



Concurrences

Revue des droits de la concurrence

La preuve en matière de cartels : Etat des lieux et perspectives

Doctrines | Concurrences N° 4-2011 – pp. 51-64

Jacques BUHART

jbuhart@mwe.com

| *Avocat aux barreaux de Paris et Bruxelles, McDermott Will & Emery*

Romain MAULIN

romain.maulin@allenoververy.com

| *Avocat au barreau de Paris, Allen & Overy*

Jacques BUHART
jbuhart@mwe.com

Avocat aux barreaux de Paris et Bruxelles,
McDermott Will & Emery

Romain MAULIN
romain.maulin@allenoverly.com

Avocat au barreau de Paris,
Allen & Overy

Abstract

In order to deal with the increasing difficulties of gathering evidence, the European Commission has started to rely more and more on oral evidence to substantiate its cases, in particular with regard to the existence of cartels. This trend, combined with the current deficiencies of the European Commission's enforcement procedure, may lead to a decrease in the quality of evidence relied upon in a case, thus affecting the parties' rights of defence. In this context, certain changes in the European Commission's enforcement procedure may be appropriate.

Face aux difficultés croissantes qu'elle rencontre en matière de collecte de preuves, la Commission recourt, de manière de plus en plus systématique, aux preuves orales au détriment des preuves écrites pour établir l'existence d'une infraction aux règles de concurrence, et en particulier d'un cartel. Cette évolution, conjuguée aux limites actuelles de la procédure administrative devant la Commission, pourrait conduire à un abaissement du niveau de la preuve préjudiciable aux entreprises en cause. Dans ces conditions, certaines évolutions de la procédure administrative nous semblent nécessaires.

La preuve en matière de cartels : Etat des lieux et perspectives

Introduction

1. Cet article, dont le champ se limite aux seules procédures en matière de cartels¹, a pour objet de suggérer certaines pistes de réflexion afin d'améliorer la qualité des preuves utilisées par les autorités de concurrence et en particulier par la Commission européenne (ci-après la "Commission") pour établir une infraction au titre de l'article 101 du TFUE. Du propre aveu de la Commission, la détection des infractions aux règles de concurrence devient de plus en plus délicate². Face à l'augmentation substantielle des amendes infligées par la Commission, les entreprises se défendent plus vigoureusement et la Commission doit faire appel à des méthodes de recherche modernes, notamment sur les disques durs, les réseaux informatiques et les *e-mails*, lesquelles ne font, le plus souvent, émerger que des indices³.

2. Ces indices sont parfois insuffisants pour permettre à la Commission, à qui incombe la charge de la preuve d'une violation des règles de concurrence⁴, de "rapporter la preuve des infractions qu'elle constate et établir les éléments de preuve propres à démontrer, à suffisance de droit, l'existence des faits constitutifs d'une infraction"⁵. En droit de la concurrence, la constatation d'une infraction aux articles L. 420-1 du Code de commerce ou 101 TFUE du traité suppose la démonstration d'un accord de volontés qui se manifeste, comme il est défini à l'article L. 420-1 du Code de commerce – notamment car la liste n'est pas limitative – sous forme d'"actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions", ou encore, selon la terminologie communautaire d'"accords entre entreprises", de "décisions d'associations d'entreprises" et de "pratiques concertées". Ainsi la caractérisation d'un cartel et plus généralement d'une entente anticoncurrentielle suppose la réunion de trois éléments : (i) un élément subjectif correspondant au concours de volontés entre entreprises, (ii) un élément matériel : le concours de

1 La question de la "preuve inverse", c'est-à-dire de la justification des pratiques par le progrès économique au titre de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE, ou encore de la preuve en matière de contrôle des concentrations ne seront pas abordées dans cet article.

2 Règlement CE 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (ci-après le "Règlement n° 1/2003"), considérant 25. Sur ce point, voir également les conclusions présentées le 12 septembre 2006 par l'avocat général M. L. A. Geelhoed dans l'affaire C-411/04 P, § 52 : "L'administration de la preuve dans les affaires de concurrence se caractérise par des problèmes particuliers, que la Cour a récemment à nouveau résumés dans l'arrêt *Aalborg-Portland e.a./Commission* :

les activités que comportent les pratiques et accords anticoncurrentiels se déroulent normalement de manière clandestine, les réunions se tiennent secrètement, le plus souvent dans un pays tiers, et la documentation y afférente est réduite au minimum ;

même les rares pièces attestant de manière explicite une prise de contact illégitime entre des opérateurs sont normalement fragmentaires et éparses ;

dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de la concurrence" (...).

3 Nathalie Jalabert-Doury, "Les déclarations en droit de la concurrence : la preuve d'infractions peut-elle se satisfaire de "certitudes probables"?", *Concurrances* n° 2-2005, § 3, p. 41.

4 CJUE, arrêts du 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe c/ Commission*, aff. C-185/95, § 58 et du 8 juillet 1999, *Commission c/ Anic Participazioni*, aff. C-49/92 P, § 86. Règlement n° 1/2003, article 2 : "Dans toutes les procédures nationales et communautaires d'application des articles 81 et 82 du traité, la charge de la preuve d'une violation de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 du traité incombe à la partie ou à l'autorité qui l'allègue (...)". Ce principe est également affirmé au considérant 5 du Règlement n° 1/2003.

5 TPIUE, arrêt du 8 juillet 2004, *JFE Engineering c/ Commission*, aff. T-67/00, § 173.

volontés doit avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel et (iii) un lien de causalité entre les deux éléments⁶.

3. La question de la preuve d'une infraction est d'autant plus importante que s'il subsiste un doute sur la matérialité de l'infraction, celui-ci doit, en application des principes de la présomption d'innocence et *in dubio pro reo*, profiter à l'entreprise en cause⁷.

4. Afin d'être en mesure de démontrer de manière suffisante l'existence d'infractions aux règles de concurrence, les autorités de concurrence se sont progressivement dotées de programmes de clémence incitant les entreprises ayant participé à une infraction à fournir, en échange d'une exonération totale ou partielle d'amende, des éléments de preuve⁸. Dans le cadre de ces programmes, en l'absence de preuve écrite, les dirigeants des entreprises sont, sans pour autant risquer de quelconques sanctions en cas de fausses déclarations, de plus en plus souvent amenés à fournir à la Commission des déclarations orales dont la valeur probante est déterminée par des principes jurisprudentiels. Par ailleurs, suite à l'adoption du Règlement n° 1/2003, la Commission dispose désormais de la possibilité de recueillir, sous réserve de leur accord, les déclarations orales de toute personne qu'elle estime nécessaire d'auditionner.

5. À l'aune de ces évolutions, il est permis de se demander si le régime de la preuve en droit communautaire n'est pas en train de se rapprocher, ou à tout le moins de s'inspirer, du système américain où les témoignages et contre-interrogatoires ("*cross-examination*") constituent désormais l'essentiel des preuves sur lesquelles s'appuie le *Department of Justice* pour poursuivre et sanctionner les cartels, et où les preuves écrites, naguère modes de preuve quasi-exclusifs, ne jouent qu'un rôle accessoire.

6. Ces évolutions, conjuguées au caractère *sui generis* que revêt la procédure devant les autorités de concurrence, et à tout le moins devant la Commission et l'Autorité française de la concurrence (ci-après l'"Autorité"), ont permis à ces dernières de s'abstraire, dans une certaine mesure, des exigences posées par le droit pénal, en particulier en ce qui concerne la nature ou encore la qualité des éléments de preuve permettant de démontrer l'existence d'une infraction et, partant, de justifier l'imposition d'une sanction.

7. Dans le même temps, les entreprises ont parfois l'impression d'être confrontées à des autorités de concurrence dotées de moyens d'inspection importants et caractérisant, parfois au moyen de preuves peu convaincantes ou à tout le moins contestables, une infraction aux règles de concurrence.

6 Autorité, étude thématique du rapport annuel 2006, *La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente*, p. 78.

7 CJUE, arrêt du 8 juillet 1999, *Montecatini c/ Commission*, aff. C-235/92 P, § 176 et TPIUE, arrêt du 5 avril 2006, *Degussa c/ Commission*, aff. T-279/02, § 115, TPIUE, arrêt du 12 juillet 2011, *Toshiba c/ Commission*, aff. T-113/07, §79. Le principe de la présomption d'innocence est également garanti par l'article 48 paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

8 Selon la Commission, près de 75 % des affaires de cartel traitées par elle font suite à une demande de clémence, (source : rapport de la Commission sur la politique de concurrence 2009, § 100).

8. Presque dix ans après l'entrée en vigueur du Règlement n° 1/2003 et dans l'attente des résultats de la réflexion engagée par le Commissaire Almunia sur les ajustements à apporter à la procédure administrative d'enquête et de sanction des cartels, il nous semble important de montrer en quoi la pratique décisionnelle de la Commission en matière de cartels a, au cours des dernières années, évolué en reconnaissant un rôle de plus en plus important à la preuve orale (I) et d'analyser les limites du système actuel, de nature à conduire à un abaissement du niveau de la preuve, ainsi que les éventuelles possibilités d'évolution (II).

I. Évolution de la pratique de la Commission : De la preuve écrite à la preuve orale

Si les textes d'incriminations et plus généralement les règles et principes applicables à la preuve en matière de cartels (articles 101 TFUE et L. 420-1 du Code de commerce) sont restés inchangés (1.), la pratique décisionnelle de la Commission, en raison de l'introduction des programmes de clémence, a évolué vers un recours de plus en plus systématique à la preuve orale (2.).

1. Permanence des règles et principes applicables à la preuve en matière de cartels

1.1. Laconisme des textes communautaires et internes

9. Au niveau communautaire, et de manière quelque peu surprenante, aucun texte n'énonce le standard de la preuve, les modes de preuve admissibles et *a fortiori* la hiérarchie entre ceux-ci⁹.

10. Si le Règlement n° 1/2003 prévoit une règle précise d'allocation de la charge de la preuve, il n'apporte aucune précision au sujet du niveau de la preuve ("*standard of proof*") requis pour que la Commission puisse établir une violation du droit de la concurrence. Il est par ailleurs prévu que les dispositions du Règlement n° 1/2003 ne portent atteinte "*ni aux règles nationales sur le niveau de preuve requis ni à l'obligation qu'ont les autorités de concurrences et les juridictions des États membres d'établir les faits pertinents d'une affaire*"¹⁰. Cette position paraît en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour laquelle le régime de la preuve relève, en principe, de la seule compétence de droit interne¹¹.

9 Nathalie Jalabert-Doury, "Les déclarations en droit de la concurrence : La preuve d'infractions peut-elle se déduire de «certitudes probables» ?", *Concurrences* n° 2-2005, § 16, p. 43.

10 Règlement n° 1/2003, considérant 5. Sur ce point voir également, Laurence Idot, *Droit communautaire de la concurrence – Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, 2004, p. 20, § 22, note de bas de page 74.

11 Rapport de M. Bargue, conseiller rapporteur, Cass. com. *Philips France, Sony France*. Références aux arrêts CEDH 12 juillet 1988, *Schenk c/ Suisse* série A, n° 140 et 25 mars 1999, *Pelissier et Sassi c/ France*.

