensuite classée, à savoir s'il s'agira d'une simple notification ou d'une explication plus détaillée. Si la Commission doit faire de nouvelles déclarations, il serait bon de savoir comment cette partie pourrait les utiliser dans les procédures administratives ou civiles.

Il conviendrait également d'arrêter à l'avance une date à laquelle la Commission décide finalement s'il faut ou non continuer d'enquêter sur une affaire. Sinon, l'instruction pourrait théoriquement demeurer ouverte indéfiniment, ce qui laisserait les parties dans une situation incertaine et exigerait le maintien des dossiers par les parties mises en examen pour des périodes excessivement longues.

Au paragraphe 15, il est difficile de savoir si la DG Concurrence informera le plaignant, dans les quatre mois suivant la réception de la plainte, des mesures qu'elle se propose de prendre, ou si elle l'informera des mesures qu'elle compte prendre au cours des quatre premiers mois à compter de la date à laquelle elle a reçu la plainte. Il serait utile de le préciser.

Le paragraphe 15 indique que le fait que la DG Concurrence informe ou non le plaignant des mesures qu'elle se propose de prendre à l'égard d'une plainte dépend « *des circonstances de l'affaire et, en particulier, dépend de savoir si la DG Concurrence a reçu suffisamment d'informations du plaignant ou des tiers, notamment en réponse à ses demandes d'informations, afin qu'elle décide si elle entend ou non d'enquêter de manière plus approfondie* ».

Si la DG Concurrence estime avoir suffisamment d'informations pour décider ou non de poursuivre l'enquête, il serait bon qu'elle en informe le plaignant pour qu'il sache pourquoi il n'a pas reçu d'informations sur les mesures qu'elle envisageait de prendre. Elle pourrait également encourager le plaignant à fournir des informations supplémentaires permettant à la DG Concurrence de décider ou non d'approfondir l'enquête.

Il serait utile que la Commission précise ce qu'elle considère comme « informations suffisantes ». Le CCBE souhaiterait également avoir des éclaircissements quant aux circonstances dans lesquelles des plaintes sont retirées par les plaignants plutôt que d'être rejetées par la Commission. Il existe de toute évidence des implications juridiques qui découlent de la manière dont ces affaires sont classées.

Ouverture de la procédure (point 2.3)

Le paragraphe 19 indique que la Commission peut rendre l'ouverture de la procédure publique, à moins que cela ne nuise à l'instruction. Il serait utile que la Commission précise ce dernier point. Nous demandons des indications ou des exemples sur les méfaits potentiels et la manière dont ils sont évalués.

Nous saluons néanmoins la clarification de la Commission concernant le fait que l'ouverture de la procédure sera publiée sur son site et/ou confirmé par communiqué de presse et ce, dans les affaires de cartels, au moment de l'adoption de la communication des griefs. Nous remarquons également que la Commission publiera un communiqué de presse exposant les questions clés de la communication des griefs peu de temps après sa réception par les parties mises en examen. Nous supposons que les informations contenues dans le communiqué de presse n'iront pas plus loin que

celles figurant actuellement dans les communiqués de presse émis au moment de l'adoption d'une communication des griefs. Nous aimerions toutefois recevoir des éclaircissements sur ce point.

Le paragraphe 20 indique que « *les parties mises en examen sont informées par écrit de l'ouverture de la procédure avant que cette ouverture ne soit rendue publique* ». L'utilisation du présent plutôt que du futur dans cette phrase semble exprimer la pratique courante de la Commission plutôt qu'un engagement spécifique de celle-ci à avertir les parties avant de rendre l'ouverture publique. Il serait donc préférable d'employer le futur dans cette phrase pour montrer qu'il s'agit de ce que la Commission estime nécessaire de faire.

Le paragraphe 22 précise que, dans certaines situations, la Commission peut décider séparément d'étendre la portée et/ou d'élargir le nombre de personnes mises en examen après l'ouverture de la procédure, mais avant l'adoption des communications des griefs. Dans de tels cas, la Commission devrait :

- i) informer les parties mises en examen que la décision a été prise d'étendre la portée de l'instruction, et/ou
- ii) informer les personnes mises en examen et les autres parties de l'instruction de la décision d'élargir le nombre de personnes mises en examen.

Demandes d'informations (point 2.5)

Afin d'éviter les recherches inutiles, il est nécessaire d'obliger la Commission à relier clairement la demande d'informations à la question en examen.

Délais (point 2.5.2)

Les délais également exposés dans le paragraphe 35 semblent irréalistes, en particulier si la personne concernée a besoin de conseils juridiques pour pouvoir répondre à la demande d'informations. Il serait préférable que la première phrase du paragraphe indique « Les parties mises en examen bénéficieront d'un délai raisonnable... » plutôt que « Les parties mises en examen bénéficient d'un délai raisonnable » pour les raisons ci-dessus (voir le paragraphe 1.3.1). Le délai de deux semaines semble trop court, même au minimum, pour répondre aux « demandes conséquentes ». Cela est particulièrement vrai si la partie concernée par la demande doit alors justifier toute prolongation. Une règle générale d'un mois semble être plus réaliste. Nous aimerions également savoir si le délai mentionné au paragraphe 35 reflète la pratique actuelle.

