

**Droit de la  
concurrence**

Commission  
« Droit de l'entreprise »



**Consultation de la Commission européenne  
destinée à  
renforcer la transparence et la prévisibilité  
des procédures de concurrence**

---

**Observations du MEDEF**

**Numéro d'identification : 43763731235-75**

**Analyser**

Mars  
**2010**

La Direction générale de la Concurrence de la Commission européenne a lancé début janvier 2010 une consultation publique sur trois documents, destinée à améliorer la prévisibilité et la transparence des procédures anticoncurrentielles en droit communautaire.

Le MEDEF souhaite souligner à titre liminaire que la démarche entreprise par la Commission européenne au travers de ces trois documents est jugée de manière positive par les entreprises françaises dans la mesure où la Commission rappelle les principes qui régissent des procédures complexes en matière d'entente et d'abus de position dominante. Il est néanmoins regrettable qu'aucune des difficultés d'ordre procédural qui ont été préalablement exposées par le MEDEF devant la Commission européenne n'ait été ni prise en compte, ni intégrée dans les documents soumis à consultation.

Le MEDEF souhaite faire part des commentaires ci-dessous, document par document (I), et présentera enfin ses observations sur les points non abordés par les documents soumis à consultation (II).

## **I - Observations sur les trois documents soumis à consultation publique**

### **A - Sur le document *Best practices on the conduct of proceedings concerning articles 101 et 102 TFUE***

L'existence même de l'énoncé de « bonnes pratiques » est jugée positivement dans la mesure où elle renforce la sécurité juridique pour les entreprises. Le MEDEF suggère que cet exercice soit renouvelé pour la procédure de transaction et pour la procédure de clémence, afin notamment de clarifier la position de la Commission concernant la non-utilisation des informations communiquées à des fins contentieuses ultérieures, et d'adopter une véritable procédure de « guichet unique », dont l'absence se fait cruellement sentir.

En ce qui concerne les points jugés positifs dans le document, le MEDEF souhaite souligner notamment les développements suivants :

- la pratique de l'accès par les parties, sujettes aux enquêtes, aux notes de réunions entre la DG concurrence et les tiers (§ 40) ;
- la codification et systématisation des *state of play meetings* ou « réunions d'état des lieux » à différents stades de la procédure (§ 54-60) ; à noter néanmoins, qu'il serait intéressant de signaler que les *state of play meetings* puissent se tenir en présence du *chief economist* et d'un représentant du service juridique si nécessaire.
- la pratique des réunions systématiques avec le Directeur Général de la concurrence ou si cela est plus approprié et si les parties en font la demande, le Commissaire en charge de la concurrence (§ 64) ;
- la motivation du recours aux remèdes structurels (§ 78) ;
- la codification des *letters of facts* qui permettent ainsi aux parties de prendre position sur des éléments de preuve nouveaux (§ 97).

Le MEDEF regrette néanmoins l'absence totale de progrès vers une véritable séparation des pouvoirs entre les autorités d'enquête et l'autorité de jugement au sein de la DG concurrence, qui est réclamée avec insistance par l'ensemble de la communauté des affaires. Or, une telle séparation des pouvoirs pourrait parfaitement être envisagée à l'instar de ce qui existe d'ores et déjà aux Pays-Bas où un *Chinese wall* a été mis en place avec succès entre les Départements « concurrence » et « juridique » de la Netherlands Competition Authority (NMA). Il est par ailleurs regrettable qu'aucun progrès ne soit accompli dans la direction d'une position raisonnable sur le *legal professional privilege* (§ 47-52).

La Commission européenne rappelle à plusieurs reprises son large pouvoir d'appréciation à différents stades de la procédure, notamment : à l'ouverture de la procédure sur l'opportunité des poursuites (§ 21), au stade de la demande d'informations (§ 31) ou encore à l'issue de la phase d'enquête (§ 69). Ce pouvoir discrétionnaire réaffirmé par la Commission est créateur d'insécurité juridique dans la mesure où elle n'en mentionne pas les limites, ce qui est en contradiction avec l'objectif de transparence recherché.

