

n° d'indentification : 953933297-85

## **CONSULTATION DE LA COMMISSION EUROPEENNE SUR LA TRANSPARENCE DANS LES PROCEDURES DE CONCURRENCE**

La direction générale de la concurrence (la « **DG concurrence** ») de la Commission européenne a lancé début janvier 2010 une consultation publique sur le fonctionnement pratique des procédures de la Commission en matière d'ententes et d'abus de position dominante, en vue d'accroître leur transparence et leur prévisibilité. Les parties prenantes sont ainsi invitées par la Commission européenne à présenter dans un délai de huit semaines leurs observations sur trois documents relatifs aux procédures, à la communication de données économiques et au rôle des conseillers-auditeurs en matière d'ententes et d'abus de position dominante<sup>1</sup>.

Les entreprises de l'AFEP prennent acte avec intérêt de cette initiative positive émanant de la Commission afin de mieux faire connaître son mode de fonctionnement et recevoir des commentaires susceptibles de l'améliorer. L'objectif de la Commission tendant à clarifier les droits des plaignants dans le cadre des procédures mises en œuvre en matière d'ententes et d'abus de position dominante est louable.

Elles n'en déplorent pas moins que la Commission ait décidé d'appliquer immédiatement ces textes sans attendre l'issue de la consultation publique, selon une organisation qui leur semble contraire au principe de « meilleure régulation ». La consultation informelle menée en décembre 2009 auprès de quelques parties prenantes ne peut, en tout état de cause, être considérée comme une validation suffisante de documents dans lesquels demeurent de nombreuses insuffisances.

De plus, tout en prenant acte des efforts de transparence de la Commission, les entreprises de l'AFEP déplorent qu'un très grand nombre de difficultés auxquelles elles sont confrontées ne soient pas abordées dans ces différents documents.

En 2009, l'AFEP a regroupé 90 des plus grands groupes privés exerçant en France, dont les effectifs employés s'élevaient à un total d'environ 5,4 millions de personnes pour un chiffre d'affaires annuel de près de 1400 milliards d'euros<sup>2</sup>. La capitalisation boursière des groupes français cotés adhérents de l'AFEP atteignait 760 milliards d'euros fin 2009.

---

<sup>1</sup> Best practices on the conduct of proceedings concerning articles 101 and 102 TFUE ; Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFUE and in merger cases ; Guidance on procedures of the Hearing Officers.

<sup>2</sup> Données « Monde » pour les entreprises françaises et « France » pour les filiales d'entreprises étrangères.

## **Remarques préliminaires**

---

Les entreprises apprécient la démarche initiée par la DG Concurrence, et considèrent qu'il est effectivement utile, au début d'une nouvelle mandature, de rappeler les principes qui régissent les délicates procédures relatives aux ententes et aux abus de position dominante, et ainsi d'apporter plus de transparence et de prévisibilité aux parties prenantes.

Elles considèrent cependant que l'approche retenue par la Commission est décevante. En effet, ces documents ne font que formaliser la pratique et la jurisprudence existantes, en abordant de manière sommaire les phases d'enquête et d'instruction en particulier durant la phase qui précède la notification des griefs, alors même qu'elles soulèvent de nombreuses difficultés d'application pour les entreprises concernées. En outre, les éléments retenus en matière d'approche économique des ententes révèlent une compréhension insuffisante de la réalité de l'entreprise, lourde de conséquences dans le cadre des enquêtes diligentées par la Commission. Enfin, les entreprises déplorent que le rôle dédié au conseiller-auditeur ne soit ni amélioré ni renforcé, celui-ci demeurant cantonné au seul respect de la procédure, sans que son éventuel rôle sur le fond ne soit jamais abordé ou que la question de son indépendance ne soit traitée.

Ainsi, les entreprises considèrent-elles que nombre de leurs préoccupations sont absentes de ces documents et, qu'en conséquence, les prévisibilité et praticité annoncées ne se traduiront pas réellement dans leurs relations avec les services de la Commission.

Une révision de plus grande ampleur est donc nécessaire après une évaluation approfondie du Règlement 1/2003 engageant les différentes parties dans un cadre plus prévisible que celui de la « soft law » dont l'accroissement régulier contribue à une insécurité d'autant moins satisfaisante qu'elle renforce l'idée de partialité et d'inégalité des parties en présence et demeure sujette à interprétation dans sa mise en œuvre.