Le paragraphe 36 prévoit que les destinataires puissent demander une prolongation du délai pour répondre à la demande d'informations. La Commission devrait préciser si de telles demandes doivent prendre une forme particulière (une lettre) ou si un courriel suffirait.

Le paragraphe 36 indique que si la DG Concurrence « *considère que la demande est fondée, un temps supplémentaire (en fonction de la complexité des informations demandées et d'autres facteurs) sera accordé* ». Il convient de préciser quels autres facteurs seront pris en compte, du moins leur nature, pour que les parties mises en examen puissent évaluer correctement s'il vaut la peine ou non de faire une demande de prolongation de délai.

Comme nous le mentionnons plus haut, ces documents pourraient plus efficacement constituer des « lignes directrices » et devraient prévoir à ce titre des délais pour toutes les étapes d'une enquête en se fondant sur la pratique actuelle, même si ces délais sont donnés à titre indicatif ou en tant que situation idéale.

Réunions et autres contacts (point 2.6)

Cette partie indique que diverses notes ou observations écrites seront présentées à l'appui des contacts oraux ou informels avec la Commission. Si ces pièces doivent être produites par les parties au procès, par opposition aux services de la Commission, nous sommes préoccupés par la mesure dans laquelle ces pièces pourraient être susceptibles d'être divulguées ou découvertes dans des litiges civils.

Conseil des barreaux européens – Council of Bars and Law Societies of Europe

association internationale sans but lucratif

Avenue de la Joyeuse Entrée 1-5 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail ccbe@ccbe.eu – www.ccbe.eu

19.03.2010

La Commission pourrait aussi préciser les circonstances dans lesquelles les comptes rendus de réunions et d'appels téléphoniques seraient inclus dans le fichier. En pratique, les invitations aux réunions ou aux conférences téléphoniques nécessitent au moins un ordre du jour clair pour des raisons de commodité.

Pouvoir de recueillir des déclarations (point 2.7)

En ce qui concerne la prise de déclarations, nous sommes préoccupés par le manque d'importance donnée aux droits des personnes interrogées. Bien que la Commission indique que ces interrogatoires peuvent avoir lieu de manière volontaire, la Commission et les entreprises concernées pourraient exercer une pression considérable sur la personne concernée. En particulier, des entretiens téléphoniques effectués sans avertissement préalable pourraient déboucher sur des discussions préjudiciables qui ne produiront pas les meilleures preuves.

Le pouvoir de la Commission d'infliger des amendes est substantiellement équivalent à un pouvoir de droit pénal (y compris les entreprises victimes de sanctions et la possibilité de transfert du dossier ou des informations à un organisme national, tel que prévu au paragraphe 53) et les informations obtenues peuvent être utilisées dans les poursuites pénales au sein des États membres (avec des peines privatives ou non privatives de liberté). Les personnes interrogées doivent donc être averties et informées de leur droit au silence et de leur droit à consulter un avocat. La non-coopération serait considérée comme une circonstance aggravante dans les affaires de cartels en vertu du droit communautaire de la concurrence, ce qui exerce une pression supplémentaire sur les personnes interrogées afin de poursuivre l'interrogatoire. Le simple fait d'informer les personnes interrogées de l'objectif de l'interrogatoire et du fait que celui n'est pas obligatoire semble être une garantie insuffisante. La Commission devrait publier un modèle du document mentionné.

Secret professionnel (point 2.9)

Nous demeurons préoccupés par l'évolution du droit communautaire de la concurrence en matière de secret professionnel. L'approche de la Commission en matière de secret professionnel est profondément sceptique. La Commission ne devrait pas oublier que le secret professionnel constitue une protection importante des personnes, qui garantit qu'ils puissent obtenir des conseils juridiques.

Il résulte de l'affaire *Akzo Nobel* en première instance (à laquelle la Commission n'a pas fait appel) que la Commission ne devrait pas lire une pièce pour laquelle le secret professionnel est revendiqué, quelle que soit la revendication : la procédure consiste alors à recourir à l'enveloppe scellée et à rendre une décision exigeant la production de la pièce. La partie concernée doit alors saisir le Tribunal en référé pour suspendre la décision, ce qui chassera immédiatement les demandes non fondées. C'est pourquoi, si le secret professionnel relatif à une pièce particulière est discuté, la DG Concurrence ne devrait pas la lire. La pièce litigieuse devrait plutôt être placée dans une enveloppe scellée jusqu'à ce que le litige soit réglé.