11. De la même façon, il n'existe en droit français aucun texte réglementant spécifiquement la preuve devant l'Autorité¹². Cela ressort très clairement de l'avis rendu par l'avocat général Cécile Petit dans l'affaire *Philips France et Sony France* : «*Si la procédure devant le Conseil est régie de façon minutieuse aux articles R. 420-1 à R. 470-4 du Code de commerce, il n'existe aucun texte traitant de la preuve devant lui, à l'exception de l'article L. 462-8 du même Code qui dispose «il peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants»*»¹³.

1.2. Existence de principes jurisprudentiels pouvant donner lieu à interprétation

12. Devant la laconisme des textes, la jurisprudence a été amenée à dégager des principes généraux imposant aux autorités de concurrence «*un haut niveau d'exigences en matière de preuves*» compte tenu de la nature pénale ou quasi pénale des procédures de concurrence, désormais largement reconnue¹⁴. M. Bo Vesterdorf, officiant alors en tant qu'avocat général, l'a dit de manière remarquable dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Rhône-Poulenc* : «*le fait que les affaires de concurrence de ce type [cartels] sont en réalité de nature pénale suggèrent naturellement qu'un standard de preuve élevé est requis*»¹⁵.

a) La libre administration de la preuve

13. Selon le juge communautaire «*le principe qui prévaut en droit communautaire de la concurrence est celui de la libre administration des preuves et (...) le seul critère pertinent pour apprécier les preuves produites réside dans leur crédibilité*»¹⁶. Le droit communautaire s'oppose en cela au système de la preuve légale qui confie au législateur le soin d'apprécier la valeur respective des preuves.

14. Le juge communautaire considère traditionnellement que «*la valeur probante d'un document dépend de son origine, des circonstances de son élaboration, de son destinataire et de son contenu*»¹⁷ et que «*le seul critère pertinent pour apprécier les preuves produites réside dans leur crédibilité*»¹⁸. L'une des conséquences de cette approche pragmatique est que le juge communautaire accepte qu'un document d'origine anonyme

puisse être produit dans le cadre d'une procédure de cartels et s'incorpore éventuellement au faisceau d'indices permettant d'établir une infraction¹⁹. Il est par ailleurs envisageable que la Commission ou l'Autorité puissent décider d'ouvrir une procédure d'enquête sur la seule base d'un document d'origine anonyme puisqu'elles disposent toutes deux d'un pouvoir d'initiative.

15. En ce qui concerne les documents obtenus de manière déloyale, le juge communautaire, contrairement au juge français²⁰, n'a jusqu'à présent jamais eu l'occasion de se prononcer sur leur éventuelle irrecevabilité. La Commission adopte, quant à elle, une position rigoureuse et, selon nous, conforme aux principes du procès équitable, à l'égard des preuves obtenues de façon déloyale. Ainsi, dans sa décision *Association néerlandaise des grossistes en matériel électrotechnique*, la Commission a reconnu que le plaignant (CEF) lui avait fait parvenir certains enregistrements et transcriptions de conversations téléphoniques que ce dernier avait eues avec certaines entreprises et réalisés à leur insu. Après avoir indiqué qu'«*elle aurait dès lors dû les retourner directement à CEF, ce qui n'a été fait que quelques temps plus tard*», la Commission a précisé que «*ces enregistrements n'ont joué aucun rôle dans la procédure et n'ont en aucune façon influencé la présente décision*»²¹.

b) Le standard de la preuve

16. Un standard de preuve indique jusqu'à quel point il faut prouver²². L'on cherchera en vain des précisions sur le standard de la preuve applicable aux affaires de concurrence dans les textes communautaires²³. La notion de «niveau de preuve» («*standard of proof*» dans la version anglaise des arrêts) n'a par ailleurs que récemment fait son apparition dans les arrêts de la CJUE²⁴ et n'est parfois évoquée que dans la partie des arrêts du TPIUE exposant les arguments présentés par les parties au soutien de leurs recours²⁵.

17. Le juge communautaire considère qu'un fait doit être prouvé à «*suffisance de droit*»²⁶ («*to the requisite legal standard*» dans la version anglaise des arrêts), sans pour

12 Avis de l'avocat général Cécile Petit sous l'arrêt cour de cassation du 7 janvier 2011 *Philips France et Sony France*, disponible à l'adresse suivante : https://listes.cru.fr/sympa/d_read/creda-concurrence/cass/AssPlen/avispetit7janv2011-1.pdf.

13 Avis de l'avocat général Cécile Petit, *ibid.*, p. 20.

14 Nathalie Jalabert-Doury, *ibid.*, § 16, p. 43.

15 Conclusions de l'avocat général Bo Vesterdorf présentées le 10 juillet 1991 dans l'affaire T-1/89, *Rhône-Poulenc c/ Commission*, traduction libre du paragraphe suivant : «*Considerable importance must be attached to the fact that competition cases of this kind [cartels] are in reality of a penal nature, which naturally suggests that a high standard of proof is required*».

16 CJUE, arrêt du 25 janvier 2007, *Salzgitter Mannesmann GmbH c/ Commission*, aff. C-411/04 P, § 45.

17 Conclusions présentées par l'avocat général Bo Vesterdorf dans l'affaire T-1/89, (*Rhône-Poulenc c/ Commission*). TPIUE, arrêts du 15 mars 2000, *SA Cimenterie CBR e.a c/ Commission*, aff. jointes T-25/95 e.a., § 1053 ; du 24 octobre 1991, *Atochem c/ Commission*, aff. T-3/89, § 31 à 38, et du 11 mars 1999, *Empresa Nacional Siderúrgica c/ Commission*, aff. T-157/94, § 312.

18 CJUE, arrêt du 25 janvier 2007, aff. C-407/04, *Dalmine*, § 63.

19 CJUE, arrêt du 25 janvier 2007, *prec.*, § 47.

20 Cour de cassation, arrêt n° 587 du 7 janvier 2011, pourvois n° 09-14.316 et 09-14.667, *Philips France et Sony France c. Ministre de l'Économie*.

21 Commission, 26 octobre 1999, aff. IV/33.384, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied und Technische Unie*, § 32.

22 Anne-Lise Sibony, Eric Barbier de La Serre, «*Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective*», *RTDE*, avril-juin 2007, § 28, p. 226.

23 Anne-Lise Sibony, Eric Barbier de La Serre, *ibid.*, § 29, p. 227.

24 CJUE, arrêts du 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval*, aff. C-12/03 P, § 37, 41 et 61 ; du 25 janvier 2007, *Sumitomo Metal Industries c/ Commission*, aff. jointes C-403/04 P et C-405/04 P ; du 10 juillet 2008, *Bertelsmann AG and Sony c/ Impala*, aff. C-413/06 P et du 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services c/ Commission*, aff. jointes C-501/06 P e.a..

25 Eric Gippini-Fournier, *The elusive standard of proof in EU competition cases*, 2009, page 5, disponible à l'adresse suivante : www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1433744.

26 Voir notamment CJUE, arrêt du 8 juillet 1999, *Anic Partecipazioni*, aff. C-49/92 P.

autant préciser ce que recouvre cette notion²⁷. Dans les affaires de cartels, le juge communautaire et la Commission se fondent généralement sur un “*syllogisme de la preuve*” qui peut schématiquement être résumé de la façon suivante : i) vous avez assisté à une réunion, ii) à la suite de celle-ci, votre comportement sur le marché a été identique à celui des autres participants à cette réunion, (iii) vous n’avez offert aucune autre explication crédible de ce parallélisme de comportements, (iv) nous considérons donc que l’infraction est établie²⁸. La Commission, ou l’autorité de concurrence compétente, peut même se dispenser de la démonstration d’un parallélisme de comportements lorsqu’elle estime que les pratiques concertées en cause sont, de par leur objet, anticoncurrentielles²⁹.

18. D’un point de vue qualitatif, le juge communautaire a identifié certains éléments permettant de déterminer si le standard de preuve a été respecté. Ainsi, la preuve doit être “*suffisamment précise*”, “*logique*” ou encore “*convaincante*”³⁰. Dans une autre ligne d’arrêts, le juge communautaire a jugé qu’il était nécessaire que “*la Commission fasse état de preuves précises et concordantes pour fonder la ferme conviction que l’infraction a été commise*”³¹.

19. Dans les cas où la Commission poursuit et sanctionne une entreprise sans avoir satisfait ce standard de preuve, sa décision encourt l’annulation³². Le juge communautaire a par exemple considéré dans l’affaire *Laminés de zinc* que “*l’envoi d’un télex, (...) qui concerne la réduction des prix sur le marché allemand n’est pas, à lui seul, de nature à donner des indications permettant de signaler l’existence d’une pratique concertée*”³³ et que la décision de la Commission devait donc être annulée³⁴.

20. L’existence d’un tel standard de preuve n’exclut nullement que la preuve d’une infraction puisse être inférée d’un certain nombre de “*coïncidences et d’indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l’absence d’une autre explication cohérente, la preuve d’une violation des règles de concurrence*”³⁵.

27 Christopher Bellamy, contribution à la table ronde organisée par l’OCDE sur le thème “*Judicial enforcement of competition law*”, 1996, page 105, disponible à l’adresse suivante : www.oecd.org/dataoecd/34/41/1919985.pdf .

28 Christopher Bellamy, *ibid.*, 1996, page 106.

29 Parmi une littérature abondante voir en particulier l’étude thématique de l’Autorité “*Objet, effet et intention anticoncurrentiels*”, p. 55 à 78 du *Rapport annuel 2003* et Laurence Idot “*Le retour de l’objet anticoncurrentiel...*”, *Concurrences* n° 4-2009, p. 1-2.

30 James S. Venit, *Human All Too Human : the gathering and assessment of evidence and the appropriate standard of proof and judicial review in Commission proceedings applying articles 81 and 82*, p. 61, accessible à l’adresse suivante : www.eui.eu/Documents/RSCAS/.../2009/2009-COMPETITION-Venit.pdf .

31 TPIUE, arrêts du 25 octobre 2005, aff. T-38/02, *Groupe Danone*, § 217, et du 6 juillet 2000, aff. T-62/98, *Volkswagen AG c. Commission*, § 43 et 72.

32 OCDE, Policy roundtables, *Prosecuting cartels without direct evidence*, contribution de la Commission, p. 114, disponible à l’adresse suivante : www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf.

33 CJUE, arrêt du 28 mars 1984, *Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH c. Commission*, aff. 29/83 et 30/83, § 19.

34 CJUE, 28 mars 1984, *ibid.*, § 21.

35 TPIUE, arrêt du 8 juillet 2008, *BPB c/Commission*, aff. T-53/03, § 63.

21. D’un point de vue quantitatif, aucun principe de droit communautaire ne s’oppose à ce que la Commission se fonde sur une seule pièce, pour conclure à l’existence d’une infraction. Dans un tel cas, la valeur probante de cette pièce, parfois appelée “*smoking gun*”³⁶ dans la mesure où tout ou partie de l’accord anticoncurrentiel et de ses participants y apparaît, ne devra pas faire de doute et celle-ci devra, à elle seule et de manière certaine, attester l’existence de l’infraction en question³⁷. La valeur probante attachée à un élément de preuve dépend bien évidemment des particularités de l’affaire et des caractéristiques que revêt cet élément de preuve.