## **Sur le fond**

---

Les trois documents soumis à consultation appellent chacun des commentaires de la part des entreprises.

### **1. Les « Lignes directrices relatives aux conseillers-auditeurs »**

L'objectif de ce document est de rendre plus transparent le rôle des conseillers-auditeurs, présentés par la Commission comme les garants indépendants des droits de la défense et des autres droits procéduraux dans le cadre d'une procédure en matière de concurrence, assurant un « haut degré de transparence, d'équité et de prévisibilité dans nos procédures » (§ 1, p. 4).

De fait, non seulement les « lignes directrices » développent ce concept mais les « bonnes pratiques relatives aux procédures en matière d'entente et d'abus de position dominante » mentionnent également cette fonction essentielle (§§ 73 et 74, p. 18). Ce dernier document précise en outre que le conseiller-auditeur agit en toute indépendance de la DG concurrence et

qu'il rend compte des auditions et des conclusions à en retirer auprès du Commissaire en charge de la concurrence.

Son rattachement direct auprès du Commissaire chargé de la concurrence pose en réalité la question de son statut dont l'indépendance semble relative. En effet, si le § 9 du document sur le conseiller-auditeur précise que ce dernier est nommé par le collège des Commissaires et que son rattachement à la DG COMP n'est qu'administratif, il n'en demeure pas moins que ce rattachement demeure problématique en terme d'indépendance dans la pratique de la fonction.

Pour éviter toute ambiguïté sur cet aspect et renforcer son efficacité tout au long de la procédure afin de garantir le respect des droits de la défense, les entreprises proposent une refonte importante de son statut comme de son rôle. A cette fin, elles préconisent que soient développés :

***i. son indépendance***

Plutôt que d'être dépendant hiérarchiquement du Commissaire, le conseiller-auditeur devrait être rattaché au Président ou au Secrétaire général de la Commission.

L'indépendance pourrait être renforcée par une augmentation des ressources allouées à son office. Le conseiller-auditeur devrait également être choisi en dehors des personnes ayant exercé une fonction liée aux procédures de concurrence européenne ou nationale dans un passé récent.

De telles évolutions renforceraient son rôle au service de l'ensemble du collège des Commissaires.

***ii. la séparation entre détermination de la responsabilité et sanction***

Outre l'audience sur le fond de l'affaire, il devrait y avoir une audience distincte sur la détermination de la sanction qui se tiendrait en présence du conseiller-auditeur indépendant.

Celui-ci devrait disposer de tous les pouvoirs pour examiner les preuves et émettre un rapport comportant une recommandation sur le montant de la sanction.

Dans cette audition séparée sur la sanction, les faits invoqués, ainsi que les critères à appliquer, pourraient faire l'objet d'une contestation par les parties.

Le pouvoir de proposition / initiative relatif au montant de la sanction devrait être attribué à un autre organe au sein de la Commission distinct de celui chargé d'instruire le dossier.

***iii. le renforcement du rôle de conseiller-auditeur***

Le conseiller-auditeur devrait davantage servir d'intermédiaire entre l'entreprise et la DG Concurrence en vérifiant que les droits de la défense de l'entreprise ont bien été respectés tant dans le cadre de l'enquête que dans celui de la procédure contradictoire suivant ladite enquête.

Après l'audience sur le fond de l'affaire, pour la détermination des responsabilités, le conseiller-auditeur devrait délivrer un rapport présentant ses premières constatations, en tenant compte du caractère à charge et à décharge des auditions. Le cas échéant, ce rapport devrait être mis à la disposition des parties et du collège des Commissaires pour que ce dernier prenne une décision, sans qu'une nouvelle contribution de l'équipe d'enquête ne soit

requis, sauf à donner aux parties concernées la possibilité de répondre à ces éventuelles modifications.

Au-delà du rapport existant sur les aspects procéduraux et sur le fond (cf. § 62), les entreprises considèrent important de rendre:

- obligatoire un commentaire sur le fond plutôt que de simplement mentionner « usually also makes observations on the substance » ;
- public aux parties ce rapport en modifiant le § 63 afin de les informer du résultat d'un processus censé leur garantir une bonne transparence.