- Au stade de l'appréciation de l'opportunité des poursuites (§ 21), la Commission indique en note de bas de page (nbp. 21, page 7) que la Commission se fonde sur l'intérêt communautaire et fait référence à une série de critères préalablement publiés dans le rapport annuel de la politique de concurrence 2005. Le MEDEF est d'avis, vu le caractère relativement ancien du document de référence, que la liste des critères relatifs à l'intérêt communautaire mériterait d'être mentionnée dans le corps du texte.
- Au stade de la demande d'information (§ 31), la Commission indique qu'elle bénéficie d'une large marge d'appréciation pour demander aux parties de lui fournir toutes les informations nécessaires pour lui permettre de vérifier la véracité des faits reprochés. Il est indispensable que la Commission, dans le respect du principe de proportionnalité, n'impose pas aux entreprises de fournir des données indisponibles ne répondant pas aux besoins de la gestion courante d'une entreprise. Cela se produit trop souvent et impose à l'entreprise une charge de travail disproportionnée par rapport aux besoins de l'enquête. Le périmètre des informations nécessaires demandées par la Commission doit être précisé en ce sens.  
Par ailleurs, la Commission indique qu'en pratique, l'entreprise dispose d'un délai de deux semaines pour une demande substantielle d'informations (§ 35). Or, compte tenu de la large marge d'appréciation donc bénéficie la Commission lorsqu'elle demande des informations, force est de constater qu'en pratique, le délai accordé à l'entreprise pour fournir des documents est souvent insuffisant. Il serait préférable que la Commission indique des délais plus longs en cas de demandes nécessitant un temps de collecte des informations plus important.

En dernier lieu, en ce qui concerne l'annexe 1, dernière page du document, le MEDEF s'interroge sur l'exactitude du schéma : la colonne du centre, partie inférieure de la page, ne semble pas refléter correctement le déroulement des opérations dans le cas où les entreprises proposent spontanément des engagements.

## **B - Sur le document "Guidance on procedures of the Hearing Officers in proceedings relating to articles 101 et 102 TFUE"**

L'existence de ce document répond en partie au besoin de davantage de "transparence" exprimé par les entreprises françaises et leurs organisations professionnelles et à la demande générale que l'équilibre interne soit rendu plus visible de l'extérieur.

Compte tenu de l'importance du Conseiller-auditeur, le MEDEF souhaiterait qu'une véritable réforme soit réalisée permettant d'accroître son rôle et son indépendance. Il faudrait à cet effet :

- **rompre le lien entre le Conseiller-auditeur et la Direction générale de la concurrence (§ 9).** Il pourrait alors être rattaché soit à la Présidence soit au Commissaire en charge de la concurrence.
- **accroître son rôle** à deux stades:
  - En cours de procédure en organisant deux véritables auditions devant le conseiller auditeur : une première sur la qualification des faits, une seconde sur la détermination de la sanction.
  - Au stade de la prise de décision en lui permettant de présenter le projet de décision au collège des Commissaires.

- **augmenter ses moyens** (nombre de Conseillers-auditeurs et ressources) au vu de l'importance grandissante de son rôle.

Par ailleurs, il convient de souligner l'ambiguïté du texte proposé par la Commission. A titre d'exemple, on observe un contraste frappant entre d'une part la phrase : *the Hearing Officers do not, however, monitor the handling of competition cases by DG Competition, nor are they responsible for ensuring the respect of the principle of sound administration* (§ 8, page 5) et, d'autre part, l'étendue de leurs pouvoirs généralement discrétionnaires en matière de gestion de la confidentialité (§ 22, 36, 54) et de conduite des audiences (§ 39, 42, 44, 50, etc.) ainsi que leur intervention au fond (rapport au Commissaire, § 62).

Dans le cas où la Commission adopte une décision d'engagements, le document indique (§ 68) que le Conseiller-auditeur établit un rapport final dans lequel il mentionne que les parties ont proposé ces engagements en toute connaissance de cause. Bien que cette mention paraisse en elle-même protectrice pour les entreprises, nous avons été alertés de pratiques d'agents de la Commission consistant à demander aux parties par retour de mail de confirmer cet état de fait, ce qui paraît excessif et dénué de toute base légale.

Enfin, il serait judicieux que la Commission rappelle l'existence et les fonctions de l'Ombudsman (ou médiateur européen), qui contribue au développement de la démocratie et au renforcement de l'État de droit en agissant en toute indépendance et impartialité et dont le rôle consiste notamment à veiller à la bonne administration des institutions européennes.

### **C - Sur le document “Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 et 102 TFUE”**

Le document présenté par la Commission constitue un ensemble de recommandations appréciable pour les entreprises. D'une manière générale, le document traitant davantage de l'analyse des données économiques recueillies, le MEDEF propose de modifier son titre en conséquence de sorte que le titre suivant soit retenu : « *Best Practices for the submission of economic evidence, data collection and data analysis in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases* ».