Nous reconnaissons toutefois que le fait de décider si une pièce particulière est couverte par le secret professionnel au cours d'une instruction peut prendre du temps. La protection accordée par le secret professionnel devrait être la considération dominante au cours de l'instruction. Il ne devrait pas simplement être considéré comme un obstacle ni un moyen par lequel les parties dissimulent des preuves.

La Commission pourrait également envisager d'utiliser un arbitre « indépendant ». Par exemple, dans une procédure pénale au Royaume-Uni, un avocat indépendant sans aucun rapport ni lien avec l'affaire serait généralement nommé pour convenir des questions de secret professionnel, sans la nécessité d'aller au tribunal. Au minimum, l'un des conseillers-auditeurs (autre que celui affecté à l'affaire) pourrait, si nécessaire, lire le document et donner un point de vue. Bien que cela ne constitue pas de point de vue indépendant, il s'agirait toutefois d'une amélioration par rapport à la situation actuelle. Dans certains systèmes juridiques, un juge différent de celui du procès peut examiner les pièces pour voir si elles sont protégées par le secret professionnel ou si elles font partie par exemple de la correspondance marquée comme confidentielle. Lorsqu'il est impossible de parvenir à un accord, la personne ou l'entité peut saisir le Tribunal de manière ordinaire.

Les demandes de secret professionnel qui ne sont finalement pas étayées par des preuves ne devraient pas se traduire par une amende ni être considérées comme facteur aggravant, à moins qu'il n'existe des preuves indiquant que la demande de secret professionnel est sans fondement et constitue une tentative délibérée de retarder ou d'entraver la procédure par abus du secret professionnel. Il n'est pas toujours certain que le secret professionnel s'applique à une pièce particulière, et les parties ne devraient pas se sentir obligées de divulguer une pièce qu'elles pensent sincèrement relever du secret professionnel de peur qu'une sanction soit imposée. Une partie devrait être libre de compter sur cette protection fondamentale lorsqu'elle estime disposer de motifs raisonnables de le faire et ne devrait pas être pénalisée pour avoir tenté d'exercer ce droit.

Échange d'informations entre les autorités de concurrence (point 2.10)

Il serait utile que la Commission explique davantage dans quelle mesure peut se dérouler l'échange d'informations avec les autorités nationales de concurrence ainsi qu'avec les autorités extérieures à l'UE. En tant que telles, les personnes interrogées devraient être informées de la mesure dans laquelle les informations peuvent être partagées avec d'autres autorités, en particulier si elles sont susceptibles d'être auto-incriminantes.

Réunions d'état des lieux (point 2.11)

La Commission devrait indiquer au début du point (et non la fin) que de telles réunions ne se déroulent normalement pas dans le cadre d'affaires de cartels. Il est précisé que ces réunions ne seront pas proposées aux plaignants ni aux tiers. Nous considérons toutefois que la Commission devrait au moins examiner ces demandes de réunions de leur part. Cependant, les plaignants devraient dans l'idéal pouvoir au moins bénéficier de ces réunions. Lorsque ces réunions ont lieu, un procès-verbal de ce qui est dit au cours des réunions doit bien entendu être établi.

Réunions triangulaires (point 2.12)

La Commission devrait préciser dans quelle mesure ce point s'applique aux enquêtes sur les cartels. Un certain nombre de questions relatives à ces réunions restent sans réponse. Si l'une des parties refuse d'assister à une réunion triangulaire, continuera-t-elle à avoir lieu ? Quelles protections sont en place pour veiller à ce que la non-comparution d'une partie ne porte pas, en soi, atteinte à sa cause ? Est-il juste de continuer à tenir quand même une telle réunion si l'une des parties ne se présente pas ? Quels seront les droits procéduraux dont jouiront les parties présentes ? Étant donné que les parties ne peuvent être contraintes d'y assister, les droits que la Commission se devrait de garantir ne sont pas exprimés explicitement.

Cependant, si les réunions triangulaires doivent servir uniquement dans des cas exceptionnels, il serait utile que la Commission confirme les circonstances spécifiques menant à les proposer.

Examen des conclusions clés (point 2.14)

Nous craignons également que certaines enquêtes soient naturellement prolongées. Il serait bon, dans ces affaires, que la Commission envisage d'autoriser les parties aux procès à examiner et à commenter une copie non confidentielle de la plainte avant l'ouverture de la procédure, lorsque l'instruction est susceptible d'être longue et complexe. Nous souhaitons également inciter la Commission à publier la version non confidentielle dans la langue de l'affaire sur le site web dès qu'elle est considérée comme non confidentielle.

Résultats possibles (point 2.15)

La Commission est bien consciente de l'effet commercial que peut avoir sur l'entreprise une enquête en matière d'entente. Le paragraphe 70 indique que la Commission n'annoncera le fait qu'une affaire contre certaines parties a été close qu'au moment de sa décision finale. Ces parties devraient être informées dès que possible, sans préjudice de l'enquête de la Commission, que l'affaire contre elles a

été classée. La Commission devrait également examiner dans quelle mesure les parties peuvent l'annoncer, plutôt que de devoir attendre des mois voire des années avant de parvenir à une décision finale.