22. Dans ces conditions, il est tout de même très peu probable qu’une autorité de concurrence décide de poursuivre et de condamner une entreprise sur la seule base de preuves indirectes³⁸.

c) Distinction entre preuves directes et preuves indirectes

23. Afin de prouver la matérialité d’une infraction aux règles de concurrence, la Commission peut se fonder tant sur des preuves directes que des preuves indirectes. En l’absence de définition précise de ces deux notions, il est parfois difficile d’opérer une distinction claire entre elles³⁹.

24. Une preuve directe peut être orale ou écrite et a pour caractéristique principale de permettre à l’autorité de concurrence de démontrer que certaines entreprises ont conclu un accord ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel⁴⁰. Il peut s’agir de procès-verbaux de participation à des réunions, télex et notes diverses mais encore de déclarations écrites ou orales faites par des participants à une infraction au soutien de leur demande de clémence⁴¹ (“*corporate statement*”).

25. Toutefois, en raison de la prise de conscience croissante des milieux d’affaires européens de la portée du droit de la concurrence et des risques de sanctions pécuniaires, les preuves directes à la disposition des autorités de concurrence

36 OCDE, Policy roundtables, *Prosecuting cartels without direct evidence*, contribution de la Commission, p. 114.

37 TPIUE, arrêt du 15 mars 2000, *SA Cimenterie CBR e.a c/ Commission*, aff. jointes T-25/95 e.a., § 1838.

38 À cet égard, il n’est pas inutile de rappeler que la seule décision de sanction de la Commission fondée exclusivement sur des preuves indirectes (en l’occurrence des preuves économiques) a été annulée par le juge communautaire : CJUE, arrêt du 31 mars 1993, aff. C-89/95, *A. Ahlström Osakeyhtiö e.a c. Commission* (“*Pâtes de Bois*”). Sur ce point, voir également OCDE, Policy roundtables, *Prosecuting cartels without direct evidence*, contribution de la Commission, p. 116, note de bas de page 30.

39 OCDE, Policy roundtables, *Prosecuting cartels without direct evidence*, 2006, contribution de la Commission, p. 114.

40 OCDE, Policy roundtables, *Prosecuting cartels without direct evidence*, 2006, contribution de la Commission, p. 114.

41 Marie-Chantal Boutard Labarde, Guy Canivet (et alii), *L’application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008, p. 86, § 82.

sont de plus en plus rares⁴². Dans ces conditions, afin de ne pas faire peser sur la Commission une charge “impossible” de la preuve, il a été admis qu’elle puisse prouver, dans une certaine mesure, ses allégations en recourant à des présomptions⁴³. Le juge communautaire a ainsi validé le recours aux preuves indirectes⁴⁴, qui permettent de corroborer l’existence d’un cartel sur la base de déductions ou d’analyses économiques. Cela a notamment été le cas dans le cadre de l’affaire *Pâtes de bois* pour laquelle la Cour a désigné deux experts économistes chargés de déterminer si l’analyse de la Commission quant au parallélisme de comportements était correcte⁴⁵.

26. En France, l’Autorité utilise régulièrement en matière de cartels la technique du “*faisceau d’indices graves, précis et concordants*”⁴⁶. Ainsi, dans sa décision sur le cartel des fabricants de contreplaqué, l’Autorité a par exemple considéré que les éléments fournis par le demandeur de clémence et corroborés par les déclarations des responsables des autres sociétés en cause constituaient un “*faisceau d’indices précis, graves et concordants de l’existence d’une concertation*”⁴⁷.

27. Le juge communautaire accepte, quant à lui, de se fonder sur des preuves par ouï-dire («*hearsay*»). Cette question a notamment été débattue dans le récent arrêt *Toshiba*⁴⁸, dans lequel le requérant soutenait qu’un témoignage, utilisé par la Commission pour démontrer l’existence d’une concertation, devait être écarté dans la mesure où il émanait d’une personne qui n’avait pas personnellement assisté à la réunion au cours de laquelle cette concertation avait été mise en place. Le juge communautaire, après avoir relevé que cette personne avait confirmé à l’occasion de son témoignage ne pas avoir été présente lors de la conclusion de l’arrangement commun⁴⁹,

a quant à lui considéré qu’«*un témoin peut parfaitement apporter la preuve d’un phénomène durable même s’il n’a pas assisté à son commencement*»⁵⁰ et que, partant, ce témoignage constituait un indice de l’existence de l’arrangement commun⁵¹. Cette approche peut sembler problématique en termes de droits de la défense.

28. Par ailleurs, il convient d’indiquer qu’en raison des difficultés rencontrées par la Commission dans la collecte de preuves suffisantes d’un cartel, le juge communautaire admet que cette dernière se fonde davantage sur la concordance des indices que sur la valeur de chacun d’eux pris individuellement⁵². Le juge communautaire considère en effet que “*chacune des preuves apportées par la Commission ne doit pas nécessairement répondre à ces critères [tenant à leur caractère précis et concordant] par rapport à chaque élément de l’infraction. Il suffit que le faisceau d’indices invoqué par l’institution, apprécié globalement, réponde à cette exigence*”⁵³. Le fait de procéder à une analyse globale des éléments de preuve permet à l’autorité de concurrence de ne pas avoir à interpréter chacun d’eux, lesquels peuvent parfois s’avérer peu clairs voire contradictoires.

1.2. L’importance croissante de la preuve testimoniale

La Commission dispose d’importants pouvoirs en matière de recherche de la preuve d’une infraction lui permettant de collecter des preuves documentaires des infractions au droit de la concurrence. Le renouvellement de ses pouvoirs dans le cadre du Règlement n° 1/2003 et en particulier la possibilité de recueillir des déclarations orales (a) ainsi que le succès de son programme de clémence (b) nous semblent de nature à relativiser le principe, jusqu’alors admis en jurisprudence, selon lequel la preuve testimoniale n’avait qu’un rôle marginal en matière de procédures de cartels (c). Tout au contraire, ces moyens d’investigations semblent faire la part belle aux preuves testimoniales.

a) Le rôle *a priori* marginal de la preuve testimoniale

29. En droit de la concurrence, la preuve est avant tout écrite⁵⁴ et cela indépendamment du fait qu’aucun texte ne le prévoit. Le juge communautaire considère que la preuve testimoniale, notamment suite à l’introduction du Règlement n° 1/2003, est secondaire et que les preuves documentaires sont, quant à elles, déterminantes⁵⁵.

30. Il nous semble toutefois que cette situation, qui pouvait se justifier avant l’entrée en vigueur du Règlement n° 1/2003, pourrait être appelée à évoluer. Le fait que la Commission ait

42 OCDE, Policy roundtables, *Prosecuting cartels without direct evidence*, 2006, contribution de la France, page 119, et TPIUE, arrêt du 8 juillet 2008, aff. T-53/03, *BPB / Commission*, § 63 : “*Or, il est usuel, dans le cadre de pratiques et d’accords anticoncurrentiels, que les activités se déroulent de manière clandestine, que les réunions se tiennent secrètement, et que la documentation s’y rapportant soit réduite au minimum*”. Sur ce point, voir également les récentes déclarations de Bruno Lasserre, président de l’Autorité : “*On saisissait encore il y a quelques années des carnets de moleskine dans lesquels étaient notés les rendez-vous avec les concurrents (...). Je pense qu’on n’arriverait plus aujourd’hui à réunir ces preuves. Les entreprises vont jusqu’à commander des pseudo-audits pour simuler des descentes d’inspecteurs de la concurrence afin de faire disparaître les éléments de preuve, notamment dans les messageries électroniques. Nos outils de perquisitions informatiques ne nous permettent pas toujours de rivaliser avec leur inventivité*”, interview accessible à l’adresse suivante : <http://www.liberation.fr/economie/01012328756-un-rapport-de-forces-inegal-contre-les-cartels>.

43 Valérie Fauré, *ibid.*, § 579, p. 378.

44 CJUE, arrêts du 14 juillet 1972, *ICI / Commission*, aff. 48-69, § 64 à 68, du 28 mars 1984, *CRAM et Rheinzink / Commission*, aff. jointes 29/83 et 30/83, § 16 à 20, et du 31 mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e.a. / Commission* (“*Pâtes de Bois*”), aff. jointes C-89/85 e.a., § 71.

45 CJUE, arrêt 31 mars 1993, *prec.*, § 31 : “*Par ordonnance du 25 novembre 1988, la Cour a décidé de procéder à une expertise sur le parallélisme des prix. Les experts qui en ont été chargés ont été désignés par ordonnance du 16 mars 1989. Il leur a été demandé si les documents utilisés par la Commission pour établir les tableaux 6 et 7 annexés à la décision permettaient de conclure au parallélisme des prix respectivement annoncés et de transaction*”.

46 OCDE, Policy roundtables, *Prosecuting cartels without direct evidence*, 2006, contribution de la France, p. 120.

47 Autorité, décision n° 08-D-12 du 21 mai 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production du contreplaqué, § 145.

48 TPIUE, arrêt du 12 juillet 2011, *Toshiba / Commission*, aff. T-113/07.

49 TPIUE, arrêt du 12 juillet 2011, *Toshiba / Commission*, aff. T-113/07, § 122.

50 TPIUE, arrêt du 12 juillet 2011, *Toshiba / Commission*, aff. T-113/07, § 122.

51 TPIUE, arrêt du 12 juillet 2011, *Toshiba / Commission*, aff. T-113/07, § 127.

52 Marie-Chantal Boutard Labarde, Guy Canivet (et *alii*), *ibid.*, p. 87, § 83.

53 TPIUE, arrêt du 8 juillet 2004, aff. T-78/00, *JFE Engineering / Commission*, § 180.

54 Nathalie Jalabert-Doury, *ibid.*, p. 41, § 1.

55 CJUE, arrêt du 25 janvier 2007, *Salzgitter*, aff. C-411/04 P, § 42.

désormais la possibilité d'interroger les personnes concernées par une enquête (sous réserve de leur accord) nous permet de penser que la preuve testimoniale pourrait être amenée à jouer un rôle plus important dans les procédures de cartels à l'avenir. À lire l'avocat général Geelhoed, dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Salzgitter*, il semble que tel ne serait pas le cas. Ce dernier estime en effet que “la faiblesse relative de ce pouvoir [tiré de l'article 19, paragraphe 1 du Règlement n° 1/2003] ressort du fait que la Commission ne peut sommer des personnes de témoigner ni les entendre sous serment ni infliger des amendes si les informations fournies sont erronées ou trompeuses”. Il considère dès lors que “la preuve testimoniale, si importante dans les procédures pénales nationales (...) ne peut jouer qu'un rôle très secondaire dans le cadre de l'enquête concernant les pratiques anticoncurrentielles et la répression de celles-ci”⁵⁶. Il en conclut que dans le cadre des procédures de sanctions de pratiques anticoncurrentielles “les documents écrits [doivent] jouer un rôle central dans l'administration de la preuve, quelque difficile que soit aussi leur collecte dans la pratique”⁵⁷.

b) La possibilité pour la Commission de recueillir des déclarations orales

31. L'adoption du Règlement n° 1/2003 avait pour objectif d'améliorer les pouvoirs d'enquête de la Commission. Suite à son adoption, la Commission dispose désormais de deux nouveaux moyens d'investigation : (i) la possibilité d'inspecter d'autres locaux que ceux de l'entreprise mise en cause (article 21) et (ii) la possibilité de recueillir des déclarations orales (article 19)⁵⁸.

