

## DIVISION 1

## La procédure devant la Commission européenne

## CHAPITRE 1

Les enquêtes de concurrence en droit  
de l'Union européenne

## SOMMAIRE

Bibliographie .....	1092	§ 2. Contrôle et saisie des documents utiles à l'enquête	
Textes applicables .....	1093	Pouvoir de la Commission de déterminer les documents recherchés .....	1102
<b>SECTION 1</b>		La nature des documents pouvant être saisis .....	1103
Les inspections de la Commission européenne		Modalités de recherche et saisie des documents par les enquêteurs .....	1104
<b>SOUS-SECTION 1</b>		L'interdiction de recueillir et d'utiliser des documents sans lien avec l'objet et le but de la décision d'inspection – contours et exceptions .....	1105
Distinction entre inspections sur mandat et inspections sur décision		§ 3. Possibilité de demander des explications	
§ 1. Les inspections sur mandat		Les demandes d'explication .....	1106
Conditions de mise en œuvre d'une inspection sur mandat .....	1094	Les personnes interrogées .....	1107
Une collaboration volontaire des entreprises .....	1095	§ 4. Apposition de scellés	
§ 2. Les inspections sur décision		Modalités d'apposition de scellés .....	1108
A. — Les conditions de validité		Sanction du bris de scellés .....	1109
Les conditions formelles de validité des décisions d'inspection adoptées par la Commission .....	1096	<b>SOUS-SECTION 3</b>	
La motivation de la décision d'inspection .....	1097	Rôle de l'avocat durant les enquêtes	
B. — Mise en œuvre des inspections sur décision		La présence de l'avocat .....	1110
Le défaut de collaboration de l'entreprise et les sanctions éventuelles .....	1098	Le contrôle du respect des droits de la défense .....	1111
Droit de regard du juge national sur la décision de la Commission .....	1099	<b>SECTION 2</b>	
<b>SOUS-SECTION 2</b>		Les pouvoirs d'enquête des agents de la Commission	
Typologies des pouvoirs des enquêteurs		§ 1. Les demandes de renseignements	
§ 1. Accès aux locaux		A. — Le régime des demandes de renseignements	
Accès aux locaux de l'entreprise .....	1100	Les mentions obligatoires des demandes de renseignements simples et formelles .....	1112
Accès aux autres locaux .....	1101	Une exigence commune : la justification de la demande de renseignements .....	1113
		B. — La mise en œuvre des demandes de renseignements	
		Identité des entreprises et personnels interrogés .....	1114

Les renseignements fournis par les entreprises. . . . . **1115**

§ 2. Le pouvoir de recueillir les déclarations des parties

La possibilité pour la Commission de réaliser des entretiens avec des personnes ayant donné leur accord. . . . . **1116**

La procédure de recueil de déclarations. . . . . **1117**

**SECTION 3**

**Garanties procédurales**

§ 1. Les interventions du conseiller-auditeur pendant la phase d'enquête

A. — Interventions du conseiller-auditeur à la suite d'une inspection

La protection des droits procéduraux assurée par le conseiller-auditeur. . . . . **1118**

La protection des entreprises concernées par une enquête : la connaissance de leur statut. . . . . **1119**

Les demandes de protection des correspondances relevant du secret entre un client et son avocat. . . . . **1120**

B. — Les interventions du conseiller-auditeur dans le cadre d'une demande de renseignements

Le conseiller-auditeur garant du droit à un délai de réponse raisonnable. . . . . **1121**

Le rôle du conseiller-auditeur s'agissant des questions auto-incriminantes. . . . . **1122**

§ 2. Les recours des parties contre les mesures d'enquête

A. — Le recours en annulation

Recours en annulation contre la décision initiale concernant une inspection ou une demande de renseignements. . . . . **1123**

Recours en annulation contre la décision finale et contestation des mesures d'enquête. . . . . **1124**

B. — La demande de sursis à exécution

Les conditions spécifiques de recevabilité du référé suspension. . . . . **1125**

L'octroi d'un sursis à exécution dans le cadre des enquêtes de concurrence. . . . . **1126**

**SECTION 4**

**Les enquêtes sectorielles**

§ 1. L'ouverture d'une enquête sectorielle

Les motifs d'ouverture d'une enquête sectorielle. . . . . **1127**

Le déroulement des enquêtes sectorielles. . . . . **1128**

§ 2. Suites possibles des enquêtes sectorielles

Ouverture d'enquêtes contentieuses. . . . . **1129**

Modification de la régulation. . . . . **1130**

**Bibliographie**

— J. BATTISTA, C. ROQUES, Les inspections communautaires en matière de concurrence, 2008/14, n° 1032 ;

— É. BARBIER DE LA SERRE et É. CHASSAING, Les bonnes pratiques procédurales de la Commission et le nouvel élan donné au principe de bonne administration et au conseiller-auditeur, RLC2012/30, n° 1990 ;

— BLANCO, EU competition Procedure, 3<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2013, pp. 315-371 ;

— B. BOULOC, Le fichier informatique insécable et l'impossibilité de joindre directement le JLD, RLC 2016/50, n° 2977 ;

— BUHART et MAULIN, La preuve en matière de cartels, État des lieux et perspectives, Concurrences, n° 4-2011, p. 51 ;

— CALVINO et GEE, PETIT et LOUSBERG, Colloque, Demain la concurrence, 15 février 2010, Enquêtes sectorielles : complément ou substitut de l'action des autorités de concurrence ?, Concurrences n° 2-2010, p. 13 ;

— F. CHRIST et C. GAUER, Les infractions procédurales en droit européen de la concurrence, Concurrences, n° 4-2012, p. 29 ;

— CITRON, Dawn raids – EU's highest court prevents circumvention of the ban on using dawn raids for fishing expeditions – Kluwer Competition Law Blog, June 2015 ;

— C. GAUER, K. BANSARD et F. CHRIST, The Suez Environment seal case – EUR 8 million fine for breaching a Commission seal during an inspection, Competition Policy Newsletter, n° 3, 2011, pp. 8-11 ;

— J. GRANGEON, La preuve en droit de la concurrence : la fin justifie les moyens !, RLC 2016/56, n° 3094 ;

— L. IDOT, Déroulement des inspections sur décision, Europe 2013, comm. 34 ;

— N. JALABERT-DOURY, Les inspections de concurrence, 2<sup>e</sup> éd., Bruylant, 2013, pp. 31-182 ; Actualité des enquêtes de concurrence dans l'Union européenne et en France, Concurrences n° 1-2017, p. 250 ; Concurrences n° 3-2016, p. 213 ; Concurrences n° 4-2015, p. 250 ; Concurrences n° 2-2015, p. 224 ;

— KERSE & KHAN, EU Antitrust Procedure, Sweet & Maxwell, 6<sup>e</sup> éd., 2012, pp. 103-182 ;

— G. MUGUET-POULLENNEC, L'amende pour bris de scellés après l'arrêt E.ON du Tribunal : de la sanction d'une négligence à la nécessité de garantir l'efficacité des inspections, RLC 2011/28, n° 1863 ;

— V. SELINSKY, Auditions : le point de vue de l'avocat, RLC 2008/14, n° 1031 ;

— I. VAN BAEL, Due Process in EU Competition Proceedings, Wolters Kluwer, 2011, p. 129 ;

— VAN ERPS, The EU Commission's practice for antitrust digital inquiries, Concurrences, n° 2-2010, p. 191 ;

— L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome 1 : droit de la concurrence, Bruylant, 2015, p. 404 ;

— W. P. J. WILS, The Role of the Hearing Officer in Competition Proceedings Before the European Commission, World Competition : Law and Economics Review, Vol. 35, n° 3, Sept. 2012, pp. 431-456.

**Textes applicables**

— Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE [devenus depuis 101 et 102 TFUE] ;

- 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 [devenus depuis 101 et 102 TFUE] ;
- Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, 2004/C 101/03, 27 avr. 2004 ;
- Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE, 2011/C 308/06, 20 oct. 2011 ;
- Décision du président de la Commission relative à la fonction et au mandat du conseiller-auditeur dans certaines procédures de concurrence, 2011/695/UE, 13 oct. 2011 ;
- Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No. 1/2003, 11 septembre 2015 ;
- Antitrust Manual of Procedures (Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 and 102 TFEU).

## SECTION 1

## Les inspections de la Commission européenne

## SOUS-SECTION 1

### Distinction entre inspections sur mandat et inspections sur décision

#### § 1. Les inspections sur mandat

##### 1094 Conditions de mise en œuvre d'une inspection sur mandat

Les mandats délivrés au titre de l'article 20 (3) du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 habilite les enquêteurs, nommément désignés par la Commission, à mener des inspections dans les locaux d'entreprises soupçonnées de pratiques contraires au droit de la concurrence. Les mandats doivent préciser le nom de l'entreprise ou de l'association d'entreprises concernée, l'objet et le but de l'inspection. Ils sont rédigés dans la langue de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection se déroule (European Commission, Antitrust Manual of Procedures, Use of languages in antitrust proceedings, mars 2012, pt. 21). Selon une jurisprudence constante, la détermination précise du périmètre de l'inspection est un élément essentiel pour assurer la protection des droits de la défense des entreprises faisant l'objet d'une enquête, « dans la mesure où de tels droits seraient gravement compromis si la Commission pouvait invoquer à l'égard des entreprises des preuves qui, obtenues au cours d'une vérification, seraient étrangères à l'objet et au but de celle-ci » (TPICE, 11 déc. 2003, aff. T-66/99, *Minoan Lines c/ Commission*, EU:T:2003:337, pt. 55). La Commission peut néanmoins définir le périmètre de son enquête en recourant à des termes généraux afin d'appréhender l'ensemble des documents et informations dont elle serait amenée à saisir la

copie. Ainsi, la plupart du temps, seuls les produits et services concernés, le type d'infraction et ses principales caractéristiques sont mentionnés dans les mandats, sans que l'on puisse pour autant considérer que ces éléments définissent le cadre définitif de l'enquête. Enfin, la Commission doit, préalablement à la réalisation d'une inspection, avoir informé l'Autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel elle se déroule.