Le conseiller-auditeur pourrait également procéder à des auditions et requérir des mémoires en réponse sur des points essentiels, ou être amené à citer des témoins à comparaître afin que l'entreprise puisse examiner la force et la crédibilité des preuves qui lui sont opposées.

Lors de la prise de décision, le conseiller-auditeur devrait présenter de manière indépendante au collège des Commissaires, l'affaire, la décision envisagée ainsi que la sanction, en s'inspirant notamment du rôle du juge en droit administratif, de la FTC aux Etats-Unis et du rôle des Avocats Généraux devant la Cour de Justice.

#### *iv. L'accès au dossier*

Pour assurer le respect de l'égalité des parties et des droits de la défense, les parties devraient avoir accès au dossier le plus tôt possible, dans un délai raisonnable, afin de pouvoir appréhender au mieux les griefs soulevés à leur encontre.

En particulier, les entreprises ont noté les mentions du § 10 où le rôle du conseiller-auditeur est limité lors de la phase d'enquête puisque « une entreprise ne peut jouir complètement de ses droits à la défense qu'une fois transmise la notification des griefs ».

Cette situation est peu satisfaisante. L'accusé devrait pouvoir connaître l'origine des accusations pour pouvoir se défendre, tout en assurant l'anonymat si cela paraît nécessaire, d'autant plus que les procédures de clémence fondées sur la dénonciation se développent.

Dans ce cadre, les déclarations des entreprises qui coopèrent se font sans les entreprises mises en cause. Au nom du secret des affaires, ces dernières n'ont donc pas accès aux informations qui les concernent pourtant directement. Si l'on comprend l'aspect utile et efficace de cette procédure pour lutter contre ententes ou abus de position dominante, encore faut-il que les droits de la défense soient applicables. Or, en l'espèce, le « huis clos » conduit à évincer de l'audience les parties intéressées à l'affaire là où une audition non publique répondrait à la légitime protection du secret des affaires.

Cette confusion procédurale revient à priver les parties mises en cause de l'accès au contenu de ce qui a été versé par le « whistle blower », éléments qui ne lui sont souvent jamais révélés, rendant quasi impossible sa défense.

## **v. ses pouvoirs**

Enfin, le conseiller-auditeur devrait disposer de différents pouvoirs à l'égard des parties (y compris la DG Concurrence). Outre la rédaction du rapport de synthèse sur les conditions dans lesquelles les enquêtes et auditions ont eu lieu, les pouvoirs suivants pourraient lui être attribués : une recommandation officielle destinée à la Commission sur le quantum des sanctions, la saisine en référé des juridictions communautaires...

## **2. Les « Bonnes pratiques relatives à la communication de données économiques »**

Il est à noter que ce document propose une amélioration « unilatérale » des pratiques reflétant assez bien les usages déjà en vigueur afin que les entreprises répondent au mieux à la Commission, sans que l'inverse ne soit envisagé.

Sur la base de leur expérience, les entreprises souhaitent la prise en compte des points suivants :

### ***i. le nécessaire calcul du dommage à l'économie***

La Commission postule que les infractions « par objet » ne requièrent aucune analyse économique pour quantifier le montant des dommages à l'économie, posant ainsi la question de la proportionnalité des amendes aux dommages résultant de telles pratiques (voir la note de bas de page n°1, page 3 des bonnes pratiques). Si cette disposition est incluse dans les lignes directrices de 2006 en matière de calcul des amendes, elle n'en demeure pas moins très contestable, ne permettant pas l'appréciation de la gravité de l'infraction.

Au demeurant, le Commissaire en charge de la concurrence a récemment indiqué<sup>3</sup> que "le niveau des amendes doit être dissuasif et proportionnel au dommage causé par le manque de concurrence sur le marché".

Cette prise de position rejoint les préoccupations des entreprises. En effet, au regard des montants désormais atteints, elles considèrent que la Commission devrait calculer ces dommages pour dimensionner l'amende aux dommages résultant de telles pratiques en démontrant tout particulièrement leur impact réel sur l'économie et sur le consommateur.