Le MEDEF souhaiterait néanmoins que soit soulignée l'importance de soumettre l'équipe du *Chief Economist*, lorsqu'elle produit des éléments économiques à l'appui des études de la DG Concurrence, à la même rigueur que celle qui est imposée aux entreprises parties à la procédure.

Lorsque la Commission demande des informations économiques à l'entreprise, il est important de rappeler que la collecte de données constitue une charge importante, l'entreprise devant souvent recueillir des informations dispersées dans différents services. Par ailleurs, les agrégats utilisés par la Commission ne correspondant souvent pas à ceux qu'utilisent les entreprises dans la vie courante, le travail de reformatage représente un coût très important à prendre en compte. La collecte d'informations ne doit être utilisée que dans les cas où elle est vraiment nécessaire.

Le MEDEF souhaiterait rappeler, en faisant référence aux paragraphes 22 et 23, que toute collecte de données, lorsqu'elle concerne ou s'adresse directement à des entreprises situées dans des pays différents, doit être précédée d'une réflexion préalable sur la définition exacte du champ et du contenu des variables recueillies. En effet, le contenu des variables économiques retenues et leurs modes de calcul diffèrent très souvent d'un pays à l'autre, même celles qui font l'objet d'une standardisation comptable ou statistique poussée au niveau européen (valeur ajoutée, marge des entreprises, dépenses de R&D<sup>1</sup>). Par conséquent, l'absence d'une harmonisation préalable des champs et des définitions des variables retenues ne peut

---

<sup>1</sup> Variables mentionnées dans le point 14, page 5.

qu'enlever toute pertinence à un exercice de comparaison et d'interprétation objective des données ainsi recueillies.

Enfin, la Commission indique au paragraphe 70 : « *However, the Commission is not limited to request only data that is readily available to the parties* ». Cette mention paraît totalement disproportionnée par rapport aux besoins de l'enquête. Le MEDEF souhaiterait que la phrase suivante soit ajoutée : « *Parties should not be obliged to provide the data requested.* »

## **II - Les points non abordés par les documents soumis à consultation.**

### **Les enquêtes sectorielles :**

Les enquêtes sectorielles représentent un coût très important aussi bien pour la Commission que pour les entreprises. Il est essentiel qu'elle ne soient lancées que sur la base d'éléments précis. Par ailleurs, force est de constater en pratique que les entreprises soumises aux enquêtes sectorielles, sont contraintes de répondre à l'exigence excessive de la Commission de présenter des documents sous une forme déterminée.

### **Le caractère contradictoire du débat :**

Le MEDEF aurait souhaité que la Commission mette également l'accent sur l'importance d'un débat contradictoire entre la Commission et les parties à la procédure et le respect des droits de la défense au stade crucial de la prise de décision. Dans cette perspective, il suggère que les projets de décision soient transmis pour avis aux parties qui doivent avoir l'opportunité de faire valoir leurs observations sur le principe de la sanction, son quantum et d'apporter les éléments nécessaires, économiques notamment, à la prise de décision. Il est indispensable que l'instruction se fasse à charge et à décharge. A l'issue de l'audience, sur la détermination de la sanction, un rapport indiquant les bases prévisionnelles du calcul de l'amende devrait être transmis aux parties.

Dans un souci de transparence, le MEDEF propose que la Commission fixe un calendrier prévisionnel de procédure au moins au stade de la Communication des griefs.

### **La présomption de responsabilité de la société-mère :**

A l'heure actuelle, la présomption de responsabilité de la société-mère est quasiment irréfragable. Le MEDEF souhaiterait que les entreprises puisse disposer de lignes directrices indiquant les critères que la Commission pourrait accepter afin de démontrer l'autonomie de la filiale ; elles préciseraient notamment les conditions dans lesquelles la mise en jeu de la responsabilité de la maison-mère pourrait être engagée et comment la présomption de responsabilité pourrait être renversée.

### **Les programmes de conformité :**

Les parties à la procédure doivent pouvoir avoir la possibilité de présenter leurs efforts en matière de conformité et que ces derniers soient valorisés par la Commission européenne au titre de circonstance atténuante, à condition bien entendu que les entreprises démontrent leur effectivité. Ceci permettrait d'encourager les entreprises à mettre en place de tels programmes, qui sont déterminants pour la bonne application du droit de la concurrence.