Lors de leur arrivée, les agents doivent produire le mandat (Déc. Comm. n° 82/756/CEE, 27 oct. 1982, *Fédération nationale de l'industrie de la chaussure de France, JOCE* 16 nov., n° L 319) et présenter leurs cartes de service afin de fournir la preuve de leur habilitation à mener des opérations d'inspection. Le mandat est établi soit par le Commissaire à la concurrence soit par un de ses représentants autorisés (European Commission, Antitrust Manual of Procedures, mars 2012, Decision-making procedure, pt. 49). Le règlement (CE) n° 1/2003 faisant référence aux agents et « [aux] autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission » : il peut dès lors s'agir de représentants de l'autorité nationale mais aussi d'autres représentants de la Commission, choisis pour leurs connaissances techniques spécifiques jugées utiles pour l'enquête à mener (L. O. Blanco, *EU competition Procedure*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2013, p. 324). Parmi les enquêteurs, un responsable de l'équipe d'inspection est désigné qui sera notamment chargé de poser les scellés (Trib. UE, 15 déc. 2010, aff. T-141/08, *E.ON Energie AG c/ Commission*, EU:T:2010:516) (voir n° 1108).

Les entreprises visées par le mandat de la Commission sont souvent informées en avance du mandat délivré. Cela leur permet, d'une part, de se préparer à recevoir la Commission et, d'autre part, de s'assurer de la présence des personnes en mesure de répondre à ses questions. L'entreprise visitée sur simple mandat, qui n'aura pas été prévenue à l'avance, pourra demander, contrairement aux inspections menées sur décision, à ce que soit retardé le démarrage de l'inspection jusqu'à l'arrivée de ses responsables ou de ses conseils (N. Jalabert-Doury, *Les inspections de concurrence*, Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 157).

##### 1095 Une collaboration volontaire des entreprises

Le particularisme de l'inspection sur mandat tient à la liberté des entreprises suspectées de pratiques anticoncurrentielles d'accepter, ou non, la présence des inspecteurs dans leurs locaux. Celles-ci sont, en effet, libres de décider le jour de l'inspection si elles souhaitent s'y soumettre. En cas de refus, l'inspecteur prend acte de l'opposition de l'entreprise dans un procès-verbal. Les textes ne précisent pas s'il est possible pour l'entreprise qui aurait initialement accepté de se soumettre à l'inspection de revenir sur sa décision et de mettre un terme à sa collaboration. Sur ce point, les avis de la doctrine divergent (L. O. Blanco, *EU competition Procedure*, 3<sup>e</sup> Ed., Oxford University Press, 2013, p. 327 et N. Jalabert-Doury, *Les inspections de concurrence*, Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 156). Cependant, si l'entreprise avait la possibilité d'interrompre à tout moment une inspection diligentée par mandat, l'obligation de collaboration, dont le défaut peut être sanctionné en vertu de l'article 23 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 (voir n° 1098), perdrait de sa substance. La Cour de justice a toutefois pu préciser « que les vérifications opérées sur simple mandat reposent sur la collaboration volontaire des entreprises. Dès lors que l'entreprise a effectivement collaboré à une vérification opérée sur mandat, le moyen tiré d'une ingérence excessive de l'autorité publique dans la sphère d'activités privées de la personne physique ou morale en cause est dénué de fondement, en l'absence d'un quelconque élément invoqué pour soutenir que la Commission serait allée au-delà de la coopération offerte par l'entreprise » (TPICE, 9 juin 1997, aff. T-9/97, *Elf Atochem c/ Commission*, EU:T:1997:83, pt. 16). Lorsqu'elle est acquise, la collaboration de l'entreprise doit être conforme aux attentes de la Commission. L'absence de collaboration pleine et entière expose les entreprises au risque de sanctions sur le fondement de l'article 23 du règlement (CE) n° 1/2003, prévoyant que le montant de l'amende peut atteindre 1 % du chiffre d'affaires total réalisé

l'année passée. Ce risque de sanction est d'ailleurs mentionné dans le mandat (Déc. Comm. n° 80/334/CEE, 20 déc. 1979, *Fabbrica Pisana*, JOCE 21 mars 1980, n° L 075 ; Déc. Comm. n° 82/756/CEE, 27 oct. 1982, Fédération nationale de l'industrie de la chaussure de France, JOCE 16 nov. 1982, n° L 319).

L'obligation de collaboration implique aussi bien de donner accès aux locaux que de fournir les documents demandés dans leur totalité. Les entreprises ne peuvent en aucun cas juger de la pertinence d'une demande de documents. À ce titre, l'entreprise qui, après avoir dans un premier temps refusé de fournir la copie d'un document, se ravise, aura néanmoins manqué à son obligation de collaboration et pourra être sanctionnée (Déc. Comm. n° 92/500/CEE, 7 oct. 1992, *CSM NV*, JOCE 21 oct. 1992, n° L 305). L'entreprise ne peut par ailleurs pas invoquer le secret professionnel pour se soustraire à son obligation de collaboration (Déc. Comm. n° 80/334/CEE, 20 déc. 1979, *Fabbrica Pisana*, JOCE 21 mars 1980, n° L075). Les agents de la Commission établissent des procès-verbaux reprenant la liste des documents et informations recueillis. Il s'agit d'actes préparatoires qui ne peuvent être contestés directement (TPICE, 9 juin 1997, aff. T-9/97, *Elf Atochem e.a. c/ Commission*, EU:T:1997:83) : ils pourront toutefois être contestés dans le cadre d'un recours en annulation contre la décision finale (voir n° 1124). Dans le cadre d'un recours, les entreprises pourront également contester le déroulement des inspections (TPICE, 20 avr. 1999, aff. T-305/94, *LVM e. a.*, EU:T:1999:80, pts. 412-414). Si le juge fait droit à la demande de l'entreprise, la Commission ne pourra utiliser les documents recueillis pendant son inspection (Déc. Comm. n° 92/500/CEE, 7 oct. 1992, *CSM Sucre*, JOCE 21 oct. 1992, n° L 305).

#### Remarques

La Cour de justice a eu l'occasion de juger que les inspections sur mandat ne constituaient pas un préalable nécessaire aux inspections autorisées par décision de la Commission (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 20 § 3) et que les deux procédures « ne se cumulent pas nécessairement, mais constituent deux possibilités alternatives de contrôle, dont le choix dépend des particularités de chaque espèce » (CJCE, 26 juin 1980, aff. C-136/79, *National Panasonic c/ Commission*, EU:C:1980:169, pt. 12). Le choix entre l'une et l'autre appartient à la Commission et « ne dépend pas de circonstances telles que la gravité particulière de la situation, l'extrême urgence ou la nécessité d'une discrétion absolue, mais des nécessités d'une instruction adéquate, eu égard aux particularités de l'espèce » (TPICE, 8 mars 2007, aff. T-339/04, *France Télécom c/ Commission*, EU:T:2007:80, pt. 118). On remarque toutefois en pratique que les inspections sur mandat sont plus rares que les inspections sur décision et sont souvent utilisées soit pour étendre des inspections à des sociétés appartenant à un même groupe qui n'auraient pas été directement visées par une enquête sur décision (N. Jalabert-Doury, *Actualité des enquêtes de concurrence dans l'Union européenne et en France* (mai - décembre 2014), *Concurrences* n° 2-2015, p. 227), soit pour compléter à un stade ultérieur d'une enquête les investigations entreprises.

tions d'entreprises sont tenues de se soumettre aux inspections que la Commission a ordonnées par voie de décision ». D'un point de vue formel, on retrouve la plupart des conditions prévues pour une inspection sur mandat. Cet article requiert, à ce titre, que ladite décision précise l'objet, le but de l'inspection, les sanctions prévues aux articles 23 et 24 du règlement (CE) n° 1/2003, ainsi que la date de commencement et la mention que la décision est susceptible de recours. Autre exigence procédurale, la Commission doit avoir entendu, et non plus simplement prévenu comme c'est le cas des inspections sur mandat, l'autorité de concurrence de l'État membre dans lequel est située la société inspectée. Cette audition n'a pas à respecter un formalisme particulier : elle peut, à l'image de ce qui a été fait dans l'affaire *Akzo Chemie*, être effectuée par téléphone et ne nécessite pas qu'un procès-verbal soit dressé (CJCE, 23 sept. 1986, aff. C-5/85, *Akzo Chemie c/ Commission*, EU:C:1986:328, pt. 22).

Lorsque les agents pénètrent dans les locaux de l'entreprise, ils doivent immédiatement remettre une copie conforme de la décision aux représentants de l'entreprise inspectée, et cela avant le début de tout acte d'enquête. Un procès-verbal de notification qui atteste de la délivrance de la décision et prend acte que l'entreprise a vérifié son contenu est établi, étant précisé que c'est l'entreprise entière qui est engagée et non pas seulement la personne qui aura signé (Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation N° 1/2003, pt. 3). Conformément à la note explicative, le représentant de l'entreprise pourra vérifier l'identité des agents nommément mandatés par la Commission (Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation N° 1/2003, pt. 1). Dans l'affaire *Akzo Chemie* précitée, les requérants contestaient le fait que la délégation de pouvoir au profit du membre de la Commission, en l'espèce le Commissaire européen à la concurrence, ayant ordonné la mesure de vérification n'avait pas été publiée, s'estimant ainsi privés du recours nécessaire pour faire contrôler sa légalité. La Cour de justice a jugé que « le principe de la sécurité juridique et la nécessaire transparence des décisions administratives commandent certes que la Commission procède à la publication des décisions d'habilitation comme des règles internes telles que la décision du 23 juillet 1975 qui trace le cadre général de ces décisions. Toutefois, la non-publication de la décision accordant une habilitation au membre de la Commission chargé des questions de concurrence n'a pas eu pour effet de priver les requérants de la possibilité de contester la régularité ni de cette décision ni de la décision prise en vertu de l'habilitation accordée » (CJCE, 23 sept. 1986, aff. C-5/85, *Akzo Chemie c/ Commission*, EU:C:1986:328, pts. 28, 33-41).