Pour mémoire, le montant des sanctions pécuniaires liées à des pratiques anticoncurrentielles a crû sensiblement ces dernières années, en particulier pendant le mandat de la dernière Commission. En 2004, le montant total des amendes s'élevait à 390 millions €, pour atteindre plus de 3,3 milliards € en 2007 et s'établir à plus de 2,2 milliards € en 2008<sup>4</sup>. Parmi les sanctions les plus lourdes récemment prononcées, le milliard d'euros a été frôlé en 2007 (992,3 millions €) et sensiblement dépassé en 2008 et en 2009 (respectivement 1,383 et 1,1 milliard €).

---

<sup>3</sup> Les Echos, le 15 février 2010 ;

<sup>4</sup> Source : Commission européenne (<http://ec.europa.eu/competition>)

## *ii. une coopération équitable entre parties*

Les entreprises souhaitent réaffirmer la nécessité de **mettre en pratique** le principe selon lequel elles ne doivent pas être suspectées de non coopération du simple fait qu'elles ne sont pas en mesure de fournir des données qu'elles estiment irréalistes.

A ce titre, il est justement souligné<sup>5</sup> l'importance d'une bonne coopération entre les parties et la DG Concurrence pour la fourniture d'informations. Il est ainsi mentionné qu'il peut être impossible de « transmettre une base de données » de la manière dont les services le demandent.

Sans doute, ces « Best practices » devraient-elles répondre à cette préoccupation.

Cette fourniture d'information soulèvent, en outre, la problématique relative à la durée des enquêtes, qui devrait être limitée dans le temps pour d'évidentes raisons pratiques (suivi des dossiers, compréhension des sujets...) et encadrée formellement afin de ne pas laisser en suspens des sujets repris de manière surprenante parfois plusieurs années après un premier contact avec l'entreprise. De même, il serait nécessaire de préciser les règles s'appliquant à la prescription des faits.

En tout état de cause, cette amélioration de la pratique suppose que la Commission soit tenue de :

- demander aux entreprises des **données réalistes**, tenant compte de leur activité et de la difficulté pour elles de fournir des données trop anciennes, ou existant dans un format très différent de celui exigé par la Commission (niveau de granularité) ;
- fixer des **délais réalistes** pour la fourniture de telles informations, contrairement à la pratique actuelle de la Commission qui non seulement impose des délais très courts aux entreprises mais en plus ne tient pas compte de leurs contraintes propres telles que leur organisation, par exemple, lorsqu'elles sont très décentralisées ou que leurs systèmes d'information ont changé au cours de la période concernée.

A ce titre, les entreprises considèrent que le conseiller-auditeur devrait pouvoir être saisi du caractère réaliste des demandes de la Commission (ce qui conduit à revoir le caractère très limité de son rôle tel que défini dans les "Guidance on procedures of the Hearing Officers" (§ 3) - voir également supra point 1).

### **3. Les « Bonnes pratiques relatives aux procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante »**

Ce document entend éclairer les entreprises tout au long d'une procédure menée par la Commission en matière de concurrence. Il apporte en outre des précisions quant aux modifications envisagées par la Commission concernant l'annonce publique de l'ouverture et

---

<sup>5</sup> § 68 et en note de bas de page (35)

de la clôture des procédures, l'ouverture plus rapide d'enquêtes formelles, la divulgation de contributions importantes.

Cependant, l'approche retenue pour ce document envisage principalement la période suivant la notification de griefs. S'il est intéressant d'aborder cet aspect de la procédure, il est préoccupant de ne pas traiter plus en profondeur les aspects précédant l'ouverture de la procédure (point 2.2), alors que les premières mesures d'enquête (§ 14), en ce compris les « dawn raids », sont souvent les plus importantes.

### **a) Commentaires sur les aspects abordés**

De nombreux éléments procéduraux sont développés avec soin par la Commission, même si leur traitement demeure relativement partial. Dans la majeure partie des cas, seuls les compétences ou pouvoirs de la Commission sont mis en exergue sans que soient traités les droits des parties intéressées.

Il en est ainsi, en particulier, de la confidentialité des avis ou des conditions entourant les demandes d'informations.

#### ***i. la confidentialité des avis juridiques***

La Commission européenne aborde aux §§ 47 à 52 la question du « legal privilege » que la Commission apprécie comme une limite à ses pouvoirs d'enquête, puisqu'elle permet aux entreprises de ne pas répondre à certaines de ses demandes.