Le paragraphe 70 indique que, quand une affaire est close, la DG Concurrence l'annoncera « *normalement* » dans un communiqué de presse. L'utilisation du mot « *normalement* » suggère qu'il existe des cas pour lesquels la DG Concurrence estime que cette publication n'est pas nécessaire. Il serait bon d'avoir quelques exemples des types de cas pour lesquels la DG Concurrence estimerait qu'il n'est pas nécessaire de faire connaître officiellement le classement d'une affaire concernant certaines parties en particulier.

Accès au dossier (point 3.1.2)

Nous nous réjouissons des bonnes pratiques décrites à ce point. Nous souhaiterions disposer de plus d'explications sur la manière dont l'accès au dossier sera contrôlé. Par exemple, la définition et l'application de la disposition relative à un « *cercle restreint de personnes* » ne sont pas claires.

Afin qu'une partie mise en examen soit en mesure de se défendre correctement, ses conseillers juridiques externes et ceux apportant les preuves d'experts en son nom doivent avoir accès à toutes les informations dont la Commission dispose et sur lesquelles elle fondera ses conclusions. La partie mise en examen, ou du moins ses conseillers juridiques et experts externes, devraient réellement avoir accès à tous les renseignements qui ont trait à l'affaire et dont dispose la Commission³.

En ce qui concerne la procédure d'archivage, l'étendue et la complexité de certaines des pièces confidentielles communiquées par des tiers peut rendre difficile l'examen, par les conseillers juridiques ou les experts, des informations dans une salle de la Commission durant les heures d'ouverture. La Commission devrait examiner plus en détail comment elle peut garantir que les parties ont un accès suffisant aux documents, en tenant compte de leur volume et de leur complexité. Par exemple, il devrait être possible d'accéder plusieurs fois aux documents et cela ne devrait pas être refusé pour des raisons de désagrément administratifs.

Réponse écrite à la communication des griefs (point 3.1.3)

Le paragraphe 89 indique que la Commission peut « *dans l'intérêt d'une application équitable et efficace, donner à l'une ou plusieurs des parties une copie de la version non confidentielle... des réponses écrites des (autres) parties à la communication des griefs et leur donner la possibilité de présenter leurs observations* ». Cela devrait être effectué uniquement après que toutes les parties ont déposé leurs observations ou après la date limite des observations. Sinon, une partie peut être avantagée en voyant les observations d'une autre partie avant de soumettre la sienne et pourrait injustement adapter ses observations en conséquence. En outre, la partie dont les observations ont été commentées doit être informée qu'une version non confidentielle de ses observations a été communiquée à l'autre partie pour recueillir ses observations, et elle devrait être autorisée à présenter de nouvelles observations à la Commission. Les mêmes remarques s'appliquent concernant les versions non confidentielles des observations envoyées aux plaignants ou aux tiers pour qu'ils les commentent.

Les lignes directrices précisent que les commentaires sur les observations peuvent être sollicités auprès des plaignants et des tierces parties « *qui présentent un intérêt suffisant pour être entendus* » mais les lignes directrices ne prévoient aucun critère pour déterminer si elles présentent un intérêt suffisant. Il serait utile que les bonnes pratiques définissent la manière dont cela sera déterminé.

Droits des plaignants et des tiers intéressés (point 3.1.4)

Il serait bon d'indiquer quel délai sera généralement imposé aux plaignants afin de présenter des observations sur la communication des griefs.

³ Le principe de l'égalité des armes suppose « ...que la connaissance que l'entreprise concernée a du dossier utilisé dans la procédure est la même que celle de la Commission ... » affaire T-30/97, Solvay SA contre Commission [1995] p. II-1775, par.83.

Audience orale (point 3.1.5)

Les lignes directrices ne précisent pas si une demande d'audience orale sera toujours possible et, dans le cas contraire, dans quelles circonstances elle serait refusée.

Résultats éventuels de cette phase (point 3.2)

Le paragraphe 100 indique que si les griefs ne sont pas justifiés et que l'affaire est close, les mesures d'information décrites au paragraphe 62 seront applicables. Toutefois, le paragraphe 62 porte sur les circonstances dans lesquelles ont normalement lieu les réunions triangulaires. La référence au paragraphe 62 semble être une erreur de frappe.

Présentation des engagements (point 4.3)

Le paragraphe 112 indique que « les engagements qui ne concernent et ne remédient pas à ces préoccupations ne seront pas acceptés par la Commission ». Étant donné l'effet potentiel sur la partie en cas de rejet de ses engagements, la Commission doit expliquer les raisons pour lesquelles elle a conclu que les engagements proposés ne concernent pas ou ne remédient pas aux préoccupations de la Commission.