32. Les personnes dont les déclarations peuvent être recueillies au titre de l'article 19 sont les représentants ou les membres du personnel de l'entreprise inspectée⁵⁹, ou toute personne physique ou morale, via leur représentant⁶⁰. Il peut également s'agir des demandeurs de clémence et des plaignants⁶¹. Dans la mesure où l'article 19, al. 2^{ème} dispose

que “Lorsque l'entretien prévu au paragraphe 1 est réalisé dans les locaux d'une entreprise”, il nous semble que cet entretien peut également se dérouler en dehors de tout “*dawn raid*”, dans les locaux de la Commission.

33. Cette mesure ayant été sévèrement critiquée par les entreprises et les praticiens lors de la consultation publique sur le projet de Règlement n° 1/2003, la version finale du Règlement a été modifiée sur ce point⁶². Alors qu'il était prévu à l'origine que la Commission puisse, à l'instar de ce que permet le système américain, interroger toute personne détenant des informations utiles, il est désormais expressément prévu à l'article 19, alinéa 1^{er} que la personne dont la Commission souhaite recueillir la déclaration doit accepter d’être interrogée”. De même, alors qu'il avait été envisagé que les personnes entendues seraient convoquées dans les locaux de la Commission, le lieu de l'audition n'est plus mentionné dans le texte.

34. L'entretien sera enregistré par un moyen quelconque⁶³. Une copie de l'enregistrement devra être remise à la personne entendue pour qu'elle puisse apporter dans un délai en principe de deux semaines⁶⁴ ses éventuelles corrections. Le règlement d'application du Règlement n° 1/2003 prévoit, en son article 3, al. 3^{ème} que “La Commission peut enregistrer sous toute forme les déclarations faites par les personnes interrogées”. Notons toutefois que bien que ni le Règlement n° 1/2003 ni son règlement d'application ne prévoient d'obligation d'enregistrer les déclarations des personnes entendues, en pratique la Commission rédige un procès-verbal des déclarations d'employés faites à l'occasion d'une inspection et la personne entendue le signe. À la différence de ce qui est prévu pour les réponses aux demandes de renseignements, le Règlement n° 1/2003 n'impose aucune sanction en cas de communication d'information trompeuse ou incomplète donnée à l'occasion d'une déclaration orale volontaire.

35. Certains commentateurs ont par ailleurs insisté sur le fait que le pouvoir de recueillir des déclarations devait être distingué de celui de demander “des explications sur des faits ou documents en rapport avec l'objet et le but de l'inspection” au titre de l'article 20, 2, e) du Règlement n° 1/2003, lequel doit être interprété de façon restrictive.

36. En effet, une interprétation extensive de cette disposition permettrait à la Commission de poser toute question en rapport avec l'objet et le but de l'inspection, et partant, de contourner les exigences et garanties prévues dans le cadre

56 CJUE, conclusions de l'avocat général M. L. A. Geelhoed présentées le 12 septembre 2006, dans l'affaire C-411/04 P, § 55.

57 CJUE, conclusions de l'avocat général M. L. A. Geelhoed présentées le 12 septembre 2006, dans l'affaire C-411/04 P, § 56.

58 Le régime applicable aux déclarations est défini à l'article 3 du Règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, (ci-après le “Règlement n° 773/2004”).

59 Lorsque la Commission recueille des explications sur des faits ou documents en rapport avec l'objet et le but de l'inspection, elle le fait sur la base de l'article 20(2), e) du Règlement n° 1/2003 qui dispose que les agents de la Commission ont la possibilité de “demander à tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise ou de l'association d'entreprises des explications sur des faits ou documents en rapport avec l'objet et le but de l'inspection et enregistrer ses réponses”.

60 Règlement n° 1/2003, article 19 : “Pouvoir de recueillir des déclarations - 1. Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement, la Commission peut interroger toute personne physique ou morale qui accepte d'être interrogée aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête. 2. Lorsque l'entretien prévu au paragraphe 1 est réalisé dans les locaux d'une entreprise, la Commission informe l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'entretien a lieu. Les agents de l'autorité de concurrence de l'État membre concerné peuvent, si celle-ci le demande, prêter assistance aux agents et aux autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour conduire l'entretien”.

61 Eric Gippini-Fournier, *The modernisation of European competition law: First experiences with Regulation 1/2003*, p. 58, disponible à l'adresse suivante : www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1139776.

62 Dans sa contribution, la Chambre internationale de commerce a observé qu'il serait souhaitable que la Commission informe la personne interrogée de ses droits, et notamment de celui de ne pas répondre. Le manque de clarté et l'insuffisance des règles encadrant le pouvoir de la Commission de recueillir des déclarations ont également été mentionnées dans d'autres contributions. Il a également été suggéré par certaines contributions que les personnes interrogées puissent être assistées d'un avocat et devaient être informées de la base légale et de l'objet de l'entretien. La représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne a, quant à elle, proposé que la copie de l'enregistrement de la déclaration ne soit pas uniquement mise à disposition de la personne interrogée mais lui soit communiquée. Sur ce point, voir également Laurence Idot, *ibid.*, p. 99, § 207.

63 Règlement n° 773/2004, article 3, al. 3^{ème} : “La Commission peut enregistrer sous toute forme les déclarations faites par les personnes interrogées”.

64 Règlement n° 773/2004, article 17, al. 3^{ème} : “Le délai visé à l'article 3, paragraphe 3, est d'au moins deux semaines (...)”.

des demandes de renseignements (article 18) et des auditions (article 19). Dans un souci de respect optimal des droits de la défense, il nous semble préférable que la Commission utilise de manière raisonnable la possibilité de demander des explications dans la mesure où la personne interrogée, à la différence de ce que prévoient les articles 18 et 19, n'aura ni la possibilité de bénéficier d'un délai pour élaborer sa réponse ni celle de refuser d'être interrogée⁶⁵.

37. Saisi d'une plainte introduite par Intel, le Médiateur européen a reconnu que bien que le juge communautaire ne se soit pas à ce jour prononcé sur le régime des déclarations faites au titre de l'article 19⁶⁶, la Commission, conformément à la lettre de cet article⁶⁷, disposait d'une marge discrétionnaire pour décider de recueillir des déclarations. Il a toutefois considéré que lorsque la Commission décide de réaliser des entretiens dans le but de recueillir des informations en relation avec une affaire en cours, ces entretiens doivent nécessairement être répertoriés comme des entretiens au titre de l'article 19⁶⁸, de sorte que les garanties prévues par cet article doivent être respectées. Il est également envisageable que le conseiller auditeur soit prochainement amené à se prononcer sur l'application que font les agents de la Commission des pouvoirs qu'ils tiennent en vertu du Règlement n° 1/2003 et en particulier de celui de recueillir des déclarations.

c) La fourniture d'éléments de preuve à l'appui d'une demande de clémence

38. Dans la mesure où la très grande majorité des affaires de cartels sont portées à la connaissance des autorités de concurrence suite à une demande de clémence, la qualité des preuves fournies à l'appui de la clémence revêt une importance de premier ordre. La communication relative à la clémence fournit certaines indications quant aux éléments de preuve que la Commission juge utiles ou encore comme apportant une valeur ajoutée par rapport à ceux déjà en sa possession⁶⁹. Elle indique notamment que *“la notion de valeur ajoutée vise la mesure dans laquelle les éléments de preuve fournis renforcent, par leur nature même et/ou leur niveau de précision, la capacité de la Commission d'établir l'existence de l'entente présumée”*. Elle précise sur ce point que *“les éléments de preuves écrits datant de la période à laquelle les faits se rapportent ont une valeur qualitative plus élevée que les éléments de preuve établis ultérieurement”* et que *“les éléments de preuves à charge se rattachant directement aux faits en question seront le plus souvent considérés comme qualitativement plus importants que*

ceux qui n'ont qu'un lien indirect avec ces derniers”. Dans la mesure où la communication sur la clémence ne fait aucune référence à la nature ou encore à la recevabilité de la preuve, il est permis d'en déduire que ces principes s'appliquent tant aux preuves écrites qu'aux preuves orales.

39. La communication sur la clémence précise également, dans une section *“Conditions requises pour bénéficier d'une immunité d'amendes”*, que l'entreprise candidate doit notamment *“fournir sans délai à la Commission tous les renseignements et éléments de preuve utiles au sujet de l'entente présumée qui viendraient en sa possession ou à sa disposition”* et *“s'abstenir de détruire, de falsifier ou de dissimuler des informations ou preuve utiles se rapportant à l'entente présumée”*⁷⁰. Selon un représentant de la Commission, ces dispositions limitent le risque qu'un candidat à la clémence fournisse des informations incorrectes ou incomplètes, dans la mesure où leur non respect est de nature à justifier un refus d'accorder la clémence⁷¹. Selon cette approche, les conditions à remplir pour obtenir la clémence seraient de nature à garantir l'authenticité des déclarations et documents soumis par les demandeurs⁷².

40. Les gains qu'une entreprise peut espérer retirer d'une procédure de clémence pourrait toutefois la conduire à maximiser certains aspects de l'infraction, ou à en noircir certains traits (notamment en ce qui concerne le rôle de leader de certaines entreprises ou la mise en œuvre effective des accords) afin d'apporter à l'autorité de concurrence une contribution ayant une valeur ajoutée importante lui permettant non seulement de réduire au maximum sa propre amende, mais aussi éventuellement de maximiser celles encourues par ses concurrents, d'où un certain conflit d'intérêts. Ce risque s'est récemment matérialisé en France dans le cadre de l'affaire du *GPL conditionné* dans laquelle la société Butagaz, a fourni à l'appui de sa demande de clémence (clémence de premier rang) des documents, et notamment des courriers électroniques, qui se sont avérés être des faux⁷³.

II. Limites du système actuel et évolutions souhaitables

41. L'une des insuffisances majeures de la procédure actuelle tient au fait que les parties en cause n'ont pas la possibilité d'interroger les personnes ayant fait des déclarations, et plus particulièrement les employés des autres entreprises en cause dont les déclarations servent pourtant de base à l'instruction et à la décision de sanction de la Commission. Cela nous paraît pouvoir être en contradiction avec l'article 6 (3) d de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit que *“tout accusé a droit notamment à interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation*

65 Mario Siragusa & Cesare Rizza, *EU Competition Law – cartels and horizontal agreements*, § 2.161, p. 176.

66 Médiateur européen, décision du 14 juillet 2009 concernant une plainte introduite par Intel contre la Commission, § 90.