Si la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles n'est évidemment pas ici mise en cause, le « legal privilege » tel que défini par la jurisprudence du TPICE<sup>6</sup> et la pratique décisionnelle de la Commission européenne soulève néanmoins la difficulté de concilier les modalités d'accès à l'information avec le sort réservé aux juristes d'entreprise.

#### ***- Modalités de mise en œuvre***

En l'état actuel du droit, la Commission considère que seuls les documents internes préparatoires à une consultation juridique peuvent bénéficier de la confidentialité des communications entre avocats et clients. En conséquence, la protection de la confidentialité doit être réservée à un avocat sans lien de subordination avec l'entreprise.

Les préoccupations des conseils juridiques salariés d'une entreprise de voir étendu le champ d'application personnel de la protection de la confidentialité des échanges ne sont donc, à ce stade, pas prises en compte par la Commission.

Compte tenu des incertitudes existant aujourd'hui et des conséquences importantes pour les entreprises, la Commission pourrait préciser sa pratique en la matière en complétant les Best practices ou en rédigeant un document spécifique. En particulier, la Commission devrait préciser l'impossibilité pour les enquêteurs de prendre connaissance, directement ou indirectement, de documents relevant du secret professionnel et portant sur l'élaboration par l'entreprise de sa ligne de défense.

---

<sup>6</sup> Voir en ce sens les arrêts AM&S et Akzo, cités par la CE.

*- Problème lié au statut de juriste d'entreprise*

En l'absence d'une reconnaissance du « legal privilege » pour les écrits des conseils juridiques salariés de l'entreprise, ces derniers se trouvent dans une situation à risque et ce, d'autant plus que se développe le système d'auto-incrimination par le biais notamment des programmes de clémence.

Ces risques sont également liés au fait que le Règlement 1/2003 impose aux entreprises de procéder elles-mêmes à l'évaluation de la licéité de leurs accords et pratiques en droit de la concurrence. Les juristes exerçant en entreprise, en tant que plus proches conseils juridiques de l'entreprise, sont naturellement les mieux à même d'avertir l'entreprise sur la portée des actes dans lesquels celle-ci est susceptible de s'engager.

Cette absence de confidentialité des avis juridiques pénalise non seulement les juristes salariés de l'entreprise mais aussi et surtout l'entreprise dans son ensemble. En effet, leurs notes et opinions peuvent être saisies et utilisées à l'encontre de la société dans le cadre de procédures judiciaires ou d'enquêtes menées par la Commission. Ils peuvent ainsi bien involontairement devenir des témoins à charge. La confidentialité permettrait de faciliter les relations avec des juristes extérieurs, puisque les échanges de courriers bénéficieraient alors de la même protection que les échanges entre avocats.

Les entreprises déplorent donc le déséquilibre actuel des pouvoirs et droits procéduraux dont disposent d'une part la Commission dans sa lutte contre les ententes et abus de position dominante et d'autre part les entreprises pour assurer leur défense dans les meilleures conditions.

***ii. les demandes d'informations***

Dans sa présentation du régime applicable aux demandes d'informations auxquelles elle peut recourir<sup>7</sup> (point 2.5), la Commission rappelle qu'elle peut formuler ses demandes sous forme de « simples demandes » ou de décisions, en soulignant le régime de sanctions applicables à l'une ou l'autre de ces demandes.

Elle apporte également des précisions quant à la question du périmètre de ces demandes, au délai pour y répondre et aux conditions entourant une demande de protection au titre du secret des affaires.

*- le périmètre*

Les entreprises constatent à regret que, si la Commission prend la peine de rappeler son large pouvoir d'appréciation pour déterminer les éléments dont elle demande la communication, elle ne mentionne pas ses limites. Une telle omission ne peut manquer de soulever quelques inquiétudes quant à l'objectif de transparence recherché.

Or, la Commission se doit de préciser explicitement la finalité de l'enquête dans le cadre de laquelle s'inscrit sa demande de renseignements, compte tenu du lien strict qui doit exister entre les informations demandées et l'objectif de l'enquête. En outre, les demandes de

---

<sup>7</sup> En vertu de l'article 18 du Règlement n°1/2003.

renseignements de la Commission doivent respecter le principe de proportionnalité, et l'obligation imposée à une entreprise de fournir un renseignement ne doit pas représenter pour cette dernière une charge disproportionnée par rapport aux nécessités de l'enquête. Enfin, les destinataires de la demande doivent conserver le droit de ne pas s'auto-incriminer<sup>8</sup>.