#### Remarques

Les autorisations des agents effectuant les opérations d'inspection sont présentées selon un format qui est par ailleurs disponible sur le site internet de la DG Comp à l'adresse suivante : [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/inspection\\_authorisation.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/inspection_authorisation.pdf).

## § 2. Les inspections sur décision

### A. — Les conditions de validité

1096

#### Les conditions formelles de validité des décisions d'inspection adoptées par la Commission

Le paragraphe 4 de l'article 20 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 dispose que « [l]es entreprises et associa-

1097

#### La motivation de la décision d'inspection

Contrairement aux inspections menées par voie de mandat, celles réalisées en application d'une décision impliquent pour la Commission de motiver sa démarche et donc de préciser ce qui l'a conduite à ordonner de telles opérations (TPICE, 8 mars 2007, aff. T-339/04, *France Telecom c/ Commission*, EU:T:2007:80 et aff. T-340/04, *France Telecom c/ Commission*, EU:T:2007:81). À cet égard la Cour de justice a pu préciser que « la délimitation du marché en cause, la qualification juridique exacte des infractions présumées et l'indication de la période au cours de laquelle ces infractions auraient été commises ne sont pas indispensables dans une décision de vérification » à condition toutefois que cette décision contienne les éléments essentiels, c'est-à-dire indique « clairement les présomptions qu'elle entend vérifier » (CJCE, 17 oct. 1989, aff. C-97/87, *Dow Chemical Ibérica c/ Commission*, EU:C:1989:380, pts. 45-46).

Malgré cette exigence imposée par la Cour de justice, l'analyse de la jurisprudence montre que les motifs des décisions sont souvent rédigés en des termes généraux (CJCE, 26 juin 1980, aff. C-136/79, National Panasonic c/ Commission, EU:C:1980:169 ; CJCE, 21 sept. 1989, aff. C-46/87, Hoechst c/ Commission, EU:C:1989:337 ; Trib. UE, 26 oct. 2010, aff. T-23/09, Conseil national de l'Ordre des pharmaciens c/ Commission, EU:T:2010:452), le juge européen ne censurant pas une telle décision si la Commission désigne l'infraction recherchée et les éléments sur lesquels doit porter l'inspection (CJCE, 17 oct. 1989, aff. C-85/87, Dow Benelux NV c/ Commission, EU:C:1989:379). Ce niveau d'exigence, qui peut paraître faible, prend en compte l'objet même de l'inspection qui est de faire la lumière sur des faits et pratiques qui n'ont pas encore été établis. La Commission est ainsi souvent limitée dans ce qu'elle peut affirmer à ce stade. Le défaut de motivation n'en reste pas moins un moyen important dans les recours en annulation formés par les parties à l'encontre de ces décisions. La motivation retenue par la Commission constitue également un élément déterminant pour le juge national qui, lorsqu'il est saisi pour autoriser la collaboration des autorités locales aux opérations de la Commission, doit vérifier que les mesures envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives (CJCE, 22 oct. 2002, aff. C-94/00, Roquette Frères SA, EU:C:2002:603, la Cour de cassation avait alors demandé à la Cour de justice s'il lui était possible de refuser l'autorisation en raison d'une motivation insuffisante qui l'empêchait d'exercer son contrôle, voir n° 1099).

À défaut de motivation suffisante, l'enquête de la Commission sera assimilée à une *fishing expedition* et pourra, pour ce motif, être annulée par le juge européen qui rappelle que « lorsqu'elle effectue une inspection dans les locaux d'une entreprise en vertu de l'article 20 § 4, du règlement n° 1/2003, la Commission est tenue de limiter ses recherches aux activités de cette entreprise relatives aux secteurs indiqués dans la décision ordonnant l'inspection » (Trib. UE, 14 nov. 2012, aff. T-135/09, Nexans France SAS c/ Commission, EU:T:2012:596, pt. 64). Cela n'empêche toutefois pas la Commission d'étendre le champ matériel de son investigation, en adoptant de nouvelles décisions, lorsqu'au cours d'opérations d'inspection elle a connaissance de documents qui, tout en suggérant l'existence d'infractions aux règles de concurrence, ne présentent aucun rapport avec l'objet de son enquête initiale. Le Tribunal a en effet déduit du cadre légal relatif aux enquêtes qu'« on ne saurait conclure qu'il serait interdit à la Commission d'ouvrir une procédure d'enquête, afin de vérifier l'exactitude ou de compléter des informations dont elle aurait eu incidemment connaissance au cours d'une vérification antérieure, au cas où ces informations indiqueraient l'existence de comportements contraires aux règles de concurrence. En outre, la Commission, ayant obtenu des documents dans une première affaire et les ayant utilisés comme indice pour ouvrir une autre procédure, est en droit de demander, sur le fondement de mandats ou décisions de vérification relatifs à cette seconde procédure, une nouvelle copie de ces documents et de les utiliser alors comme moyens de preuve dans cette seconde affaire » (TPICE, 20 avr. 1999, aff. jtes T-305/94, T-306/94, T-307/94 et a., Elf Atochem SA c/ Commission, EU:T:1997:83, pt. 18).

## B. — Mise en œuvre des inspections sur décision

1098

### Le défaut de collaboration de l'entreprise et les sanctions éventuelles

Contrairement aux inspections par voie de mandat, les enquêtes sur décision ne laissent pas de possibilité aux entreprises de s'y opposer. Elles sont réalisées de manière inopinée, ce qui signifie que les entreprises ne sont pas informées au préalable. Elles n'ont alors d'autre choix que de collaborer avec les enquêteurs. La collaboration des entreprises implique de fournir à la Commission les éléments qu'elle demande et de ne

pas faire obstruction au bon déroulement de l'inspection. Cela suppose également une participation active de l'entreprise s'agissant notamment des recherches et saisies informatiques. L'entreprise peut ainsi être appelée à bloquer la messagerie électronique d'un ou plusieurs de ses employés, suspendre la connexion de certains ordinateurs à son serveur et, de façon générale, assister la Commission afin qu'elle ait les accès nécessaires à l'ensemble du système informatique de l'entreprise. L'obligation de collaboration qui s'impose à toute entreprise faisant l'objet d'une inspection exige qu'elle présente aux inspecteurs tous les documents requis et non qu'elle donne simplement l'accès à ces derniers (Déc. Comm. n° 80/334/EEC, 20 déc. 1979, Fabbrica Pisana, JOCE 21 mars 1980, n° L 075).

Toute opposition est passible d'une amende dont le montant maximal peut représenter jusqu'à 1 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 23 § 1) à laquelle peut s'ajouter une astreinte journalière dont le montant peut atteindre 5 % du chiffre d'affaires journalier de l'entreprise (Règl. (CE) n° 1/2003, art. 24), étant précisé que le chiffre d'affaires de référence est celui du groupe, tous produits confondus. Ces sanctions pourront également être imposées en cas de manquements commis par négligence étant donné qu'il n'est pas simplement demandé aux entreprises de ne pas entraver l'inspection de la Commission mais également de collaborer activement en mettant tout en œuvre pour répondre aux demandes de la Commission. Il s'agit donc d'une vision objective de l'infraction qui ne nécessite pas pour la Commission de démontrer l'intention d'obstruction de l'entreprise. La seule constatation de l'infraction emporte condamnation. En outre, pour fixer le montant de l'amende la Commission prend en compte la gravité de l'infraction et la durée de celle-ci (Règl. (CE) n° 1/2003, art. 23 § 3).

Dans le cadre des inspections, plusieurs comportements sont susceptibles d'être sanctionnés. Le règlement (CE) n° 1/2003 prévoit ainsi que le refus de se soumettre à l'inspection peut être puni ; ce qui peut être le cas d'un refus partiel, comme le refus d'accès à un bureau (Déc. Comm. n° 94/735/CE, 14 oct. 1994, Akzo Chemicals BV, JOCE 15 nov., n° L294). La présentation incomplète de documents est également visée : à ce titre la Commission a sanctionné l'entreprise qui refusait de lui laisser prendre copie d'un document qu'elle avait consulté (Déc. Comm. n° 92/500/CEE, 7 oct. 92, CSM-Sucre, JOCE 21 oct. 1992, n° L 305). Les bris de scellés sont également visés par le règlement (Règl. (CE) n° 1/2003, art. 23, § 1, sous e) ; voir n° 1109). Toute obstruction pourra par ailleurs être appréhendée comme circonstance aggravante avec pour effet de majorer le montant de l'amende finale liée à l'infraction au droit de la concurrence (Déc. Comm. 20 nov. 2007, aff. COMP/38.432 - Bandes vidéo professionnelles, JOCE 1<sup>er</sup> mars 2008, n° C57).

La Commission peut demander aux agents de l'autorité de concurrence sur le territoire duquel se déroule l'inspection de lui prêter « activement assistance » (Règl. (CE) n° 1/2003, art. 20, § 5) notamment si l'usage de la force publique est nécessaire pour que la mission d'inspection soit exécutée. Le règlement (CE) n° 1/2003 prévoit que tout recours à la force publique doit être conforme au droit national (Règl. (CE) n° 1/2003, art. 20, § 6). La Commission peut demander que les agents nationaux prennent toute mesure préventive nécessaire pour que ses agents soient en mesure d'accomplir leur mission (Règl. (CE) n° 1/2003, art. 20 § 7).

### Remarques

L'assistance aux enquêtes de la Commission est prévue en droit français à l'article L. 490-9 du code de commerce qui précise que les agents de l'Autorité ainsi que les fonctionnaires désignés et habilités par le ministre de l'Économie disposent, dans ce cadre, des pouvoirs qui leur sont reconnus par le droit français et par le règlement (CE) n° 1/2003. En outre, pour que l'opposition de l'entreprise ne fasse pas obstacle à la décision d'inspection de la Commission, une ordonnance du juge des libertés et de la détention (JLD) qui habilite les agents à procéder, si nécessaire, de force, avec le concours des services de police, à des opérations de visite et saisie, devra être sollicitée conformément à l'article L. 450-4 du code de commerce.