67 Règlement n° 1/2003, article 19, al. 1^{er} : *“Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement, la Commission peut interroger toute personne physique ou morale qui accepte d'être interrogée aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête”*.

68 Médiateur européen, décision du 14 juillet 2009, *ibid.*, § 88. Sur ce point, voir également les observations présentées le 3 mars 2010 par le cabinet Van Bael & Bellis sur les *Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU*, § 13, p. 5.

69 Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, 8 décembre 2006, § 25.

70 Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes *ibid.*, § 12 (a), 1^{er} et 4^{ème} tirets.

71 Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes *ibid.*, § 30, alinéa 2^{ème}.

72 Eric Gippini-Fournier, *ibid.*, p. 58.

73 Autorité, décision 10-D-36 du 17 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du gaz de pétrole liquéfié (GPL) conditionné, § 16.

des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge”. Dès lors, la future adhésion de l’Union européenne à la CEDH pourrait rendre nécessaire une évolution sur ce point notamment.

1. Insuffisances de la procédure administrative actuelle : De la recherche de la vérité... à la recherche de l’infraction

42. Consciente des insuffisances de la situation actuelle, la Commission a récemment publié un document intitulé *Guidance on procedures of the Hearing Officers* dont une des préoccupations est de donner plus de place à la confrontation des points de vue sur les preuves fournies⁷⁴. La récente nomination de Wouter P.J. Wils au poste de conseiller auditeur pourrait, elle aussi, permettre une certaine amélioration de la situation et en particulier permettre que le *oral hearing* devienne plus encore un véritable lieu de confrontation des points de vue⁷⁵. Plus largement, le Commissaire Almunia a engagé une importante réflexion au sujet de la refonte des procédures antitrust⁷⁶. Cette réflexion pourrait notamment concerner la question de la preuve en matière de cartels.

1.1. L’existence de biais institutionnels

43. Un observateur avisé du fonctionnement de la Commission a identifié trois biais psychologiques inhérents à la nature humaine et fortement susceptibles de conditionner l’action des autorités de poursuite⁷⁷.

44. Le premier, le biais de confirmation, correspond à la tendance humaine à rechercher principalement les éléments de preuves confirmant ses croyances plutôt que celles qui les remettent en question⁷⁸. Ainsi, les autorités de poursuite auraient tendance à ne retenir que les preuves allant dans le sens de la démonstration d’une infraction au droit de la concurrence et à exclure celles réfutant cette hypothèse.

45. Le second, le biais de recul, consiste à croire de manière erronée et *a posteriori* que le résultat d’un événement était prévisible depuis le début. Ce biais aboutit alors à une “dissonance cognitive”, c’est-à-dire à une situation de conflit

intérieur entre la fausse croyance que le résultat obtenu était prévisible depuis le début et la tendance humaine à avoir confiance dans son propre jugement. Par conséquent, ce biais entraîne le sentiment que toutes les ressources mises en œuvre ont été gaspillées si elles n’ont pas permis d’arriver au résultat escompté et que ceci aurait très bien pu être évité puisque le résultat était prévisible. Appliqué aux autorités de poursuite, ce biais signifierait que celles-ci, lorsqu’elles se rendent compte que les poursuites engagées étaient finalement injustifiées, sont tentées de nier ou à tout le moins de relativiser l’existence d’informations contraires à leurs conclusions. Il en résulterait alors une volonté encore plus grande de parvenir à la conclusion qu’une infraction a été commise dans la mesure où l’abandon des poursuites reviendrait à admettre implicitement que de précieuses ressources ont été mal allouées.

46. Enfin, le biais de poursuite consiste pour les autorités de poursuite à croire que l’objectif qui leur est assigné est important et que leur action contribue à la réalisation de cet objectif. En effet, ces autorités sont investies d’une mission et elles veulent à tout prix démontrer à la collectivité qu’elles mettent tout en œuvre pour accomplir correctement cette mission. De plus, ce biais joue au sein-même de ces autorités puisque les fonctionnaires sont susceptibles d’être reconnus et promus sur la base du nombre et de l’importance des affaires qu’ils auront poursuivies et non sur la base de celles qu’ils ont décidé de ne pas poursuivre ou d’abandonner.

47. Selon certains commentateurs, l’existence de ces biais et les dangers qu’ils recèlent au regard d’un examen objectif des preuves ne doivent pas être sous-estimés, en particulier en ce qui concerne les autorités de concurrence fonctionnant suivant un modèle inquisitorial, telle que la Commission ou encore l’Autorité. Dans un tel système, l’autorité de poursuite concentre de nombreux pouvoirs, et remplit en l’occurrence une fonction d’investigation, de poursuite et de prise de décision. Ce n’est qu’une fois la décision adoptée que celle-ci peut éventuellement être annulée par un juge indépendant et impartial. À l’inverse, dans un système accusatoire comme le système américain, ces trois biais sont amoindris par le fait que tous les éléments de l’enquête font l’objet de confrontations et de critiques de la part de la partie adverse, si bien que les risques engendrés par ces différents biais psychologiques peuvent être corrigés au cours de la procédure menant à l’adoption de la décision⁷⁹.

48. Au regard de l’existence de ces biais, les opérateurs économiques peuvent, dans certaines circonstances, avoir l’impression que la recherche de la vérité se transforme en réalité en une recherche de l’infraction. Cela se vérifie tant au niveau de la Commission, qu’au niveau de l’Autorité et cela en dépit d’une séparation plus marquée des fonctions d’instruction et de jugement depuis la loi LME⁸⁰.

74 Hearing Officers, *Guidance on procedures of the Hearing Officers in proceedings relating to Articles 101 and 102 TFEU (ex-articles 81 and 82 EC)*, §38.

75 Serge Durande & Karen Williams, *The practical impact of the exercise of the right to be heard*, competition policy newsletter, numéro 2 – été 2005, p. 26 ; Donald Slater, Sébastien Thomas & Denis Waelbroeck, *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?*, GCLC working paper 04/08, p. 37-38, disponible à l’adresse suivante : www.coleurop.be/file/content/gclcl/.../GCLC%20WP%2004-08.pdf.

76 Voir notamment le discours du Commissaire Joaquín Almunia “*Fair process in EU competition enforcement*” donné le 30 mai 2011 à Budapest, disponible à l’adresse suivante : <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/396&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

77 Wouter P.J. Wils, *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, p. 15-19, disponible à l’adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1319251 et James S. Venit ; *ibid.*, p. 11-13.

78 Wouter P.J. Wils, *ibid.*, p. 216.

79 James S. Venit, *ibid.*, p. 12, note de bas de page 28.

80 Bruno Lasserre, “La nouvelle Autorité de la concurrence”, *Concurrences* n° 1-2009, p. 2.

1.2. La possibilité théorique de contester les preuves sur lesquelles se fonde la Commission

49. Les entreprises destinataires d'une communication des griefs ont la possibilité d'y répondre par écrit en exposant tous les faits dont elles ont connaissance et qui entrent en ligne de compte dans leur défense⁸¹. Afin d'échapper à une sanction, l'entreprise n'est pas nécessairement tenue d'infirmer les affirmations de la Commission exposées dans la communication des griefs, mais seulement d'établir qu'elles sont incertaines ou insuffisamment étayées⁸². Cela se comprend aisément puisqu'à défaut, les entreprises seraient contraintes de rapporter la preuve négative de leur non-participation à l'entente ce qui équivaldrait à une *probatio diabolica*.

50. Dans certains cas, les observations en réponse à une communication des griefs ont conduit la Commission à mettre fin aux poursuites en raison de l'absence de preuves suffisantes pour caractériser l'infraction⁸³. Dans d'autres cas, la Commission a pu réduire ou retirer certains griefs sur la base des informations et arguments soumis par les destinataires de la communication des griefs⁸⁴.

51. Pour les besoins de leur défense, les parties en cause ont également le droit de demander à la Commission d'entendre des personnes susceptibles de corroborer les faits exposés dans leurs observations⁸⁵, en particulier des experts du secteur en cause ou des économistes. La Commission dispose toutefois d'une marge d'appréciation pour décider de l'intérêt que peut présenter une audition des personnes dont le témoignage peut présenter une importance pour l'instruction du dossier⁸⁶. Selon la Cour, la garantie des droits de la défense n'exige pas nécessairement que la Commission procède à l'audition de témoins indiqués par les intéressés, notamment lorsqu'elle estime que l'instruction de l'affaire a été suffisante⁸⁷.

52. À cet égard, il convient de noter que dans l'affaire du *GPL conditionné* une des parties à la procédure devant l'Autorité (Totalgaz) a dénoncé, dans ses observations en

réponse à la notification des griefs, l'existence d'incohérences matérielles figurant dans certaines pièces fournies par Shell et Butagaz à l'appui de leur demande de clémence⁸⁸. L'expert en logiciels et matériels informatiques désigné par la rapporteure générale a conclu que certains *e-mails* produits à l'appui de la demande de clémence avaient été soit "*modifiés humainement*" soit "*fabriqués ex nihilo*"⁸⁹. L'Autorité a estimé que les conclusions de l'expert ôtaient toute valeur probante à ces pièces et remettaient également en cause l'ensemble des éléments fournis par cet ancien salarié⁹⁰.

53. *Absence de cross examination*. Il n'existe en droit communautaire aucune disposition permettant à une entreprise destinataire d'une communication des griefs de contre-interroger non seulement l'équipe de la Commission en charge du dossier (ci-après le "*case team*") mais surtout les personnes ayant fait des déclarations orales contenant des éléments incriminants et utilisés par le *case team* pour rédiger la communication des griefs.

54. Sur ce point, il convient d'ailleurs d'indiquer que le règlement d'application du Règlement n° 1/2003 prévoit que le conseiller auditeur peut autoriser l'entreprise destinataire des griefs à poser des questions pendant l'audition⁹¹. Cette possibilité est, en pratique, souvent utilisée lors des auditions. Si cette possibilité peut permettre de déceler les faiblesses de l'analyse des services de la Commission, elle ne permet toutefois pas de véritablement contre-interroger le *case team*⁹².

55. *Risque d'instrumentalisation du dossier par la Commission*. Les destinataires de la communication des griefs ont accès à tous les documents figurant dans le dossier de la Commission à l'exception des documents internes, des secrets d'affaires ou autres informations confidentielles⁹³. Ainsi, la Commission peut refuser l'accès à certains documents ou ne conférer cet accès que pour des documents susceptibles d'être fortement expurgés de leurs informations confidentielles.

56. On constate en pratique que la Commission dispose d'une importante marge de manœuvre en ce qui concerne le contenu du dossier, et en particulier les éléments de preuve à charge ou à décharge qu'il contient.

57. Tout d'abord, le dossier doit contenir l'ensemble des éléments à charge ("*inculpatory evidence*"). Ainsi, au moment de la communication des griefs, la Commission ne communique aux entreprises que les déclarations qu'elle estime utile de joindre au dossier parce qu'elle entend s'en servir dans la décision finale, et ce, après les avoir expurgées des secrets d'affaires et autres informations confidentielles

81 Règlement n° 773/2004, article 10(3).

82 Conclusions présentées le 8 février 1983 par l'avocat général Sir Gordon Slynn dans le cadre des aff. jointes 100 à 103/80, *Musique diffusion française e.a. c/Commission*, p. 17.