La Commission pourrait-elle clarifier ce qu'elle entend par le terme *self-executing* au paragraphe 113 ?

Il convient également de noter que la procédure d'engagement peut profiter des réunions triangulaires dans certaines affaires particulières.

Procédure (point 5.2)

Au paragraphe 126, les lignes directrices ne précisent pas réellement ce qui se passe si les arguments du plaignant conduisent à une appréciation différente de la plainte.

Limites d'utilisation de l'information (point 6)

La nécessité de la Commission de respecter la confidentialité de l'identité des informateurs et des plaignants ainsi que des renseignements qu'ils divulguent doit être mis en balance avec le droit des parties en examen à se défendre. La Commission doit examiner les arguments pour et contre la divulgation de ce type d'informations mises en avant par toutes les parties concernées avant de pouvoir parvenir à une conclusion quant à l'opportunité de divulguer ou non ces renseignements aux parties en examen. En particulier, il conviendrait d'adopter une approche similaire à celle énoncée au paragraphe 22 des « lignes directrices relatives au rôle des conseillers-auditeurs dans le cadre des procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante ».

Adoption, notification et publication des décisions (point 7)

Encore une fois, il serait utile que la Commission précise quelle est la pratique actuelle relative au délai entre la publication de la décision/du rapport du conseiller-auditeur et l'adoption de la décision au Journal officiel.

En outre, une plus grande transparence dans ce processus serait la bienvenue (par exemple le processus de consultation du conseiller-auditeur, du comité consultatif et autres DG concernées) avec une indication du calendrier des différentes étapes menant à l'adoption et à la publication d'une décision.

En outre, deux semaines peuvent s'avérer trop courtes pour produire une version non confidentielle de la décision de la Commission.

Annexe 1

Aucune flèche n'indique ce qui se passe si les engagements échouent au test de marché.

* *
*
*
*

L'EFFET DES « BONNES PRATIQUES RELATIVES À LA COMMUNICATION DE DONNÉES ÉCONOMIQUES » SUR LA PRATIQUE DES AVOCATS EUROPÉENS SPÉCIALISTES ET NON-SPÉCIALISTES

Afin d'aider les avocats spécialistes de la concurrence dans leur travail quotidien, la Commission européenne a publié⁴ le 6 janvier 2010 des lignes directrices qui constituent la première publication officielle décrivant « de A à Z » l'élaboration et la présentation d'analyse économique et économétrique dans les procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante et les procédures en matière de concentrations. Ces lignes directrices expliquent en outre comment répondre à la demande de données de la Commission.

Observations générales

La communication de données économiques a effectué une percée remarquable dans l'application et les litiges du droit de la concurrence dans l'Union européenne. L'analyse économique étayée par des données économiques est devenue d'une importance fondamentale. Par exemple, l'utilisation de la modélisation économétrique complexe dans les procédures de contrôle des concentrations de l'UE que doivent traiter les avocats est en hausse.

La grande majorité des données économiques sont « *explicatives* » car elles apportent l'explication et l'interprétation de certaines notions économiques relatives à une procédure judiciaire et ne se limitent pas à l'utilisation de données économiques « *quantitatives* » fondées sur le recueil et la régression de données à l'aide de techniques économétriques. Par conséquent, les avocats et les économistes pratiquant le droit de la concurrence ressentent de plus en plus le besoin de disposer de lignes directrices pour le recueil de données économiques et quantitatives ou au moins d'un code de conduite pour la communication de ces données.

Ces bonnes pratiques existent déjà dans certaines juridictions. La US Federal Trade Commission a publié un document « Best Practices for Data, and Economics and Financial Analyses in Antitrust Investigations »⁵, la UK Competition Commission a publié un document intitulé « Suggested best practice for submissions of technical economic analysis from parties to the Competition Commission »⁶, et l'Autorité de la concurrence française se réfère à cette question dans ses « lignes directrices relatives au contrôle des concentrations » (p. 143-6)⁷.

Jusqu'à présent, la Commission européenne attendait (implicitement) des avocats communiquant des données économiques dans les procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante et les procédures en matière de concentrations que les études économiques soient formulées clairement, dûment justifiées, et fournissent des explications quant aux méthodes utilisées, tout en étant pertinentes et fiables. Cependant, en l'absence de lignes directrices officielles, un manque de transparence s'est fait sentir.

4 « Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases » :

ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_submissions.pdf

5 www.ftc.gov/be/bestpractices.shtm#ftn2

6 www.competition-commission.org.uk/rep_pub/corporate_documents/corporate_policies/best_practice.pdf

7 www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ld_concentrations_dec09.pdf

Quelques commentaires et remarques

Globalement, ces lignes directrices sont accueillies positivement par les praticiens du droit de la concurrence. Il s'agit d'une nouvelle étape dans la modernisation des règles en vertu desquelles opère la DG Concurrence. Elles permettent une amélioration de l'examen des données.