Outre d'avoir le mérite de procéder à une présentation équitable des droits respectifs des parties concernées, de telles précisions permettent aux destinataires de mieux circonscrire les attentes de la Commission, sans prendre le risque d'aller au-delà.

*- les délais de réponse à ces demandes d'informations*

La pratique de la Commission en matière de délai semble être d'accorder un délai d'au moins deux semaines pour une demande « substantielle » et un délai pouvant être inférieur à une semaine dans le cas d'une demande plus limitée.

Confrontées à la réalité des demandes parfois considérables d'informations et/ou documents, les entreprises ne peuvent que déplorer la brièveté de ces délais – même prolongés sur leur demande et à la discrétion de la Commission. Le risque est alors grand, pour elles, de fournir des informations incomplètes ou erronées faute de temps pour procéder à la collecte et/ou aux vérifications nécessaires. Elles se retrouvent ainsi potentiellement exposées à des sanctions de la Commission.

Sauf à modifier en profondeur ses demandes d'informations, il serait souhaitable que la Commission fixe des délais plus longs proportionnés aux demandes lourdes qu'il peut lui arriver de formuler.

*- la protection des données confidentielles*

La Commission précise que, le plus souvent, le destinataire de la demande doit préparer la version non-confidentielle des éléments qu'il entend communiquer en même temps que la version confidentielle dans les délais impartis par la Commission.

Une telle disposition ajoute une charge d'autant plus lourde pour le destinataire que les délais sont brefs (voir supra) alors même que des solutions simples pourraient être mises en place en se fondant, par exemple, sur la pratique de l'Autorité de la concurrence française.

Celle-ci autorise la transmission des informations en deux temps commençant par la version confidentielle de la réponse avant que ne soit envoyée la version non-confidentielle des éléments en cause, accompagnée d'une demande de protection. Cette organisation a le double mérite de ne pas retarder le déroulement des enquêtes et de conférer un peu plus de temps aux entreprises interrogées pour préparer leur demande de confidentialité.

---

<sup>8</sup> Voir en ce sens les arrêts de la Cour du 18 octobre 1989, Orkem/Commission, 374/87 et du Tribunal du 20 février 2001, Mannesmannröhren-Werke/Commission, T-112/98.

## **b) Commentaires sur les aspects non abordés**

Au-delà des points déjà soulignés, de nombreux aspects procéduraux demeurent absents de cet exercice de transparence, relativisant la prévisibilité annoncée par la Commission au profit des entreprises.

Il en est ainsi :

### ***i. des garanties procédurales***

Envisagée comme un moyen de décourager la réitération de pratiques anticoncurrentielles comme de dissuader tout autre contrevenant potentiel, l'imposition de peines lourdes devrait s'accompagner de garanties procédurales appropriées, en particulier avant même la notification de griefs. En l'état actuel des textes comme des pratiques, la confusion des règles et peu satisfaisante et conduit à une nécessaire révision des textes.

#### *- la mise en œuvre de procédures avant la notification des griefs*

Si les entreprises apprécient que la Commission envisage (§ 65) de leur communiquer une version non confidentielle de la plainte dès la phase d'investigation, elles déplorent que cette novation ne soit envisagée que pour les situations d'abus de position dominante et qu'elle ne s'applique pas aux cas d'entente.

Or, selon les « Best practices » (cf § 23), ce n'est qu'à compter de l'adoption d'une notification de griefs que s'ouvre formellement la procédure, notamment l'organisation des réunions-bilans (« State of Play meetings ») dont l'objectif est de garantir de manière plus systématique « la qualité et l'efficacité du processus de prise de décision et assurer la transparence et la communication entre la DG Concurrence et les parties » (§ 55).

En pratique, cela conduit les entreprises à ne pas bénéficier de ces garanties pendant de longs mois, voire des années, précédant la notification des griefs, situation peu satisfaisante.