83 Mario Siragusa, Cesare Rizza, *EU competition law – cartels and horizontal agreements*, Claeys & Casteels, 2007, § 2.263, p. 221. Voir notamment décisions de la Commission du 16 décembre 2003, aff. COMP/E-1/38.240, *Tubes industriels*, § 74, du 10 décembre 2003, aff. COMP/E-2/37.857, *Peroxydes organiques*, § 78, du 1^{er} octobre 2003, aff. COMP/E-1/37.370, *Sorbates*, § 21, du 2 juillet 2002, aff. C.37.519, *Méthionine*, § 59, et du 20 octobre 2005, aff. COMP/C.38.281/B.2, *Tabac brut - Italie*, § 25.

84 Mario Siragusa, Cesare Rizza, *ibid.*, § 2.263, p. 222.

85 Règlement n° 773/2004, article 10(3) : "*Elles [les parties] peuvent proposer que la Commission entende des personnes susceptibles de corroborer les faits exposés dans leurs observations*" et Règlement n° 1/2003, article 27(3) : "*Si la Commission le juge nécessaire, elle peut également entendre d'autres personnes physiques ou morales. Si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant demandent à être entendues, il doit être fait droit à leur demande*".

86 CJUE, arrêt du 17 janvier 1984, *VBVB et VBBB c/ Commission*, aff. jointes 43/82 et 63/82, § 18 et TPIUE, arrêt du 20 mars 2002, *HFB et autres c/ Commission*, aff. T-9/99, § 383.

87 CJUE, arrêt du 16 mai 1984, *Eisen und Metall Aktiengesellschaft c/ Commission*, aff. 9/83, § 32, et TPIUE, arrêt du 20 mars 2002, *HFB et autres c/ Commission*, aff. 9/99, § 383.

88 Autorité, décision n° 10-D-36 du 17 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du gaz de pétrole liquéfié (GPL) conditionné, § 13.

89 Autorité, décision n° 10-D-36, *ibid.*, § 17.

90 Autorité, décision n° 10-D-36, *ibid.*, § 17.

91 Règlement n° 773/2004, article 14 (7).

92 Mario Siragusa & Cesare Rizza, *EU Competition Law – cartels and horizontal agreements*, paragraphe 2.285, page 230.

93 Règlement n° 1/2003, article 27(2); Règlement n° 773/2004, article 15(2) et communication de la Commission sur l'accès au dossier, § 10.

qu'elles contiennent⁹⁴. Dans ces conditions, la Commission est donc la seule à avoir connaissance à la fois des éléments de preuve à charge (sur lesquels elle fondera largement son analyse) et à décharge (qu'elle pourrait avoir intérêt à négliger voire à passer sous silence) ainsi qu'à toute autre élément de preuve auxquels les entreprises en cause n'auront accès que dans leurs versions expurgées des éventuels secrets d'affaires.

58. Par ailleurs, le dossier ne contient pas nécessairement les éléments à décharge (“*exculpatory evidence*”). Si la Commission ne peut pas se fonder sur des éléments de preuve ne figurant pas au dossier ou auxquelles l'entreprise n'aurait pas eu accès, elle a par contre la possibilité d'exclure du dossier des éléments sans que le défendeur en soit informé. Il semble en effet qu'il n'existe pas de disposition expresse dans le Règlement n° 1/2003 ou dans ses règlements d'application interdisant à la Commission de restituer aux parties certains documents saisis et contenant des éléments à décharge et, partant, de les exclure du dossier⁹⁵. Cette possibilité comporte toutefois une limite : une fois que l'élément de preuve en cause a été exclu du dossier, la Commission ne peut plus l'utiliser à l'encontre de l'entreprise destinataire des griefs.⁹⁶ Sur ce point, il n'est pas inutile de rappeler que la décision *Italian Flat Glass*⁹⁷ a été annulée par le juge communautaire⁹⁸ en ce qu'elle concernait PPG au motif que la Commission avait intentionnellement fait disparaître du dossier des éléments peu favorables à sa thèse⁹⁹.

59. Enfin, le dossier ne contient pas nécessairement les enregistrements des interviews et autres déclarations. La communication sur l'accès au dossier prévoit en effet que “*les services de la Commission ne sont pas tenus de rédiger de comptes rendus des réunions qu'elle tient avec toute personne ou entreprise*”¹⁰⁰. Cette disposition constitue en réalité la codification du principe énoncé par le juge communautaire dans l'arrêt *TACA* selon lequel “*il n'existe, en revanche, aucune obligation générale, pour la Commission, d'établir des comptes rendus des discussions qu'elle a avec les plaignants, dans le cadre de l'application des règles de concurrence du traité, au cours de réunions ou d'entretiens téléphoniques avec ceux-ci*”¹⁰¹. Il convient toutefois d'indiquer qu'aux termes de l'arrêt *Danone* “*si la Commission entend utiliser, dans sa décision, un élément à charge transmis de manière verbale par une autre partie, elle doit le rendre accessible à l'entreprise concernée, afin que celle-ci puisse se prononcer utilement sur les conclusions auxquelles la Commission est parvenue sur la base de cet élément. Le cas échéant, elle doit créer à cette fin un document écrit destiné à figurer dans son dossier*”.

94 Nathalie Jalabert-Doury, *ibid.*, § 31, p. 45.

95 James S. Venit, *ibid.*, p. 24.

96 James S. Venit, *ibid.*, p. 23.

97 Commission, décision IV/31.906 du 7 décembre 1988, *Verre plat*, JO L. 33, p. 44.

98 TPIUE, arrêt du 10 mars 1992, *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA et PPG Vernante Pennitalia SpA c. Commission*, aff. jointes T-68/89 e.a..

99 TPIUE, arrêt du 10 mars 1992, *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA et PPG Vernante Pennitalia SpA c. Commission*, aff. jointes T-68/89 e.a..

100 Communication de la Commission sur l'accès au dossier, considérant 13.

101 TPIUE, arrêt du 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line e.a. c/ Commission (TACA)*, aff. jointes T-191/98 e.a., § 351.

Certains commentateurs estiment qu'une interprétation stricte de ces solutions jurisprudentielles et de la communication sur l'accès au dossier, pourrait conduire à une situation peu satisfaisante dans la mesure où la Commission n'est, *a priori*, tenue de faire figurer au dossier que les éléments à charge dont elle entend se prévaloir. Il serait donc, en théorie, possible que la Commission auditionne des parties et estime que les éléments qui lui ont été transmis sont uniquement à décharge et ne méritent donc pas de figurer au dossier¹⁰².

60. Dans ces conditions, il existe donc un risque non négligeable que la Commission considère qu'elle n'est pas tenue de consigner intégralement les comptes rendus de réunions qu'elle a pu avoir dans le cadre de son instruction et choisisse de ne communiquer aux parties en cause que les seules preuves à charge sur lesquelles elle entend se fonder. Dans un tel cas, l'entreprise en cause n'aura pas forcément connaissance des éventuels éléments à décharge en possession de la Commission¹⁰³.

1.3. Évolutions souhaitables en vue d'un renforcement du caractère véritablement contradictoire de la procédure administrative

61. Tandis que l'audience donne au destinataire de la communication des griefs l'opportunité de présenter sa défense de manière plus spontanée, la Commission n'a pas à répondre aux arguments du défendeur et celui-ci ne dispose pas du droit d'interroger ou de contre-interroger ni la Commission ni aucun tiers dont proviennent les preuves sur lesquelles elle cherche à se fonder. Ainsi, bien que le conseiller auditeur a la possibilité, au terme de son mandat, de poser des questions, il ne l'a jusqu'à présent que peu utilisée. Les récentes plaintes adressées au Médiateur européen dans les affaires de concurrence et notamment dans l'affaire *Intel* suggèrent d'ailleurs une inquiétude grandissante des parties quant au déroulement véritablement contradictoire de la procédure administrative menant à l'adoption d'une sanction et en particulier de l'audience.

62. Le renforcement du caractère contradictoire de la procédure devant la Commission supposerait notamment un réaménagement de l'objet et des modalités de déroulement de l'audience et plus largement de la phase d'instruction (notamment en ce qui concerne le contenu du dossier). Sur ce point, il nous paraît fondamental que les entreprises mises en cause aient (i) la possibilité de contre-interroger le représentant du demandeur d'immunité et les différentes personnes qui ont été amenées à faire des déclarations (“*corporate statements*”) à l'appui de cette demande et (ii) accès à un dossier aussi complet que possible pour être en mesure de déterminer leur stratégie de défense.

102 James S. Venit, *ibid.*, p. 26.

103 James S. Venit, *ibid.*, p. 40.

2. La trop grande importance accordée aux déclarations des plaignants et candidats à la clémence

63. Le juge communautaire estime que les déclarations d'entreprises, en particulier celles qui sont recueillies dans le cadre de demandes de clémence, constituent de simples indices qui doivent, en cas de contestation, être corroborés par d'autres éléments de preuve¹⁰⁴. Confrontée à la difficulté de recueillir des éléments de preuve et à un manque de ressources, la Commission peut toutefois être tentée de se fonder très largement voire quasi-exclusivement sur les déclarations des plaignants, des demandeurs de clémence ou de certaines parties mises en cause.

2.1. Risques et valeur probante que peuvent présenter les déclarations d'entreprises

64. Dans l'affaire *Vitamines*, la Commission a pris conscience du risque que recèlent les déclarations des parties à la procédure, ces dernières devant "être considérées avec une certaine prudence, notamment si elles cherchent à présenter les événements en cause sous un jour qui leur est favorable, par exemple, en atténuant leur propre responsabilité dans l'infraction"¹⁰⁵. À l'inverse, dans l'affaire *Carton* la Commission a considéré que le fait que les déclarations de l'entreprise Stora allaient à l'encontre de ses propres intérêts les rendait tout à fait crédibles¹⁰⁶. Le juge communautaire considère, de façon pragmatique, que "les déclarations faites dans le cadre de la politique de clémence jouent un rôle important. Ces déclarations, faites au nom d'entreprises ont une valeur probante non négligeable, dès lors qu'elles induisent des risques juridiques et économiques considérables"¹⁰⁷.

65. L'arrêt *JFE Engineering* fournit une grille d'analyse permettant de déterminer la valeur probante des déclarations, laquelle dépend de la question de savoir si (i) les déclarations ont été faites en qualité de représentant d'une entreprise ou à titre individuel ; (ii) le déclarant était tenu d'agir dans l'intérêt de l'entreprise ; (iii) le déclarant a été un témoin direct des faits anticoncurrentiel ; (iv) la déclaration a été faite de manière délibérée et après mûre réflexion ; (v) le déclarant confirme ses déclarations tout au long de la procédure d'enquête ; (vi) la déclaration va à l'encontre des intérêts du déclarant ou de son entreprise. Le juge communautaire considère par ailleurs qu'"une déclaration d'une entreprise inculpée pour avoir participé à une entente, dont l'exactitude est contestée par plusieurs autres entreprises inculpées, ne peut être considérée comme constituant une preuve suffisante de l'existence d'une infraction commise par ces dernières sans être étayée par d'autres éléments de preuve"¹⁰⁸. Ainsi, dans

104 TPIUE, arrêt du 8 juillet 2004, *JFE Engineering c/ Commission*, aff. T-67/00, § 219.

105 Commission, décision COMP/37.512 du 21 novembre 2001, *Vitamines*, § 538.

106 Commission, décision IV/C/33.833 du 13 juillet 1994, *Carton*, § 111.

107 TPIUE, arrêt du 24 mars 2011, *IBP Ltd et International Building Products France SA c/ Commission*, aff. T-384/06, § 69. Pour un commentaire de cet arrêt, v. notamment Pascal Cardonnel, *Concurrences* n° 2-2011, p. 186.