**Droit de regard du juge national sur la décision de la Commission**

Dans le cadre de son contrôle, le juge national dispose d'un droit de regard sur la motivation de la décision de la Commission. En pratique, ce contrôle se limite à la vérification des exigences de forme et à l'absence d'un éventuel détournement de pouvoir. Le paragraphe 8 de l'article 20 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 dispose ainsi que le juge national contrôle « que la décision de la Commission est authentique et que les mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives par rapport à l'objet de l'inspection ». Le juge national ne peut en aucun cas remettre en cause le bien-fondé de la mesure décidée par la Commission. Cependant, dès lors que les autorités nationales peuvent être amenées à concourir aux inspections réalisées par la Commission, s'est posée la question de l'étendue du contrôle juridictionnel opéré par le juge national lorsque celui-ci, sollicité en application de l'article 20, § 8, du règlement (CE) n° 1/2003, avait à se prononcer sur une demande d'autorisation judiciaire permettant aux agents nationaux de concourir aux opérations diligentées par la Commission. En réponse à une question préjudicielle posée par la Cour de cassation française, la Cour de justice a précisé, dans un arrêt *Roquette Frères SA*, qu'il convenait de parvenir à un équilibre entre la protection juridictionnelle devant être assurée aux entreprises inspectées et l'application effective du droit de la concurrence. C'est la raison pour laquelle la Cour de justice impose à la Commission de transmettre au juge national les éléments suivants : un descriptif des caractéristiques essentielles de l'infraction suspectée (marché concerné et nature des pratiques anticoncurrentielles), des précisions quant à l'implication de l'entreprise concernée, des explications sur les éléments conduisant la Commission à suspecter l'entreprise concernée, des informations sur les éléments que la Commission recherche dans le cadre de son inspection. Enfin, lorsque la demande d'autorisation est formulée à titre préventif (Règl. (CE) n° 1/2003, art. 20, § 7), la Commission doit être en mesure d'expliquer les difficultés auxquelles elle serait nécessairement confrontée, en cas d'absence d'autorisation nationale, pour établir la réalité de l'infraction et notamment ses soupçons d'opposition de l'entreprise aux opérations de vérification (CJCE, 22 oct. 2002, aff. C-94/00, *Roquette Frères SA*, EU:C:2002:603, pt. 99).

## SOUS-SECTION 2

**Typologies des pouvoirs des enquêteurs****§ 1. Accès aux locaux****Accès aux locaux de l'entreprise**

Le règlement (CE) n° 1/2003 prévoit que la Commission peut « accéder à tous les locaux, terrains et moyens de transport des entreprises et associations d'entreprises » lors de ses inspections (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 20, § 2, a). La Commission retient, et cela a été validé à plusieurs reprises par le juge européen, une approche extensive de cette énumération. Les locaux de l'entreprise s'entendent à la fois du siège social de l'entreprise mise en cause et de ses succursales, bâtiments commerciaux ou entrepôts, que l'entreprise en soit propriétaire ou locataire (Déc. Comm. n° 94/735/CE, 14 oct. 1994, *Akzo Chemicals BV*, 15 nov. 1994, n° L294). La décision d'inspection vise ainsi l'adresse principale de la société mise en cause tout en précisant que « la vérification peut avoir lieu dans tous les établissements de cette entreprise » (CJUE, 22 oct. 2002,

aff. C-94/00, *Roquette Frères*, EU:C:2002:603, pt. 10).

De la même manière, la Commission peut étendre le périmètre des locaux visités au regard des fonctions exercées par un membre du personnel de la société visée par la décision d'inspection. À ce titre, la Commission a, par exemple, pu inspecter les locaux d'une société sœur de celle mentionnée par la décision au motif qu'un dirigeant de cette dernière exerçait également des fonctions au sein d'une autre entité du groupe. L'exercice d'autres fonctions par les dirigeants de l'entreprise visée par l'inspection constitue par ailleurs une question communément posée par les inspecteurs dès le commencement de l'inspection (N. Jalabert-Doury, *Les inspections de concurrence*, Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 88).

En outre, dans un recours visant à contester l'amende imposée en raison d'une entente dans le transport maritime de passagers, la requérante alléguait l'illégalité de la décision de sanction au motif notamment qu'elle s'appuyait sur des éléments collectés dans les locaux d'une entreprise qui n'était pas destinataire de la décision d'inspection. La Commission avait en effet étendu son inspection aux locaux du gestionnaire commercial de la société visée. Le Tribunal a considéré que ces locaux constituaient le véritable centre d'activités commerciales de l'entreprise, si bien que l'agent de l'entreprise visée devait être associé à elle (TPICE, 11 déc. 2003, aff. T-65/99, *Strintzis Lines Shipping c/ Commission*, EU:T:2003:336, pts. 53-60) mais il a néanmoins jugé qu'il « serait excessif et contraire au règlement 4056/86 [du Conseil du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes] et aux principes fondamentaux de reconnaître à la Commission de façon générale un droit d'accès, sur la base d'une décision de vérification adressée à une entité juridique déterminée, aux locaux d'une entité juridique tierce sous le simple prétexte qu'elle est étroitement liée au destinataire de la décision de vérification ou que la Commission pense pouvoir y trouver des documents de cette dernière [...] » (TPICE, 11 déc. 2003, aff. T-66/99, *Minoan Lines c/ Commission*, EU:T:2003:337, pt. 83 et L. Idot, *Transport maritimes*, Europe 2004, comm. 52).

**Accès aux autres locaux**

Au-delà de la conception extensive des locaux pouvant être visités, la Commission peut également inspecter d'autres locaux dans lesquels pourraient, selon elle, être conservés des documents comptables et professionnels relevant du champ d'investigation de la Commission (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 21). L'inspection est alors obligatoirement menée par voie de décision, qui précise comme pour toute inspection réalisée en vertu du paragraphe 4 de l'article 20 du même règlement, l'objet, le but, la date et la possibilité de contester cette dernière devant la Cour de justice de l'UE (voir n° 1123). Il s'agit d'une décision distincte prise sur le fondement de l'article 21 et non 20 du règlement (CE) n° 1/2003.

Cette possibilité d'inspecter d'autres lieux ouvre de nouvelles possibilités d'enquêtes pour la Commission. Il peut s'agir de tous locaux, terrains, moyens de transport où sont susceptibles d'être conservés des documents professionnels utiles à l'enquête en cours et donc de locaux appartenant à des tiers ou un prestataire, tel un restaurant, une banque, un fournisseur, voire les locaux du conseil de l'entreprise. À ce titre, les inspections peuvent également avoir lieu au domicile personnel de dirigeants ou employés de l'entreprise soupçonnée d'avoir participé à des pratiques anticoncurrentielles. La possibilité d'accéder au domicile du personnel dirigeant des entreprises doit cependant s'entendre de manière stricte.

En outre, les inspections menées dans les « autres locaux » ne peuvent intervenir que sur autorisation de l'autorité judiciaire de l'État membre dans lequel se trouvent les lieux visités (Règl. (CE) n° 1/2003, art. 21, § 3). Ainsi, en France, une ordonnance du juge des libertés et de la détention (JLD), qui mentionnera de façon précise les lieux pouvant être visités, devra avoir été obtenue. Comme dans le cadre du contrôle des décisions d'inspection de l'article 20, l'autorité judiciaire s'assure que les « mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives ». Cependant, contrairement à l'étendue du contrôle

juridictionnel sur les décisions d'inspection, l'article 21, § 3, précise les éléments pouvant servir à l'autorité judiciaire pour apprécier la proportionnalité de la mesure et prévoit ainsi qu'elle peut notamment contrôler la décision de la Commission eu égard « à la gravité de la violation suspectée, à l'importance des éléments de preuve recherchés, à l'implication de l'entreprise concernée et à la probabilité raisonnable que les livres et documents liés à l'objet de l'inspection soient conservés dans les locaux dont l'inspection est demandée ». L'autorité judiciaire semble investie ici d'un pouvoir de contrôle plus important que pour les décisions relatives aux inspections des locaux visés à l'article 20, § 8 du règlement (CE) n° 1/2003 des entreprises. Ce contrôle ne peut toutefois pas « remettre en cause la nécessité d'une inspection [...] ». Le contrôle de la légalité de la décision de la Commission [restant] réservé à la Cour de justice » (Règl. (CE) n° 1/2003, art. 21 § 3).

#### Remarques

On constate le développement d'une pratique permettant aux agents d'accéder aux domiciles personnels de salariés de l'entreprise visée par une inspection sans même avoir à recourir à une décision spécifique de la Commission. En effet, l'obligation de collaboration et le risque de sanction expliquent les cas où un salarié de l'entreprise, qui aurait laissé un document ou son ordinateur chez lui, est accompagné à son domicile par un agent de la Commission pour le récupérer (N. Jababert-Doury, *Les inspections de concurrence*, 2<sup>e</sup> éd., Concurrence, Bruylant, 2013, p. 90).