Des lignes directrices nécessaires aux avocats spécialistes et non-spécialistes

Ces lignes directrices sont importantes pour les avocats spécialisés en droit de la concurrence qui travaillent à des affaires en matière d'ententes et d'abus de position dominante et en matière de concentrations. Elles offrent davantage de transparence lors de l'enquête de la Commission et d'autres procédures.

En outre, ces lignes directrices sont également utiles aux avocats non-spécialistes qui sont impliqués indirectement dans ces affaires. Ces lignes directrices offrent des informations claires sur la méthode de traitement des données économiques, ce qui permet aux avocats non-spécialistes d'agir dans les procédures de concurrence devant la Commission européenne. Par exemple, cela est notamment le cas lorsqu'un client consulte un avocat non-spécialiste pour répondre à des tests de marché envoyés par la DG Concurrence dans le cadre d'une enquête.

S'agit-il d'un « code de conduite » spécialement conçu pour les cabinets de conseil économique ?

L'émergence d'un marché d'experts économiques en Europe a profondément affecté la manière dont l'expertise économique est présente au sein des procédures juridiques. Une myriade de cabinets de consultants réalise des études de type micro-économique ou autre pour soutenir le travail des avocats du droit de la concurrence ». Ce document peut s'avérer précieux pour eux, en particulier l'annexe 1, qui décrit la structure et les éléments de base d'une communication de données de type empirique réussie.

Les lignes directrices ont-elles pour effet de gonfler ou de canaliser la communication de données économiques à la Commission ?

Il est à noter que les données économiques devraient être utilisées uniquement dans un nombre réduit d'affaires. En effet, dans de nombreuses affaires, les données qualitatives sont celles qui sont le plus facilement disponibles et elles sont considérées suffisantes afin de résoudre les questions traitées.

Nous reconnaissons clairement l'importance croissante des données économiques dans de nombreuses affaires de concurrence. Cependant, nous tenons à souligner que l'utilisation de données économiques en tant que telles ne concerne qu'une minorité d'affaires en matière de concurrence. L'utilisation de données économiques ne doit pas être confondue avec le recours à l'analyse économique.

Cette dernière est largement utilisée par la Commission européenne, selon le principe des lignes directrices sur les concentrations, que des données économiques soient utilisées ou pas.

Les données économiques consistent, par exemple lors de l'évaluation des transactions de contrôle des concentrations, à traiter ou à transformer les faits de manière à permettre une caractérisation du marché ou de l'effet de la concentration qui soit meilleure ou plus appropriée. Le traitement des faits peut éventuellement relever d'une technique quantitative relativement simple, telle que la corrélation à la construction plus complexe d'un mode de simulation. Ce débat tombe vite dans le domaine de l'économie des ententes et devient obscur aux esprits non initiés à l'économie.

À cet égard, les « bonnes pratiques » constituent clairement une amélioration, car elles définissent les questions auxquelles les parties sont invitées à répondre, l'utilisation des théories et des modèles admis, les hypothèses des parties, et indiquent si les conclusions sont étayées par des données économiques.

Il est clair à notre esprit que les lignes directrices auront pour effet de **canaliser** la communication des données économiques à la Commission, tout en cherchant à rejeter, par l'établissement d'un cadre

Conseil des barreaux européens – Council of Bars and Law Societies of Europe

association internationale sans but lucratif

Avenue de la Joyeuse Entrée 1-5 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail ccbe@ccbe.eu – www.ccbe.eu

19.03.2010

clair, les données économiques non professionnelles, notamment en encourageant les efforts pour faire correspondre les données économiques avec les faits de l'affaire.

En outre, nous estimons que les procédures d'archives (*data room procedures*) constituent également une amélioration (point 45 des bonnes pratiques).

* *
*
*
*

REMARQUES ET COMMENTAIRES A PROPOS DES LIGNES DIRECTRICES RELATIVES AU RÔLE DES CONSEILLERS AUDITEURS DANS LE CADRE DES PROCEDURES EN MATIERE D'ENTENTES ET D'ABUS DE POSITION DOMINANTE

Général

Champ limité des Lignes Directrices

Les Lignes Directrices ne visent que les procédures relatives aux articles 101 et 102 TFUE. Les concentrations sont exclues, 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, ainsi que l'avait fait valoir le CCBE en 2000 lors de la consultation préalable à l'adoption du mandat des Conseillers auditeurs, étant donné qu'il n'y a pas de protection juridictionnelle efficace dans les affaires de contrôle des concentrations, 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 »⁸ alors que le rôle du Conseiller auditeur devrait y être important (notamment parce que les parties peuvent renoncer à certains droits).

Une vision utilitariste de la fonction de Conseiller auditeur

Il ressort de l'ensemble des lignes directrices que, du rôle du Conseiller auditeur, la Commission retient plus la nécessité d'assurer l'efficacité de la procédure que la garantie de l'objectivité, la transparence et la prédictibilité de celle-ci.