108 TPIUE, arrêt du 8 juillet 2004, *JFE Engineering c/ Commission*, aff. T-67/00, § 219. Pour un rappel récent de ce principe, v. notamment TPIUE, arrêt du 24 mars 2011, *ibid.*, § 69.

l'affaire T-384/06 (recours des sociétés IBP et International Building Products France contre la décision *Raccords* de la Commission), le juge communautaire a considéré qu'en l'absence de tels éléments de preuve complémentaires, les indices du caractère prétendument anticoncurrentiel de contacts entre les entreprises du groupe IBP et l'association qui gérait le cartel des raccords ont été jugés insuffisants. La preuve de contacts téléphoniques dont le contenu n'a pas pu être établi ne permet pas d'assigner à ces conversations une finalité anticoncurrentielle¹⁰⁹.

66. Les risques d'approximations voire de fausses déclarations sont, selon nous, renforcés par l'absence de toute disposition légale destinée à garantir leur fiabilité. En particulier, les plaignants ne font l'objet d'aucune sanction – autre que le rejet de leur plainte – en ce qui concerne les preuves qu'ils soumettent volontairement à la Commission. S'agissant des entreprises mises en cause ou des candidats à la clémence, le juge communautaire considère qu'un déclarant qui tenterait de dissimuler tout ou partie de l'infraction s'exposerait au risque grave "d'avoir aidé [la Commission] à établir l'existence d'une infraction dans son propre chef sans toutefois bénéficier d'une réduction substantielle de son amende au titre de la coopération"¹¹⁰.

67. De plus, bien que l'entreprise destinataire des griefs puisse remettre en cause les déclarations du plaignant dans ses propres déclarations ou encore dans sa réponse à la communication des griefs, il n'existe aucun moyen par lequel elle peut soumettre un plaignant ou un demandeur de clémence à un véritable contre-interrogatoire¹¹¹. Cette possibilité est en réalité limitée à la seule audience, ce qui ne nous semble pas satisfaisant dans la mesure où, à ce stade de la procédure, les griefs ont déjà été formulés et notifiés aux parties mises en cause.

2.2. Absence de sanctions en cas de fausses déclarations ou de faux témoignages

68. Il n'existe en droit de la concurrence aucune possibilité de déclaration sous serment¹¹², avec le formalisme et les sanctions qui l'accompagnent en droit pénal¹¹³. De plus, il n'existe aucune sanction en cas de fausses déclarations déposées auprès de la Commission ou faites lors de l'audience. Chaque participant est donc libre de tirer ses propres conclusions sans contrôle ni analyse quant à la qualité et à la force probante des preuves présentées¹¹⁴.

109 TPIUE, arrêt du 24 mars 2011, *ibid.*, § 69.

110 TPIUE, arrêt du 8 juillet 2004, *JFE Engineering c/ Commission*, aff. T-67/00, § 214.

111 James S. Venit, *ibid.*, p. 26 et Jürgen Schwarze, *Deficiencies in European Community Competition Law – Critical Analysis of the current practice and proposals for change*, page 54, disponible à l'adresse suivante : www.gleisslutz.com/.../Gleiss%20Lutz_Deficiencies%20in%20European%20Community.pdf.

112 TPIUE, arrêt du 20 mars 2002, *HFB et autres c/ Commission*, aff. T-9/99, § 392 : "Il convient d'observer que la Commission, bien qu'elle puisse entendre des personnes physiques ou morales lorsqu'elle l'estime nécessaire, ne dispose pas non plus du droit de convoquer des témoins à charge sans avoir obtenu leur accord".

113 Nathalie Jalabert-Doury, *ibid.*, § 26, p. 44.

114 James S. Venit, *ibid.*, p. 39.

69. Le Règlement n° 1/2003 prévoit certes des amendes de procédure en cas de fourniture de renseignements inexacts dans le cadre des enquêtes et des demandes de renseignements¹¹⁵, mais ces amendes ne s'appliquent pas aux déclarations formulées en dehors de ces hypothèses¹¹⁶. Par ailleurs, si le montant des sanctions encourues a récemment été porté à hauteur de 1 % du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise, le déclarant personne physique ne s'expose, quant à lui, à aucune sanction à titre personnel¹¹⁷. Le seul pouvoir de sanction dont dispose la Commission en cas de fausses déclarations ou de faux témoignages semble être la possibilité de refuser le bénéfice de la clémence à une entreprise au motif que celle-ci, en faisant une fausse déclaration, n'aurait pas rempli les conditions d'éligibilité à la clémence et en particulier celle qui prévoit que l'entreprise doit *“s'abstenir de détruire, de falsifier ou de dissimuler des informations ou preuves utiles se rapportant à l'entente présumée”*¹¹⁸.

70. Au niveau français, il convient là encore de citer l'affaire du *GPL conditionné* dans laquelle l'Autorité a considéré que *“la transmission, par les sociétés Shell et Butagaz, de pièces dont l'authenticité a été déniée par les conclusions de l'expertise au vu de constatations dont la matérialité n'est pas contestée par ces deux sociétés, a gravement perturbé l'instruction de l'affaire (...)”*¹¹⁹, d'une part, et constituait une violation des *“obligations de coopération entière et loyale qui pèsent sur tout demandeur de clémence”*¹²⁰, d'autre part. Confrontée pour la première fois à un cas dans lequel l'authenticité de certains documents produits à l'appui de la demande de clémence a été remise en cause, l'Autorité a souhaité faire preuve de fermeté en indiquant (i) qu'il appartiendrait à la Rapporteur Générale d'apprécier l'opportunité de faire application des dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce qui prévoit la possibilité pour l'Autorité d'infliger d'une amende de 1 % du chiffre d'affaires mondial à toute entreprise faisant obstruction à l'investigation ou à l'instruction¹²¹, et (ii) que le dossier serait également transmis au président de l'Autorité *“afin qu'il décide des suites à y donner sur le plan pénal”*¹²².

2.3. Évolution souhaitable en vue de la prévention des fausses déclarations : l'introduction de sanctions pénales en cas de fausses déclarations

71. Selon un membre du service juridique de la Commission, la question de savoir si l'absence de sanction pour les déclarations faites par des tiers à la procédure (non soumis à l'inspection) peut les inciter à fournir des informations inexacts reste ouverte¹²³.

¹¹⁵ Règlement n° 1/2003, articles 17, 18 et 20.

¹¹⁶ Nathalie Jalabert-Doury, *ibid.*, § 26, p. 44.

¹¹⁷ Nathalie Jalabert-Doury, *ibid.*, § 26, p. 44.

¹¹⁸ Commission, communication sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, 8 décembre 2006, points 12, (a), 4^{ème} tiret et 30, alinéa 2.

¹¹⁹ Autorité, décision n° 10-D-36, § 22.

¹²⁰ Autorité, décision n° 10-D-36, § 22.

¹²¹ Autorité, décision n° 10-D-36, § 23.

¹²² Autorité, décision n° 10-D-36, § 24.

¹²³ Eric Gippini-Fournier, *ibid.*, p. 58.

72. Dans l'hypothèse où les déclarations ont été recueillies en vertu de l'article 19 du Règlement n° 1/2003, il est permis de s'interroger sur la possibilité qu'une sanction pénale soit imposée par une juridiction nationale en cas de faux témoignage. Au sein du Réseau européen de concurrence, lorsque des agents d'une autorité nationale de la concurrence assistent ceux de la Commission dans le cadre d'une inspection, ils le font à la demande de l'autorité de concurrence de l'État membre concerné. Dans ces conditions, il est permis de penser que le droit national de l'État membre, et notamment en ce qui concerne la sanction des faux témoignages et déclarations, pourrait s'appliquer.

73. En ce qui concerne la possibilité de sanctions imposées directement par la Commission en raison de fausses déclarations de la part des demandeurs de clémence, plaignants ou autres entreprises mises en cause, l'absence de compétence de l'Union européenne en matière pénale exclut *a priori* que cette dernière puisse sanctionner personnellement les personnes physiques à l'origine de fausses déclarations. Il nous semble toutefois tout à fait envisageable que les sociétés pour le compte desquelles ces déclarations ont été faites soient sanctionnées par une amende en raison de la fourniture de renseignements inexacts ou dénaturés. Une telle possibilité supposerait cependant une modification de l'article 23 du Règlement n° 1/2003 dont la version actuelle ne prévoit la possibilité de sanctions pécuniaires que dans les hypothèses de fourniture de renseignements inexacts ou dénaturés à une demande de renseignements, ou dans le cadre d'inspections.

3. Insuffisances du contrôle juridictionnel sur les preuves et l'analyse qu'en font les autorités de concurrence

3.1. Un contrôle en théorie minutieux

74. Aux termes de l'article 31 du Règlement n° 1/2003, *“la Cour de justice statue avec compétence de pleine juridiction sur les recours en annulation formés contre les décisions par lesquelles la Commission a fixé une amende ou une astreinte”*. La notion de pleine juridiction renvoie au pouvoir d'annuler à tous égards, sur des questions de fait et de droit, la décision de l'organe inférieur¹²⁴, en l'occurrence la Commission. Le Tribunal de première instance dispose ainsi de la compétence pour examiner toutes les questions de fait et de droit portant sur le litige dont il est saisi¹²⁵. Il est notamment tenu d'examiner attentivement la valeur probante des éléments mis en avant par la Commission pour établir tant la réalité de la collusion que la participation de l'entreprise requérante¹²⁶.

¹²⁴ CJUE, conclusions de l'avocat général Sharpston présentées le 10 février 2011 dans l'affaire C-272/09 P, § 69.

¹²⁵ CJUE, conclusions de l'avocat général Sharpston présentées le 10 février 2011 dans l'affaire C-272/09 P, § 69.

¹²⁶ Conclusions présentées le 18 mai 2000 par l'avocat général Jean Mischo dans le cadre du pourvoi contre l'arrêt *Sarrjo*, aff. C-291/98 P, § 38.