## § 2. Contrôle et saisie des documents utiles à l'enquête

1102

### Pouvoir de la Commission de déterminer les documents recherchés

Le règlement (CE) n° 1/2003 précise que, dans le cadre d'une inspection, la Commission peut « contrôler les livres ainsi que tout autre document professionnel quel qu'en soit le support » (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 20, b). Les documents professionnels ont été définis par la jurisprudence européenne comme ceux « ayant trait à l'activité de l'entreprise sur le marché » (CJCE, 18 mai 1982, aff. C-155/79, *AM & S Europe Limited*, EU:C:1982:157, pt. 16). Elle ne bénéficie dès lors pas d'un droit de regard général sur les documents se trouvant dans les lieux qu'elle inspecte. En d'autres termes, elle ne dispose pas d'un droit de fouille, qui lui permettrait de chercher, de manière aléatoire, des indices et éléments lui permettant de démontrer la pratique anticoncurrentielle alléguée (N. Jababert-Doury, *Les inspections de concurrence*, 2<sup>e</sup> éd. Bruylant, 2013, p. 93). La Commission doit déterminer elle-même les documents qui lui sont nécessaires pour caractériser une infraction aux règles de concurrence, sans pour autant les avoir identifiés de manière très précise, car comme l'a jugé le Tribunal, le droit d'accès dont bénéficie la Commission « serait dépourvu d'utilité si les agents de la Commission devaient se limiter à demander la production de documents ou de dossiers qu'ils seraient à même d'identifier au préalable de façon précise. Un tel droit implique, au contraire, la faculté de rechercher des éléments d'information divers qui ne sont pas encore connus ou pleinement identifiés. Sans une telle faculté, il serait impossible à la Commission de recueillir les éléments d'information nécessaires à la vérification au cas où elle se heurterait à un refus de collaboration ou encore à une attitude d'obstruction de la part des entreprises concernées » (CJCE, 21 sept. 1989, aff. C-46/87, *Hoehchst c/ Commission*, EU:C:1989:337, pt. 27).

En pratique, la Commission demandera alors accès à une certaine catégorie de documents qu'elle a préalablement déterminés, comme les correspondances échangées entre des entreprises ou personnes identifiées au cours d'une période donnée

ou encore les comptes rendus de réunions d'une association d'entreprises en particulier sur une période donnée. Il est même possible aux agents de demander de se faire montrer le contenu des meubles qu'ils désignent. En revanche, ils ne peuvent forcer l'accès de meubles ou locaux, contraindre le personnel de l'entreprise à leur en donner l'accès ou encore d'entreprendre des fouilles sans l'autorisation de l'entreprise (CJCE, 17 oct. 1989, aff. C-97/87, *Dow Chemical Iberica c/ Commission*, U:C:1989:380, pt. 28). La jurisprudence ayant cependant précisé, dans la même décision que la Commission « pourra rechercher, sans la collaboration des entreprises, tous les éléments d'information nécessaires à la vérification [...] » (CJCE, 17 oct. 1989, aff. C-97/87, préc., pt. 29), il n'est dès lors pas évident d'identifier le degré de précision avec lequel la Commission doit formuler ses demandes et dans quelle mesure une demande trop large pourrait être susceptible de contrevenir à l'interdiction du droit de fouille.

1103

### La nature des documents pouvant être saisis

Selon l'article 20, § 2, sous b), du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 du Conseil, la Commission peut contrôler tout document professionnel quel que soit son support. Cela regroupe une grande quantité de documents que la Commission pourra consulter et copier. Il peut ainsi s'agir de documents comptables, de documents commerciaux et organisationnels, toute la correspondance des salariés de l'entreprise, interne comme externe, des comptes rendus de réunion, des notes internes et personnelles, des enregistrements audio de conversations téléphoniques (Trib. UE, 8 sept. 2016, aff. T-54/14, *Goldfish BV e.a. c/ Commission*, EU:T:2016:455, pt. 17) y compris, par exemple, des conversations sur l'outil de messagerie interne de l'entreprise. Dès lors, aussi bien les documents sur support papier que sur support numérique peuvent être concernés.

Concernant les documents papier, ils recouvrent une grande diversité puisqu'il peut s'agir de tout document en lien avec l'activité de l'entreprise. Si ceux mentionnés ci-dessus viennent spontanément à l'esprit lorsque l'on parle de documents professionnels, des éléments qui peuvent paraître plus annexes et qui touchent aux activités quotidiennes des salariés de l'entreprise, comme des notes de frais, des titres de transport, copies de factures téléphoniques détaillées, ou encore des agendas, sont également concernés. Ceux-ci sont en effet essentiels car ils concourent à l'établissement du contexte et des faits relatifs à l'infraction suspectée, et permettent en particulier d'identifier les participants à une réunion éventuelle. À ce titre, « [s]ouvent, ce sont les décomptes relatifs aux voyages effectués par les dirigeants de la firme qui, comparés à ceux des responsables d'autres entreprises soumises à vérification, permettent à la Commission de découvrir quelles sont les entreprises susceptibles d'avoir participé à l'entente » (Concl. av. gén. J. Mischo, 21 févr. 1989, aff. C-97/87, *Dow Chemical Iberica c/ Commission*, pt. 23). Les documents saisissables englobent aussi des éléments qui semblent pourtant relever du droit au respect de la vie privée. Mais il a très vite été admis que les agendas et autres effets utilisés aussi bien à des fins personnelles que professionnelles pouvaient être consultés et saisis par la Commission (Concl. av. gén. J. Mischo, 21 févr. 1989, préc., pt. 23). Toutefois, les données personnelles contenues dans les éléments saisis seront supprimées dans les copies des enquêteurs. Il faut également mentionner les documents appartenant à des tiers mais dont l'entreprise détiendrait une copie, par exemple, la grille tarifaire ou les conditions contractuelles d'un concurrent. La Commission ne saisit que des copies des documents et non pas des originaux.

Concernant les documents sur support électronique, les enquêteurs de la Commission bénéficient, là encore, de pouvoirs significatifs puisqu'ils peuvent effectuer des recherches dans tous les supports informatiques de l'entreprise (messagerie, documents partagés sur le réseau de l'entreprise, clés USB, mémoire de photocopieurs etc.). Dans le même esprit, les supports numériques dont l'utilisation est aussi bien privée que

professionnelle (v. BYOD – *Bring Your Own Device*) peuvent être examinés par les agents de la Commission. Ces derniers peuvent même saisir des données et informations sur les téléphones, tablettes ou autre appareil électronique (Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No. 1/2003, pt. 10).

### Modalités de recherche et saisie des documents par les enquêteurs

Les inspections menées par la Commission revêtent une importance particulière car, en pratique, elles constituent le point de départ de la très grande majorité de ses enquêtes concurrence (F. Christ et C. Gauer, Les infractions procédurales en droit européen de la Concurrence, Concurrences, n° 4-2012, p. 29). Avec l'évolution des supports documentaires, les modalités de recherche se sont elles aussi complexifiées et justifient le recours à de nouveaux moyens. Ainsi, l'obligation de collaboration des entreprises permettra aux enquêteurs d'obtenir, dès leur arrivée, des précisions quant à l'architecture et au fonctionnement du système informatique, aux modalités de sauvegarde ainsi qu'aux mots de passe nécessaires pour accéder aux documents et en prendre copie. Les agents demanderont également à ce que les fichiers cryptés leur soient rendus accessibles. Pour réaliser ces recherches de plus en plus sophistiquées, la Commission s'est dotée de moyens humains et techniques dédiés qui lui permettent notamment de restaurer des documents effacés (opération dites de *forensics*) ou de rechercher des documents par mots-clés parmi un volume considérable de données électroniques. Les enquêteurs effectuent ces recherches au moyen d'outils développés pour cet usage, les *Forensic IT tools* (en l'occurrence les logiciels Encase et Nuix ; Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No. 1/2003, pt. 10). La Commission a détaillé sa manière de procéder dans une note explicative relative aux inspections menées en application de l'article 20, § 4 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002, dont la dernière version a été publiée le 18 mars 2013, pour y inclure des précisions concernant les saisies électroniques (L. Piazza, *The Revision of the Commission Explanatory Note on European Commission Surprise Inspections*, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 4, n° 5, 1 oct. 2013, p. 421).

En pratique, les recherches débutent par une copie-image du support de stockage qui est transférée sur le serveur Nuix de la Commission auquel les enquêteurs vont se connecter pour identifier et copier les documents qu'ils estiment pertinents. L'ensemble des documents identifiés sont ensuite répertoriés dans un index et stockés sur un support annexe - en pratique une clé-USB ou un disque dur externe - dont un exemplaire est remis à l'entreprise. Lorsque les enquêteurs n'ont pas le temps de terminer leur sélection ou si la société conteste la sélection faite au motif par exemple qu'elle contiendrait des correspondances relevant du secret professionnel entre un avocat et son client, ils recourent à la procédure dite de l'« enveloppe scellée ». Celle-ci consiste à conserver les informations encore non examinées ou faisant l'objet d'une contestation sur un support dédié, dont une copie est fournie à l'entreprise. L'examen se fera alors dans un second temps au sein des locaux de la DG Comp en présence de l'entreprise et/ou de son conseil. En cas de désaccord l'entreprise peut en référer au conseiller-auditeur (voir n° 1120) et/ou contester la décision de la Commission d'ouvrir l'enveloppe scellée (Trib. UE, ord., 30 oct. 2003, aff. T-125/03 R., Akzo et Akros, EU:T:2003:287 annulée par CJUE, 27 sept. 2004, aff. C-7/04 R., Akzo et Akros, EU:C:2004:566). Les documents pertinents seront identifiés et répertoriés à l'image du processus suivi durant l'inspection (D. Van Erps, *The EU Commission's practice for antitrust digital inquiries*, Concurrences, n° 2-2010, p. 191). Enfin, dans le cas où l'entreprise considérerait que la Commission a effectivement saisi un document sans lien avec les pratiques soupçonnées, elle peut en demander la restitution à tout moment (Déc. Comm. n° 92/500/CEE, 7 oct. 1992, CSM-Sucre, JOCE 21 oct. 1992, n° L 305).

### Remarques

Le juge européen ne s'est pas encore prononcé sur certaines questions relatives à l'étendue des saisies informatiques effectuées par la Commission, notamment sur le cas dans lequel les données de l'entreprise seraient stockées en dehors du territoire de l'Union européenne. Des agents de la Commission ont indiqué que, à supposer que des documents soient accessibles depuis les postes auxquels ils ont accès lors de leurs inspections, ils sont logiquement habilités à en prendre connaissance et à les copier (F. Christ et C. Gauer, Les infractions procédurales en droit européenne de la concurrence, Concurrences, n° 4-2012, p. 30). Cependant, dans certains pays, comme par exemple la Suisse, l'extraction de documents stockés sur le territoire national est sanctionnée par le droit pénal. Permettre une telle extraction sans l'autorisation des instances nationales compétentes pourrait faire courir des risques à l'entreprise. Un arbitrage devra donc être trouvé par le juge européen pour ne pas faire peser sur les entreprises un risque disproportionné de poursuite, et *in fine*, de sanction.