Pour pallier cette situation, la Commission devrait donner accès au dossier et entendre les entreprises faisant l'objet d'une enquête à un stade avancé précédant une éventuelle notification de griefs, afin d'éviter de développer des griefs mal fondés, mieux assurer le fondement juridique de la décision et limiter les éventuels recours judiciaires ultérieurs. De même, aucune communication susceptible de violer la présomption d'innocence émanant de la Commission ne devrait pouvoir intervenir avant la notification de griefs<sup>9</sup>.

Les §§ 57, alinéa 2 et 60 devraient clarifier ce droit fondamental, dans un souci de transparence et de respect des droits de la défense.

---

<sup>9</sup> Voir en ce sens, l'arrêt CEDH du 10 février 1995 jugeant que « la liberté d'expression, garantie par l'article 10 (art. 10) de la Convention, comprend celle de recevoir ou de communiquer des informations. L'article 6 par. 2 (art. 6-2) ne saurait donc empêcher les autorités de renseigner le public sur des enquêtes pénales en cours, mais il requiert qu'elles le fassent avec toute la discrétion et toute la réserve que commande le respect de la présomption d'innocence ».

- *une confusion des règles peu satisfaisante*

Les garanties mentionnées supra ne sont pas assurées dans les différentes étapes d'enquête et de prise de décision par la Commission européenne, portant ainsi préjudice aux entreprises. Ainsi observe-t-on une confusion des rôles d'enquête et de sanction au sein de la Commission, augmentant les difficultés pour les entreprises à se défendre.

De grands principes tels que ceux relatifs aux droits de la défense ou à la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas traités dans ces Best Practices. Or, en donnant la personnalité juridique à l'UE, le Traité de Lisbonne rend très probable l'adhésion de l'UE en tant que telle à la CEDH, lui imposant donc à terme un certain nombre de règles.

En effet, bien que l'article 23 (5) du règlement 1/2003 précise que « *les décisions prises (par la Commission visant à infliger une amende) n'ont pas un caractère pénal* », dans la pratique comme dans les textes, de nombreux éléments, parmi lesquels figurent notamment le caractère dissuasif de l'amende (propre au droit pénal), l'existence de circonstances aggravantes ou atténuantes et l'application ponctuelle par la CJUE de garanties du droit pénal (comme la présomption d'innocence<sup>10</sup>), indiquent que la sanction des cartels a bien un caractère pénal.

- *une nécessaire révision des textes*

Sur ces bases et en concertation étroite avec les parties prenantes, les entreprises souhaitent que la Commission engage la révision des textes<sup>11</sup> concernés afin de promouvoir :

- a) une **séparation fonctionnelle**<sup>12</sup> efficiente là où, à l'heure actuelle, la Commission cumule les fonctions d'enquêteur, de procureur et de juge, empêchant que les principes fondamentaux de la procédure pénale existant dans tous les pays de l'Union européenne puissent être respectés (droit à un procès équitable, présomption d'innocence, renversement de la charge de la preuve, etc) ;
- b) une plus grande **proportionnalité** dans la détermination de la sanction pécuniaire plutôt qu'un système forfaitaire fondé en particulier sur l'imputation systématique à la société mère des pratiques anticoncurrentielles de ses filiales, la détention d'un lien capitalistique proche de 100 % devenant une présomption quasi irréfragable.

Il est en particulier essentiel de tenir compte du dommage réel sur le segment économique et le secteur géographique concernés, en prenant en considération la situation particulière de l'entreprise (voir remarques supra, en point 1) ;

---

<sup>10</sup> CJCE 8/07/1999, C 235/92 Montecatini SpA c/ Commission.

<sup>11</sup> Règlement (CE) 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE ;  
Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du Règlement (CE) n° 1/2003 (2006/C 210/02).

<sup>12</sup> Voir en ce sens, l'arrêt de la CEDH Dubus SA c. France, 11 juin 2009.

- c) une prise de position claire en faveur de la prise en compte **des programmes de conformité** élaborés par les entreprises comme **circonstance atténuante** alors que, en l'état actuel des textes, nulle précision n'est apportée sur ce sujet laissant ainsi à la Commission un large pouvoir d'appréciation<sup>13</sup>, source d'insécurité pour les entreprises.

Les décisions les plus récentes de la Commission paraissent tendre vers un rejet de principe de la prise en compte des programmes de conformité comme circonstance atténuante ou à tout le moins un refus de toute prise en compte automatique d'un programme de conformité à titre de circonstance atténuante, quand bien même il répondrait à certains critères.