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 2001⁹ (le *Mandat*).

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

8 Cf. Règlement (ce) n° 622/2008 de la commission du 30 juin 2008 modifiant le règlement (CE) no 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente.

9 Décision n° 2001/462.

Commentaires spécifiques

The Hearing Officers' Tasks (para. 3 à 9)

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

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*

La dernière phrase du paragraphe 8 est absolument choquante¹⁰. 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.

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 C-407/08 P, *Knauf Gips KG, formerly Gebr. Knauf Westdeutsche Gipswerke KG c/ Commission des communautés européennes* :

« 37. J'examinerai tout d'abord l'allégation de la Commission mentionnée au point 34 ci-dessus. La Commission fait en effet valoir que les deuxième et troisième branches du premier moyen du pourvoi sont irrecevables au motif que la requérante n'avait pas épuisé toutes les voies de recours dont elle disposait s'agissant de l'accès aux documents en cause pendant la procédure administrative devant la Commission.

38. À mon sens, cet argument devrait être rejeté. Premièrement, la Commission n'a pas établi que la requérante l'a activement induite en erreur ou qu'elle n'a pas agi de bonne foi pendant la procédure administrative à l'égard des documents non divulgués en cause. Le seul fait que la requérante n'ait pas épuisé toutes les voies de recours devant la Commission n'a pas pu induire celle-ci à penser à tort que la requérante n'entendait pas donner suite à sa demande d'accès aux documents en cause devant les juridictions communautaires (22)¹¹. Deuxièmement, en l'absence d'une quelconque disposition légale imposant spécifiquement à une partie intéressée d'épuiser toutes les voies de recours dont elle dispose pendant la procédure administrative devant la Commission, je considère qu'imposer une telle condition limiterait indûment les droits de la défense de cette partie et la priverait d'un accès complet à la justice (23)¹². »

10 « *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* »

11 « *Voir, par analogie, arrêt du 16 novembre 2000, SCA Holding Ltd/Commission (C 297/98 P, Rec. p. I-10101), point 37. En outre, la Cour a dit pour droit dans l'arrêt Aalborg Portland e.a./Commission (cité en note 12), aux points 101 à 106, que, dans le cadre d'un recours juridictionnel formé devant le Tribunal contre la décision clôturant une procédure administrative, il est loisible à cette juridiction d'ordonner des mesures d'organisation de la procédure et d'organiser un accès complet au dossier, afin d'apprécier si le refus de la Commission de divulguer un document ou de communiquer une pièce peut nuire à la défense de l'entreprise incriminée. Cet examen se limitant à un contrôle juridictionnel des moyens soulevés, il n'a ni pour objet ni pour effet de remplacer une instruction complète de l'affaire dans le cadre d'une procédure administrative. Il est constant que la prise de connaissance tardive de certains documents du dossier ne remplace pas l'entreprise, qui a introduit un recours à l'encontre d'une décision de la Commission, dans la situation qui aurait été la sienne si elle avait pu s'appuyer sur les mêmes documents pour présenter ses observations écrites et orales devant cette institution. Eu égard au fait que l'octroi d'un accès au dossier devant le Tribunal et devant la Commission a une finalité et une portée différentes, j'estime que le fait de ne pas avoir épuisé toutes les voies de recours pendant la procédure administrative ne devrait pas priver la requérante de son droit de soulever devant les juridictions communautaires la question du refus d'accès au dossier* »

12 « *Voir, par analogie, arrêt du 12 décembre 1991, Hilti AG/Commission (T-30/89, Rec. p. II-1439), point 38. En outre, dans l'hypothèse où devait prospérer un des griefs de la requérante tiré de la nature disculpatoire de documents non divulgués et où il était établi que cette partie ne s'était pas prévalu, durant la procédure administrative, d'une voie de recours dont elle disposait effectivement, la Cour pourrait envisager un éventuel comportement dilatoire avéré dans le chef de cette partie, lorsqu'elle statue sur les dépens conformément à l'article 69, paragraphe 3, du règlement de procédure de la Cour qui prévoit, notamment, que la Cour peut condamner une partie, même gagnante, à rembourser à l'autre partie les frais qu'elle lui a fait exposer et que la Cour reconnaît comme frustratoires ou vexatoires (23)* »

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

À cet égard, il convient de relever que dans l'arrêt *Mannesmannröhren-Werke T-44/00* (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 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.

The Investigative Phase (para. 10 et 11)

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 que « *an undertaking subject to investigatory measures can rely in full on its rights of defence only once a Statement of Objections has been notified to it* » que le rôle des Conseillers auditeurs est primordial lors de la phase d'enquête. Dans ces conditions, il est pour le moins étonnant que la Commission se contente de considérations générales présentées en deux paragraphes succincts pour cette étape fondamentale de la procédure.