### L'interdiction de recueillir et d'utiliser des documents sans lien avec l'objet et le but de la décision d'inspection – contours et exceptions

La Cour de justice a considéré que le lien devant exister entre le document recherché et le but de l'inspection constituait une exigence procédurale fondamentale (CJCE, 17 oct. 1989, aff. C-97/87, Dow Chemical Iberica c/ Commission, EU:C:1989:380, pt. 26). Cependant, son application concrète suscite un certain nombre de difficultés. Une première limitation à son application apparaît lors de la définition de l'objet et du but de l'inspection. Ces derniers étant souvent définis de manière large (voir n° 1097), la Commission dispose d'une marge de manœuvre importante. Une seconde limite réside dans la faculté de la Commission de déterminer quels sont les documents qui lui sont nécessaires. La Commission est alors en quelque sorte juge et partie puisqu'elle apprécie le caractère « nécessaire » d'un document par rapport aux besoins d'une enquête dont elle détermine elle-même les finalités. Enfin, toute entreprise qui considérerait que la Commission a, de manière erronée, saisi un document qui est sans rapport avec l'objet et le périmètre de son inspection doit, avant tout recours devant la juridiction de l'Union européenne, solliciter la Commission. Si cette dernière refuse de restituer le document en question, l'entreprise pourra alors en référer au Tribunal. La Commission pourra en outre sanctionner le refus d'une entreprise de communiquer un document (Déc. Comm. n° 92/500/CEE, 7 oct. 92, CSM-Sucre, JOCE 21 oct. 1992, n° L 305).

L'interdiction d'utiliser les documents recueillis à des fins étrangères à celles de l'enquête, pourtant rappelée à plusieurs reprises par le juge européen (Trib. UE, 14 nov. 2012, aff. T-135/09, Nexans France SAS, EU:T:2012:596, pt. 64), fait également l'objet d'une application assez permissive. L'avocat général dans l'affaire *Dow Chemical* la justifiait en indiquant que l'on « ne saurait cependant obliger les agents de la Commission à fermer les yeux si au cours d'une vérification portant sur un produit donné, ils trouvent par hasard des indications au sujet d'une entente ou d'une position dominante relative à un autre produit [...] » (Concl. av. gén. J. Mischo, 21 févr. 1989, aff. C-97/87, Dow Chemical Iberica c/ Commission, pt. 206). Le Tribunal a par la suite jugé qu'« il ne pourrait en être conclu qu'il serait interdit à la Commission d'ouvrir une procédure d'enquête, afin de vérifier l'exactitude ou de compléter des informations dont elle aurait eu incidemment connaissance au cours d'une vérification antérieure, au cas où ces informations indiqueraient l'existence de comportements contraires aux règles de concurrence du traité » (Trib. UE, 6 sept. 2013, aff. T-289/11, Deutsche Bahn c/ Commission, EU:T:2013:404, pt. 125 ; v. égal. Trib. UE, 16 juin 2015, aff. T-655/11, FSL Holdings e.a. c/ Commission, EU:T:2015:383, pt. 54). En pratique, lorsqu'elle découvre de manière fortuite



des indices d'une autre infraction, il suffit à la Commission d'adopter une autre décision de demande de renseignements ou d'inspection pour finalement obtenir, en toute légalité, ces documents. Plusieurs enquêtes ont été initiées ainsi (à titre d'exemple, le cartel du PVC, Déc. Comm. n° 89/190/CEE, 21 déc. 1988, JOCE 17 mars 1989, n° L 074). Dans l'affaire *Deutsche Bahn*, la société avait contesté l'ouverture d'une seconde enquête et invoqué une utilisation irrégulière des documents découverts dans le cadre d'une première inspection. Le Tribunal a considéré que les arguments développés par les requérantes n'étaient pas « à même de prouver l'existence d'une recherche ciblée illégale » et a également jugé que « [l]e fait que la Commission ait obtenu, pour la première fois, des documents dans une affaire donnée ne confère pas une protection à ce point absolue que ces documents ne pourraient pas être légalement demandés dans une autre affaire et utilisés comme preuve. À défaut, les entreprises seraient incitées, lors d'une vérification dans une première affaire, à donner tous les documents permettant d'établir une autre infraction et à se prémunir ainsi de toute poursuite à cet égard » (Trib. UE, 6 sept. 2013, aff. T-289/11, *Deutsche Bahn c/ Commission*, EU:T:2013:404, pt. 127).

### § 3. Possibilité de demander des explications

1106

#### Les demandes d'explication

La possibilité de demander des explications en vertu de l'article 20, § 2, sous e) du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 permet d'interroger, à l'oral, un représentant ou un membre du personnel de l'entreprise. Elle doit être distinguée de la demande de renseignements prévue par l'article 18 du même règlement qui est, quant à elle, sujette à davantage de formalisme (voir n° 1112). La formule initiale contenue à l'article 14, § 1, sous c) du règlement (CEE) n° 17/62 du 6 février 1962 (prédécesseur du règlement (CE) n° 1/2003) précisait que les inspecteurs de la Commission avaient le droit « de demander sur place des explications orales », ce que la Cour de justice avait interprété comme la possibilité « de demander des renseignements sur des questions concrètes spécifiques découlant des livres et des documents professionnels » (CJCE, 26 juin 1980, aff. C-136/79, *National Panasonic c/ Commission*, EU:C:1980:169, pt. 15). Dans ce contexte, leurs questions portaient principalement sur les documents saisis (leur localisation, leur nature, le contexte ayant présidé à leur élaboration et leur auteur). En outre, la Cour de justice considérait que cette prérogative ne pouvait s'apparenter à une procédure spécifique autonome et a par conséquent jugé que les procès-verbaux reprenant les explications orales d'un membre de l'entreprise ne constituaient pas des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours (CJCE, 9 juin 1997, aff. T-9/97, *Elf Atochem SA c/ Commission*, EU:T:1997:83, pt. 23). Avec le nouveau règlement, les inspecteurs ne sont plus limités aux seuls documents présents sur les lieux inspectés mais peuvent également interroger « tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise [...] sur des faits ou documents » (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 20 § 2, e). Il pourra alors s'agir de questions visant à obtenir des éléments factuels liés à une réunion (date, lieu, participants) ou relatifs aux modalités d'application d'une politique commerciale. Les réponses et explications apportées par l'entreprise aux questions de la Commission peuvent faire l'objet d'un enregistrement, audio ou visuel, le règlement (CE) n° 773/2004 précisant en effet que « les explications fournies peuvent être enregistrées sous toute forme ». Une copie de l'enregistrement est alors remise à l'entreprise à la fin de l'inspection (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 4, § 1 et 2 ; Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No. 1/2003, pt. 7).

Les demandes doivent cependant être « en rapport avec l'objet et le but de l'inspection » (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc.

2002, art. 20, § 2, e)). Cette exigence, tout comme l'interdiction du droit de fouille, contribue à garantir la protection des droits fondamentaux de l'entreprise inspectée et permet de s'assurer que la Commission n'étend pas ses enquêtes à des pratiques et des secteurs différents de ceux à l'origine de sa démarche. Les inspecteurs ne peuvent pas non plus poser des questions qui porteraient atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer, quand bien même d'ailleurs celles-ci présenteraient un rapport avec l'objet et le but de l'inspection (CJCE, 18 oct. 1989, aff. C-374/87, *Orkem c/ Commission*, EU:C:1989:387, pt. 35). Par conséquent, le refus de répondre à une question auto-incriminante ne pourra s'analyser en un manquement au devoir de collaboration et, à ce titre, ne pourra être sanctionné sur le fondement de l'article 23, § 1 du règlement (CE) n° 1/2003. Cette exigence est particulièrement importante dans un contexte oral où les inspecteurs peuvent être tentés d'interroger des membres du personnel de l'entreprise au-delà de cette limite tout en sachant que ces derniers pourraient craindre de se voir imposer une sanction pour défaut de collaboration. Cette pratique apparaît d'autant plus problématique que « les questions de fond [...] remettent directement en cause le droit de l'entreprise de préparer sa défense [...] » (N. Jalabert-Doury, *Les inspections de concurrence*, 2<sup>e</sup> éd., Bruylant, p. 43). Précisons que dans la mesure où la saisine du conseiller-auditeur au sujet de questions auto-incriminantes n'est applicable que pour les demandes de renseignements formulées par écrit (voir n° 1121 et n° 1122), il est impératif que l'entreprise soit particulièrement vigilante quant à la nature des questions posées. Par ailleurs, si l'entreprise répond à des questions en dehors du champ de son enquête, la Commission pourra s'appuyer sur les réponses données car il sera considéré que l'entreprise y a consenti (N. Jalabert-Doury, *Les inspections de concurrence*, 2<sup>e</sup> éd., Bruylant, p. 122).

1107

#### Les personnes interrogées

L'article 20 § 2, sous e) du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 précise que les agents de la Commission peuvent interroger « tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise ou de l'association d'entreprises ». Lorsque les inspecteurs ne désignent pas la personne qu'ils souhaitent interroger, l'entreprise désigne son représentant et les réponses qu'il formulera seront, alors, directement imputables et opposables à la société. (Déc. Comm. n° 80/334/CEE, 20 déc. 1979, *Fabbrica Pisana*, JOCE 21 mars 1980, n° L 075).

Il est toutefois possible que la Commission souhaite obtenir des réponses d'une personne en particulier, soit parce que son nom apparaît dans un document d'ores et déjà en possession des enquêteurs (par exemple suite à une demande de clé-mence ou à une plainte) soit qu'elle est en charge des produits ou services visés par l'enquête. La personne en charge de répondre peut également être désignée par l'entreprise, sachant que cette dernière est plus à même de déterminer la personne idoine pour répondre aux questions de la Commission, dans l'hypothèse où sa demande d'explications porterait, par exemple, sur un aspect particulièrement technique de l'activité de l'entreprise (Kerse & Khan, *EU Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell, 6<sup>e</sup> éd., 2012, p. 172). Le devoir de collaboration implique, pour l'entreprise, de rendre disponible la personne sollicitée par la Commission et pour la personne interrogée, de se présenter.