Le Tribunal de première instance rappelle quant à lui régulièrement que si un programme de conformité peut constituer une circonstance atténuante, cette reconnaissance n'est pas automatique. Cette approche est également maintenue lorsque le programme de conformité comporte un volet disciplinaire effectivement appliqué.

La démarche des entreprises pour mettre en place des programmes de conformité et les faire respecter devrait être reconnue comme une circonstance atténuante en cas d'amende, notamment lorsque la société mère ayant décidé de tels programmes est néanmoins sanctionnée au nom d'une filiale.

Enfin, la durée des enquêtes devrait être limitée dans le temps, ouverte formellement, clôturée tout aussi formellement et ne pas dépasser un délai donné (un an, par exemple). Les règles relatives aux prescriptions des faits devraient également être précisées.

## *ii. des critères utilisés pour le calcul des amendes*

Une révision des lignes directrices devrait être proposée à l'issue d'une consultation avec l'ensemble des parties prenantes sur leurs orientations principales.

Dans ce cadre, les amendes devraient être fondées sur le principe de proportionnalité et pas uniquement sur des considérations de dissuasion. En d'autres termes, il devrait exister un lien clair entre le préjudice causé et l'amende infligée (voir remarques supra).

En ce qui concerne la fixation de l'amende, la Commission devrait tenir compte des effets liés aux comportements sur le marché, tels que les gains obtenus, les dommages causés ou la participation effective d'une entreprise à l'entente. Cette nouvelle approche n'exclurait toutefois pas la prise en considération du critère communautaire actuel de la valeur des ventes, mais viendrait uniquement le compléter. En effet, un calcul des amendes ne reposant que sur le chiffre d'affaires, indépendamment de la marge sous-jacente, apparaît disproportionné. La crise économique actuelle constitue un facteur supplémentaire à prendre en compte<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Voir, en ce sens, l'étude commanditée par le Conseil de la Concurrence, datée de septembre 2008 « Etat des lieux et perspectives des programmes de conformité » (points 8-78 à 8-93).

<sup>14</sup> Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 19 janvier 2010.

### *iii. de l'effectivité du recours/ contrôle juridictionnel*

En l'état actuel des textes, le Tribunal Général (ex TPI) assure un contrôle limité souvent fondé sur la procédure plutôt que sur l'analyse économique menée par la Commission.

En vertu de l'article 31, première phrase, du règlement 1/2003, le juge communautaire est censé disposer d'un recours de pleine juridiction contre les décisions « *par lesquelles la Commission a fixé une amende ou une astreinte* ». La deuxième phrase du même article lui donne toute latitude pour « *supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée* ».

Cependant, l'interprétation donnée à ce texte implique que la Cour de Justice ne dispose pas de la faculté de réformer la décision de la Commission pour y substituer sa propre appréciation des faits et de leur qualification juridique. Elle ne peut que réformer l'amende ou annuler l'ensemble de la décision et la renvoyer à la Commission qui statue de nouveau.

Le juge communautaire a expressément reconnu que, dans son pouvoir d'examen des décisions de concurrence, il n'exerce qu'un « contrôle restreint », c'est-à-dire qu'il ne sanctionne que les « erreurs manifestes<sup>15</sup> d'appréciation », laissant à la Commission une large marge d'appréciation en matière économique ou technique, en particulier sur le montant des amendes.

Les décisions de la Commission européenne en matière de concurrence ne font donc pas l'objet, à l'heure actuelle, d'un contrôle de pleine juridiction susceptible de compenser les atteintes au droit au procès équitable.

Pour remédier à ce constat, il serait nécessaire de :

- modifier le règlement 1/2003 pour reconnaître **expressément** au juge communautaire la faculté de **réformer** toutes les décisions de la Commission en matière de concurrence, et pas seulement de les annuler et de les renvoyer à la Commission pour statuer de nouveau,
- demander au juge communautaire de faire évoluer sa jurisprudence et de procéder à un **contrôle approfondi** (et pas seulement à un contrôle restreint) des décisions de la Commission en matière de concurrence.

---

<sup>15</sup> TPI, 6 mai 2009, Wieland-Werke, aff T-116/04.