Les questions relatives aux droits de la défense susceptibles, selon les Lignes Directrices, d'être portées devant les Conseillers auditeurs sont limitées et pourraient apparaître caricaturales. Une clarification s'impose pour la Commission qui ne peut se contenter d'indiquer que le Conseiller auditeur « *will look into such issues at the request of an undertaking* » sans autre précision et que ces questions seraient « *in any event* » 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.

Par ailleurs, en note de bas de page 6, la Commission cite l'arrêt *Dalmine C-407/04 P* 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 Federative Vereniging voor des Groothandel op Elektrotechnisch Gebied C-105/04 P* (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* ». ¹⁴

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 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 T-99/04*, le TPI reprend d'ailleurs les considérations de l'affaire *Nederlandse Federative Vereniging voor des Groothandel op Elektrotechnisch Gebied C-105/04 P* (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*

¹³ *Mannesmannröhren-Werke, T-44/00, para. 23.*

¹⁴ *Nederlandse Federative Vereniging voor des Groothandel op Elektrotechnisch Gebied, C-105/04 P, para. 50.*

*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 ».*¹⁵

Enfin, la question de la confidentialité, expédiée 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.

Procedures potentially leading to a prohibition decision (para. 12 à 31)

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. En outre, comme cela a été souligné à propos des paragraphes 10 et 11, il est essentiel que le Conseiller auditeur puisse jouer pleinement son rôle pendant la phase d'enquête. L'entreprise en cause devrait donc savoir quel est le Conseiller auditeur compétent dès la phase d'enquête et non pas seulement après la communication des griefs.

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.

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 une nouvelle « deadline ». 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 « *exceptional circumstances* » retenues par la Commission dans ses Lignes Directrices, termes à la fois non définis et excessivement restrictifs.

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.

Admission of Third Parties to the Procedure (para. 32 à 37)

– *A propos des associations d'entreprises et de leurs membres en tant parties intéressées*

Les conditions dans lesquels une tierce partie membre d'une association peut être admise à la procédure à titre individuel quand l'association dont elle est membre l'a déjà été doivent être clarifiées.

Une association et ses membres sont des sujets de droit différents dont les intérêts peuvent être distincts (le « *common interest* » défendu par l'association n'est pas nécessairement la somme des intérêts particuliers de ses membres). Une association et ses membres ne sauraient donc être considérés *a priori* comme une seule et même « *interested third party* ». Par ailleurs, il n'est pas admissible que des entreprises ayant démontré leur intérêt doivent au surplus apporter la preuve négative de « *why their individual interest would not be sufficiently represented in the proceedings by the association in question* ».

La seconde preuve exigée par la Commission (« [why] *it would thus not serve the interest in efficient proceedings to only admit the association* ») est tout aussi inadmissible. En effet, non seulement il est choquant que l'efficacité de la procédure soit un critère déterminant pour obtenir le statut de tiers

¹⁵ AC-Treuhand, T-99/04, para. 52.

intéressé, mais encore il est parfaitement inconcevable que ce soit à l'entreprise d'en faire la démonstration.

– *Divulgence de l'identité des tiers admis à la procédure dès la communication des griefs*

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.

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.

The Oral Hearing (para. 38 à 60)

– *La sélection des participants aux auditions*

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*

Les interventions orales et les éventuels échanges subséquents devraient toujours pouvoir être faites dans la langue de la procédure.

– *Les sessions à huis-clos*

La procédure et les critères en vertu desquels le Conseiller auditeur détermine si les informations doivent être ou non présentées lors d'une session à huis-clos devraient être clarifiés.

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 « written response » et « written comments »*

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

Par ailleurs, il apparaît nécessaire de prévoir pour les « *written comments* » un système de diffusion comparable à celui prévu pour la « *written response* », en y incluant également la possibilité de confidentialiser certains éléments avant sa distribution aux autres participants.

Post-Oral Hearing (para. 61 à 64)

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.

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 défense¹⁶ et l'entreprise concernée ne pas en être informée.

Other Procedures (para. 65 à 68)

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).

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.

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.

Decision-making procedure (para. 69 à 75)

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.

Future revision (para. 76)

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.

Proposition de révision du Mandat

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), le quel 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§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*

¹⁶ 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 » (nous soulignons).

conseiller-auditeur », par rapport à la situation qui prévalait auparavant (rattachement au directeur général de la DG IV devenue DG Comp).

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 4064/89/CEE 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.

Proposition de modification du rattachement administratif des Conseillers auditeurs

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.

Ainsi que le CCBE l'avait fait valoir en 2000, c'est également auprès du Collège des Commissaires ou du Président de la Commission que les Conseillers auditeurs devraient faire leur rapport.

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 139/2004/CE 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* »,

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.

Nécessaire augmentation du nombre et les effectifs du staff 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.

Ainsi que le CCBE l'avait déjà relevé en 2000, 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 junior lawyers et un junior économiste 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.