En revanche, les contours de l'obligation de répondre ne sont pas clairement établis et cela pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les personnes physiques ne sont pas, en tant que telles, tenues dans le cadre d'inspections par cette obligation qui incombe aux seules personnes morales faisant l'objet d'une enquête. Par ailleurs, l'analyse de la lettre de l'article 19 du règlement (CE) n° 1/2003 suggère plutôt la possibilité pour le salarié de l'entreprise de refuser de répondre puisqu'il précise que « la Commission peut interroger toute personne physique ou morale qui accepte d'être interrogée ». Il semble logique que les membres de l'entreprise faisant l'objet d'une inspection bénéficient, à tout le moins, des mêmes droits que les tiers. Si en cas de refus de réponse de la part de l'employé, le risque ne semble pas nul pour l'entreprise en l'absence de jurisprudence et de prise de position par la Commission sur le sujet, il est à ce jour difficile de se prononcer avec certitude.

Enfin, dans le cas où une personne, qui n'est pas autorisée à représenter l'entreprise, fournirait des explications en prétendant les donner au nom de son entreprise, ces explications pourront être amendées ou corrigées dans un délai fixé par la Commission (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 4, § 3). Plus qu'une simple faculté, il semble s'agir là d'une véritable obligation puisque, à défaut de rectification, l'entreprise pourra, à ce stade, être sanctionnée sur le fondement de l'article 23, § 1, sous d) qui prévoit qu'une amende peut être infligée aux entreprises « [omettant] de rectifier dans un délai fixé par la Commission une réponse incorrecte, incomplète ou dénaturée donnée par un membre du personnel ».

## § 4. Apposition de scellés

### 1108 Modalités d'apposition de scellés

Le règlement (CE) n° 1/2003 prévoit que, dans le cadre d'une inspection, la Commission peut « apposer des scellés sur tous les locaux commerciaux et livres ou documents pendant la durée de l'inspection et dans la mesure où cela est nécessaire aux fins de celle-ci » (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 20, d). Cette possibilité n'existe toutefois pas en cas d'inspection au sein de domiciles ou d'autres types de locaux (Règl. (CE) n° 1/2003, art. 21 § 4). Les scellés sont limités dans le temps mais aussi dans leur périmètre. Ils ne peuvent ainsi dépasser la durée de l'inspection et le préambule du règlement (CE) n° 1/2003 précise que les scellés ne peuvent, en tout état de cause, être apposés pendant plus de 72 heures (Règl. (CE), n° 1/2003, consid. 25). Ils seront aussi par exemple utilisés à la fin d'une première journée d'inspection, lorsque celle-ci doit se dérouler sur plusieurs jours ou apposés sur des meubles que les enquêteurs souhaitent protéger avant leur retour dans les locaux. Cette limite temporelle dépendra néanmoins des documents ou lieux mis sous scellés et des contraintes pour l'activité normale de la société inspectée, sachant que la limitation d'accès à une salle d'archives sera nécessairement moins problématique que l'apposition de scellés à l'entrée d'un bureau. De même, le caractère nécessaire des scellés doit pouvoir être démontré. Par exemple, pour la salle de réunion qui a été mise à disposition des enquêteurs de la Commission pendant le temps de son enquête et où elle stocke les documents qu'elle n'a pas encore pu copier et inventorier (Déc. Comm. C (2008) 377 final, 30 janv. 2008, COMP/B-1/39.326 et E.ON Energie AG, JOCE 19 sept. 2008, n° L 240).

Pour chaque scellé, un procès-verbal est dressé avec la photographie de l'endroit où il a été apposé. De même, un nouveau procès-verbal est établi lorsqu'il est retiré. Précisons que, selon la Commission, le fait de demander la suspension temporaire d'une messagerie électronique équivaut à une apposition de scellés et devra, à ce titre, également faire l'objet d'un procès-verbal (Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No. 1/2003, pt. 19). Les scellés sont en pratique des autocollants en plastique, qui ne peuvent se déchirer et qui comportent une mention précisant qu'il s'agit du scellé apposé par la Commission ainsi qu'un avertissement relatif à une possible sanction dans le cas où il serait brisé. Lorsqu'ils sont décollés, ils laissent sur la surface où ils sont apposés, l'inscription « VOID » si bien que, dans le cas où ils seraient retirés puis remis par des salariés de l'entreprise inspectée, cela est facilement identifié (CJUE, 22 nov. 2012, aff. C-89/11 P, E.ON Energie c/ Commission, EU:C:2012:738, pts. 8-11). Enfin, la Commission recommande que l'entreprise adresse à tout le personnel une note les informant de l'enquête en cours et de l'apposition de scellés, ceux-ci pouvant également consister en des blocages de comptes pour éviter qu'un salarié ne tente de s'y connecter et d'en supprimer certains contenus considérés comme potentiellement incriminants.

### Exemple



### 1109 Sanction du bris de scellés

Le bris des scellés peut, conformément à l'article 23 du règlement (CE) n° 1/2003, être sanctionné par une amende de procédure d'un montant maximal de 1 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 23, § 1, e). Les décisions adoptées en la matière témoignent de la sévérité de la Commission. À cet égard, la sanction prononcée à l'encontre de la société E.ON, condamnée à une amende de 38 millions d'euros correspondant à 0,14 % du chiffre d'affaires de l'entreprise, en constitue un exemple (G. Muguet-Poullennec, L'amende pour bris de scellés après l'arrêt E.ON du Tribunal : de la sanction d'une négligence à la nécessité de garantir l'efficacité des inspections, RLC 2011/28, n° 1863).

En pratique, il est très difficile, en dehors d'un cas de force majeure, de contester l'infraction de bris de scellés (Trib. UE, 15 déc. 2010, aff. T-141/08, E.ON Energie AG, EU:C:2012:738, pt. 56). La Commission considère en effet que l'entreprise inspectée est tenue de prendre toutes les précautions nécessaires afin d'empêcher la manipulation des scellés. Quand bien même une affiche supplémentaire portant la mention « ne pas ouvrir ni toucher cette porte sous aucun prétexte » aurait été apposée, la société pourra être sanctionnée comme ce fut, par exemple, le cas de la société Suez Environnement (Déc. Comm., n° C(2011) 3640 final, 24 mai 2011, aff. COMP/39.796 - Suez Environnement, JOUE 27 août, n° C 251). Cette décision a été présentée par les services de la Commission comme démontrant son souhait d'appréhender les infractions de procédure de façon séparée, dans un souci d'assurer l'efficacité des inspections menées pour réunir les preuves nécessaires à la caractérisation des pratiques anticoncurrentielles (C. Gauer, K. Bansard et F. Christ, The Suez Environment seal case – EUR 8 million fine for breaching a Commission seal during an inspection, Competition Policy Newsletter, n° 3, 2011, p. 11).

Enfin, contrairement aux infractions sanctionnées au titre de l'article 23, § 2, sous a), qui vise les infractions commises « de propos délibéré ou par négligence », il n'existe pas de lignes directrices applicables pour les sanctions imposées en vertu de l'article 23, § 1, sous e). Dès lors, la Commission dispose d'une importante liberté pour déterminer le montant de telles sanctions. Dans l'affaire E.ON, le Tribunal a jugé, sans que cela ne soit remis en cause par la Cour de justice, qu'une sanction de 38 millions d'euros « ne saurait être considérée comme disproportionnée par rapport à l'infraction, eu égard à la nature particulièrement grave d'un bris de scellé, à la taille de la requérante et à la nécessité d'assurer un effet suffisamment dissuasif à l'amende, afin qu'il ne puisse être avantageux pour une entreprise de briser un scellé apposé par la Commission dans le cadre d'inspections » (Trib. UE, 15 déc. 2010, aff. T-141/08, E.ON Energie AG, ECLI:EU:T:2010:516, pt. 294).

SOUS-SECTION 3

## Rôle de l'avocat durant les enquêtes

## 1110 La présence de l'avocat

Ni le règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 (et ni le règlement (CEE) n° 17/62 avant lui), ni encore le règlement (CE) n° 773/2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 101 et 102, ne comportent de disposition relative à la présence de l'avocat lors des inspections. La Commission, consciente de l'importance de garantir un exercice effectif des droits de la défense, a cependant très tôt dans la pratique accepté que les entreprises faisant l'objet d'une enquête soient assistées d'un conseil extérieur. Cela a été confirmé à plusieurs reprises par la Cour de justice, notamment dans l'affaire *Roquette Frères*, où le juge rappelle que « les entreprises faisant l'objet de vérifications bénéficient de diverses garanties communautaires, parmi lesquelles figurent, notamment, le droit d'avoir une assistance juridique » (CJCE, 22 oct. 2002, aff. C-94/00, *Roquette Frères*, EU:C:2002:603, pt. 46). Ce droit, et les modalités de son exercice, ne vient en aucun cas limiter les pouvoirs d'enquête de la Commission. Ce principe a été rappelé dans la note explicative de la Commission précisant que si l'entreprise peut consulter un conseil externe lors de l'inspection la présence de celui-ci n'est pas, en tant que telle, une condition de légalité de l'enquête ; son absence n'est donc pas susceptible d'invalider les mesures d'inspection (Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No. 1/2003, pt. 6).