75. Certains commentateurs et praticiens regrettent pourtant l'apparente déférence dont fait preuve le juge communautaire à l'égard de la Commission et sa tendance à se fonder, par le jeu de présomptions probatoires, sur de minces éléments de preuve pour retenir l'existence d'infractions aux règles de concurrence¹²⁷. Cette déférence semble d'autant moins justifiée que les différences fondamentales entre les procédures de sanction de cartels et de contrôle des concentrations militent en faveur d'un standard de preuve plus élevé en matière de cartels. Premièrement, les procédures de poursuite sont de nature quasi-pénale en raison de la sévérité des amendes qui peuvent être imposées. Deuxièmement, alors que le juge communautaire reconnaît explicitement à la Commission une marge de discrétion en ce qui concerne l'évaluation prospective des conséquences d'une opération de concentration, la nature rétrospective et intensément factuelle des affaires de pratiques anticoncurrentielles ne justifie la reconnaissance d'une telle marge de discrétion¹²⁸.

76. La problématique est différente en ce qui concerne le contrôle qu'opère la CJUE sur les arrêts du Tribunal. Là encore, l'examen de la jurisprudence démontre une certaine retenue de la CJUE en matière de contrôle de l'administration des preuves par le Tribunal. Cette retenue s'explique très certainement par la volonté de la Cour de ne pas se substituer au Tribunal, mais surtout par une volonté de limiter sa compétence aux seules questions de droit. La Cour n'a pas compétence pour réexaminer les faits et pour examiner les preuves que le Tribunal a retenu à l'appui des faits¹²⁹.

3.2. Un contrôle en pratique limité

77. Si le juge communautaire dispose de pouvoirs d'enquête et d'instruction importants et notamment de la possibilité de faire des auditions, nous constatons, à regret, qu'il ne prend que très rarement des mesures d'instruction. Ce faisant, le juge communautaire s'en remet donc généralement aux écritures des parties, en l'occurrence la requête en annulation, les écritures en réponse et le dossier de la Commission.

78. Le Règlement de procédure du Tribunal prévoit pourtant que *“les parties peuvent encore faire des offres de preuve à l'appui de leur argumentation dans la réplique et la duplique”* sous réserve de motiver *“le retard apporté à la présentation de leurs offres de preuve”*¹³⁰.

79. S'agissant plus particulièrement du pouvoir de procéder à des auditions de témoins ou d'expert¹³¹ l'analyse de la jurisprudence communautaire démontre que le juge interprète de façon restrictive les conditions dans lesquelles ce pouvoir peut être exercé. Ainsi dans l'affaire *Baustahlgewebe*¹³²,

le Tribunal a rejeté comme tardive la demande d'audition de témoins présentée par l'entreprise requérante au stade de la réplique. La Cour a confirmé l'arrêt du Tribunal¹³³ et a précisé que même lorsqu'une demande d'audition de témoins formulée dans la requête indique avec précision les faits sur lesquels il y a lieu d'entendre le ou les témoins et les motifs de nature à justifier leur audition, c'est au Tribunal qu'il appartient *in fine* d'apprécier la pertinence d'une telle demande par rapport à l'objet du litige et à la nécessité de procéder à l'audition des témoins cités¹³⁴. Dans l'affaire *Dansk Rorindustri*, la Cour a une nouvelle fois approuvé le refus du Tribunal de procéder à une audition au motif que *“la demande tendant à l'audition des six personnes concernées n'indiquait pas avec précision les faits sur lesquels il y avait lieu d'entendre ces personnes en tant que témoins”*¹³⁵. Enfin, dans un arrêt *Clearstream*, le Tribunal a considéré qu'il avait pu *“utilement se prononcer sur la base des conclusions, des moyens et des arguments développés au cours de la procédure tant écrite qu'orale”* sans qu'il soit nécessaire de faire droit à la demande d'audition d'un témoin présenté par les requérants¹³⁶.

80. Les affaires dans lesquelles le juge communautaire a fait usage de la possibilité d'auditionner des témoins sont, à notre connaissance, finalement peu nombreuses¹³⁷.

81. Outre l'audition de témoins, il est arrivé que le Tribunal ordonne d'autres types de mesures d'instruction. Ainsi, dans la série d'arrêts concernant la production de poutrelles, le Tribunal a par exemple pris des mesures d'instruction consistant en des demandes de production de documents et en la transmission de questions écrites aux parties¹³⁸.

82. Le juge communautaire peut également recourir à l'expertise. Cela a notamment été le cas dans le cadre de l'affaire *Pâtes de bois* pour laquelle la Cour a fait procéder à deux expertises afin de déterminer si l'analyse de la Commission quant à l'explication du parallélisme de comportements (résultant, selon la Commission, d'une collusion entre producteurs de pâtes de bois) était correcte¹³⁹. Ces expertises ont permis au juge d'établir que *“l'explication du parallélisme de comportement par la concertation n'[était] pas la seule possible”* et, partant, d'annuler la décision

133 TPIUE, arrêt du 6 avril 1995, *Baustahlgewebe GmbH c/ Commission*, aff. T-145/89, § 75.

134 CJUE, arrêt du 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH c/ Commission*, aff. C-185/95 P, § 70.

135 CJUE, arrêt du 28 juin 2005, *Dansk Rorindustri e.a. c/ Commission*, aff. jointes C-189-02 P e.a., § 60.

136 TPIUE, arrêt du 9 septembre 2009, *Clearstream Banking AG et Clearstream International SA c/ Commission*, aff. T-301/04, § 217.

137 CJUE, arrêts du 7 juin 1983, *SA Musique Diffusion française e.a. c/ Commission*, aff. jointes C-100 à 103/80, § 50 et du 2 octobre 2003, *Corus UK Ltd c/ Commission*, aff. C-199/99 P, § 32.

138 CJUE, arrêt du 2 octobre 2003, *Siderurgica Aristrain Madrid SL c/ Commission*, aff. C-196/99 P, § 174 ; du 2 octobre 2003, *Krupp Hoesch Stahl AG c/ Commission*, aff. C-195/99 P, § 129 ; CJCE, et du 2 octobre 2003, *Thyssen Stahl AG c/ Commission*, aff. C-194/99 P, § 162.

139 CJUE, arrêt 31 mars 1993, prec., § 31 : *“Par ordonnance du 25 novembre 1988, la Cour a décidé de procéder à une expertise sur le parallélisme des prix. Les experts qui ont été chargés ont été désignés par ordonnance du 16 mars 1989. Il leur a été demandé si les documents utilisés par la Commission pour établir les tableaux 6 et 7 annexés à la décision permettaient de conclure au parallélisme des prix respectivement annoncés et de transaction”*.

127 John Ratliff, *Judicial review in EC Competition cases before the European courts – avoiding double renvoi*, 2009, disponible à l'adresse suivante : <http://www.wilmerhale.com/publications/whPubsDetail.aspx?publication=9585>.

128 James S. Venit, *ibid.*, p. 63-64.

129 Valérie Fauré, *ibid.*, § 587, p. 383.

130 Règlement de procédure du TPIUE, 2 juillet 2010, article 48, § 1.

131 Règlement de procédure du TPIUE, 2 juillet 2010, articles 68 à 76.

132 TPIUE, arrêt du 6 avril 1995, *Baustahlgewebe GmbH c/ Commission*, aff. T-145/89.

de la Commission. Il nous semble toutefois que le juge communautaire n'accepte que très rarement de recourir à de telles mesures d'instruction.

3.2. Évolutions souhaitables en vue d'un renforcement du contrôle juridictionnel

83. Un renforcement du contrôle du juge communautaire sur les preuves et l'analyse qu'en a fait la Commission nous semble à la fois nécessaire et possible, notamment par le biais d'un recours plus systématique aux mesures d'instruction expressément prévues par les règles de procédure existantes (e.g., expertises, auditions de témoins).

Conclusion

La situation actuelle n'étant pas totalement satisfaisante, la Commission pourrait saisir l'opportunité de la réflexion actuelle sur l'amélioration de ses procédures en matière d'application du droit de la concurrence pour procéder à quelques ajustements permettant de renforcer la qualité des preuves utilisées dans le cadre des procédures de cartels et en particulier de garantir que l'utilisation plus systématique de la preuve testimoniale se fasse dans des conditions compatibles avec les droits de la défense des entreprises en cause. Cela permettrait de garantir un équilibre nécessaire entre la mission et les pouvoirs de la Commission en matière de *public enforcement* et les droits des entreprises poursuivies et d'éviter que "*la chasse aux cartels*" ne s'apparente à une "*chasse aux sorcières*"¹⁴⁰. Il nous semble à ce titre que les recommandations suggérées dans cet article pourraient permettre d'atteindre cet objectif, ou à tout le moins de s'en rapprocher. ■

¹⁴⁰ Valérie Fauré, *ibid.*, § 644, p. 426.

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

CONCURRENCES

Editorial

Jacques Attali, Elie Cohen,
Laurent Cohen-Tanugi,
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,
Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot,
Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet,
Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac,
Mario Monti, Christine Varney, Bo
Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,
Nadia Calvino, Thierry Dahan,
John Fingleton, Frédéric Jenny,
William Kovacic, Neelie Kroes,
Christine Lagarde, Doug Melamed,
Mario Monti, Viviane Reding,
Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott,
Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis,
Murielle Chagny, Claire Chambolle,
Luc Chatel, John Connor, Dominique de
Gramont, Damien Gérardin,
Christophe Lemaire, Ioannis Lianos,
Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis,
Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe,
Thierry Dahan, Luc Gyselen,
Daniel Fasquelle, Barry Hawk,
Laurence Idot, Frédéric Jenny,
Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit,
Catherine Prieto, Patrick Rey,
Didier Théophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la
pratique des engagements, Droit pénal et
concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles
in the EU...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine,
Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg,
Suisse, Sweden, USA...

Droit et économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné,
Laurent Flochel, Frédéric Jenny,
François Lévêque Penelope Papandropoulos,
Anne Perrot, Etienne Pfister,
Francesco Rosati, David Sevy,
David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Michel Debroux,
Nathalie Jalabert-Doury
Cyril Sarrazin

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty,
Anne-Lise Sibony, Anne Wachsmann

PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel Chagny, Mireille Dany,
Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa,
Marie-Claude Mitchell, Laurent Roberval

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré
Didier Ferrié

CONCENTRATIONS

Dominique Berlin, Olivier Billiard,
Jean-Mathieu Cot, Jacques Gunther,
David Hull, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves Chérot,
Jacques Derenne,
Bruno Stromsky

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel,
Alexandre Lacresse,
Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Hubert Delzangles,
Emmanuel Guillaume,
Jean-Paul Tran Thiet

SECTEUR PUBLIC

Bertrand du Marais,
Stéphane Rodrigues,
Jean-Philippe Kovar

POLITIQUE INTERNATIONALE

François Souty,
Stéphanie Yon

JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE

Jean-Chrostophe Roda

Revue des revues

Christelle Adjémian, Emmanuel Frot,
Alain Ronzano, Bastien Thomas

Bibliographie

Institut de recherche en droit international
et européen de la Sorbonne (IREDIÉS)

Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	425 €	508,30 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	465 €	474,77 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	675 €	807,30 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	140 €	142,94 €

Bulletin électronique e-Competitions | *e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	595 €	711,62 €
--	-------	----------

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | *Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (online version + e-bulletin + e-archives)</i>	775 €	926,90 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions + e-bulletin + e-archives)</i>	875 €	1046,50 €

Renseignements | *Subscriber details*

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | *Send your order to*

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | *Subscription information*

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France