L'entreprise pourra en outre être sanctionnée dans le cas où elle ne collaborerait pas pleinement avec les inspecteurs dans l'attente de son avocat. La Cour de justice a ainsi validé la décision sanctionnant le comportement de l'entreprise ayant demandé à la Commission d'attendre l'arrivée de ses avocats dans une salle d'attente avant de pénétrer dans ses locaux et notamment dans le bureau de son directeur général : « il convient de qualifier le refus de la requérante d'accorder l'accès à son bâtiment aux inspecteurs de la Commission avant l'arrivée de ses avocats, qui a provoqué un retard de 47 minutes dans les opérations de vérification, de refus de se soumettre à la décision de vérifications au sens des dispositions de l'article 15 § 1, sous c), du règlement n° 17 [devenu n° 1/2003] » (Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-357/06, *Koninklijke Wegenbouw Stevin BV c/ Commission*, EU:T:2012:488, pts. 225-233). Il est néanmoins possible que les inspecteurs décident d'accorder un délai, assez limité en pratique, pour attendre l'arrivée d'un conseil ou simplement la consultation de l'entreprise de son avocat par téléphone avant que leurs opérations ne débutent. Ils n'y sont cependant pas tenus, le texte précisant que les inspecteurs peuvent entrer dans les lieux et occuper les bureaux de leur choix sans attendre que l'entreprise ait contacté un avocat (Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No. 1/2003, pt. 6). En tout état de cause, rien n'empêche ensuite l'avocat de fournir un début d'assistance, jusqu'à son arrivée, par téléphone.

## Remarques

Dans le cadre des demandes de renseignements, l'assistance de l'avocat est spécifiquement prévue au paragraphe 4 de l'article 18 du règlement (CE) n° 1/2003. Il est en effet désigné parmi les personnes pouvant répondre à la Commission pour le compte de l'entreprise qui le mandate.

Il en est de même pour les déclarations réalisées au titre de l'article 19 du règlement (CE) n° 1/2003, les personnes ayant accepté d'être interrogées par la Commission peuvent être accompagnées par leur conseil voire même représentées (Manual of Procedures, Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 et 102 TFUE, mars 2012, § 8, pt. 3.2).

1111

## Le contrôle du respect des droits de la défense

Les droits de la défense figurent au nombre des principes fondamentaux protégés par la jurisprudence européenne qui, sur ce point, est fortement influencée par la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'interprétée par la CEDH. Les droits de la défense ont vocation à s'appliquer dès lors qu'existe un risque de sanction, qu'il s'agisse d'amendes ou d'astreintes (CJCE, 13 févr. 1979, aff. C-85/76, *Hoffmann-Laroche c/ Commission*, EU:C:1979:36, pt. 9). Ainsi, même dans le cadre d'une procédure administrative comme la phase précédant la communication des griefs, la Commission doit veiller au respect des droits de la défense et plus particulièrement au droit pour l'entreprise mise en cause de se faire assister par un avocat, à la confidentialité des correspondances entre un client et son avocat ainsi qu'au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (V. Sélinsky, Auditions : le point de vue de l'avocat, RLC 2008/14, n° 1031). La jurisprudence de la Cour de justice témoigne d'une volonté de « mettre en balance les principes fondamentaux du droit de l'Union relatifs au droit de la défense et l'effet utile du pouvoir d'enquête de la Commission, en prévenant la destruction ou la dissimulation possible de documents pertinents » (Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-357/06, *Koninklijke Wegenbouw Stevin BV c/ Commission*, EU:T:2012:488, pt. 231). Dans ce cadre, l'avocat devra analyser la motivation de la décision (voir n° 1097) permettant ainsi de délimiter le périmètre dans lequel peuvent s'exercer les pouvoirs des inspecteurs.

Lors du déroulement de l'inspection le respect des droits de la défense est avant tout garanti par la présence de l'avocat, et ce de différentes façons. En premier lieu, il veillera à la préservation de la confidentialité des correspondances entre le client et son avocat. Dans le cas où elle considérerait que des correspondances sont protégées par le secret professionnel, l'entreprise devra néanmoins fournir aux agents de la Commission les éléments utiles pour déterminer si elles remplissent effectivement les conditions justifiant une protection (TPICE, ord., 30 oct. 2003, aff. jtes T-125/03 et T-253/R, *Akzo Nobel Chemicals*, EU:T:2007:287, pts. 130-134). En cas de désaccord, la Commission met en œuvre la procédure dite de l'enveloppe scellée (voir n° 1104). La Cour de justice a considéré que cette protection n'était applicable qu'aux échanges intervenus dans le cadre et aux fins de la défense du client sur des problématiques de droit de la concurrence. Il s'agit en principe des correspondances postérieures à l'ouverture de la procédure administrative, des correspondances antérieures à l'ouverture de la procédure peuvent être protégées mais dans la seule mesure où elles présentent « un lien de connexité avec l'objet d'une telle procédure » (CJCE, 18 mai 1982, aff. C-155/79, *AM & S Europe Limited*, EU:C:1982:157, pt. 23). De plus, cette protection ne s'applique qu'aux échanges intervenus avec des avocats indépendants (CJUE, 14 sept. 2010, aff. C-550/07 P., *Akzo Nobel Chemicals*, EU:C:2010:512, pt. 49), la jurisprudence ayant sur ce point précisé que « l'exigence relative à la position et à la qualité d'avocat indépendant [...] procède d'une conception du rôle de l'avocat, considéré comme collaborateur de la justice et appelé à fournir, en toute indépendance et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin » (CJCE, 18 mai 1982, aff. C-155/79, *AM & S Europe Limited*, EU:C:1982:157, pt. 24). Il faut également ajouter qu'il est exigé que l'avocat soit inscrit au barreau d'un État membre d'Union européenne (CJCE, 18 mai 1982, préc., pt. 25). Les correspondances intervenues entre les salariés et les juristes de l'entreprise ou un avocat extérieur à l'entreprise mais qui ne serait pas membre d'un barreau d'un État membre d'Union européenne ne sont, par conséquent, pas protégées et peuvent être saisies au même titre que toute autre correspondance qui relèverait du champ de l'enquête. Enfin, dans le cadre des demandes d'explications (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 20, § 2, sous e) ou des auditions volontaires, le respect des droits de la défense consistera à faire respecter la limite tenant au droit de ne pas s'auto-incriminer (TPICE, 29 avr. 2004, aff. jtes. T-236/01, *Tokai Carbon / Commission*, EU:T:2004:118, pts. 402, 404, 406). En effet, le contexte et le risque de sanction pour défaut de collaboration peuvent inciter les personnes interrogées, auxquelles il n'est

pas reconnu un droit au silence, à répondre à toutes les questions des inspecteurs. Dès lors il s'agira pour l'avocat de faire respecter cette limite indispensable à la préservation des droits de l'entreprise.

## SECTION 2

## Les pouvoirs d'enquête des agents de la Commission

### § 1. Les demandes de renseignements

#### A. — Le régime des demandes de renseignements

1112

#### Les mentions obligatoires des demandes de renseignements simples et formelles

En vertu de l'article 18 § 2 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002, la Commission peut, par lettre, demander à une entreprise ou une association d'entreprises des renseignements. Cette faculté présente un intérêt significatif pour la Commission dans la mesure où elle n'est pas limitée à la phase préliminaire de l'enquête, préalable à la communication des griefs, et peut même intervenir après une décision finale (Déc. Comm. n° 2007/53/CE, 24 mars 2004, Microsoft, JOUE 6 févr. 2007, n° L 32). Les demandes de renseignements peuvent également s'ajouter à une inspection, voire se substituer à elle lorsque la Commission dispose déjà d'informations substantielles sur une infraction suite, par exemple, à une demande de clémence. Dans cette hypothèse, le déploiement d'agents pour une inspection dans les locaux des entreprises peut ne pas être la solution la plus adéquate. Enfin, le choix de la Commission entre une demande simple ou formelle de renseignements est libre ; elles peuvent d'ailleurs être utilisées l'une après l'autre. Ainsi la Commission, après une demande simple à laquelle l'entreprise n'aurait pas déféré de manière satisfaisante, pourra adopter une demande par voie de décision. En revanche, le juge peut contrôler si le choix entre l'une et l'autre de ces méthodes est proportionné au regard de la typologie et de la volumétrie des informations demandées. Dans les affaires *Cemex* et *Holcim*, le juge a ainsi considéré qu'il était justifié de recourir à une demande par voie de décision pour une demande de renseignements particulièrement conséquente (Trib. UE, 14 mars 2014, aff. T-292/11, *Cemex c/ Commission*, EU:T:2014:125, pts. 111-112 ; Trib. UE, 14 mars 2014, aff. T-293/11, *Holcim c/ Commission*, EU:T:2014:127, pt. 83).

Si le règlement (CE) n° 1/2003 et son règlement d'application n'imposent pas d'exigences formelles particulières, la lettre de l'article 18 suggère néanmoins que les demandes de renseignements simples sont adressées par écrit et dans une forme qui en permet la transmission, prévue au paragraphe 5, à l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'entreprise a son siège (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 18, § 2 et § 5). En pratique, la première demande est envoyée par lettre recommandée avec accusé de réception et signée par un fonctionnaire habilité, ce qui n'empêche pas, par la suite, des échanges plus informels (TPICE, 30 mars 2000, aff. T-65/96,

*Kish Glass c/ Commission*, EU:T:2000:93, pts. 37-38), par exemple par email. La demande simple doit exposer la base juridique sur laquelle elle repose, son but ainsi que les renseignements demandés.

Les demandes de renseignements formelles supposent, quant à elles, l'adoption d'une décision par la Commission qui sera notifiée à l'entreprise et ne prendra effet qu'à compter de cette notification, faisant ainsi courir le délai qu'elle fixe pour répondre à la demande. Une copie doit également être adressée à l'autorité de concurrence de l'État membre où est situé le siège de l'entreprise. Comme pour les demandes simples, elles indiquent la base juridique sur laquelle elles reposent, le but de la demande et les renseignements demandés. En outre, la décision doit préciser qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un recours.

Parmi les mentions requises, doivent figurer, tant pour les demandes simples que formelles, le délai dans lequel les réponses doivent être fournies ainsi que le risque d'amende en cas d'absence de réponse ou de réponse inexacte. Au titre des articles 23, pour les demandes simples, et 24 du règlement (CE) n° 1/2003, pour les demandes formelles, la Commission peut sanctionner les entreprises en cas de renseignements inexacts ou dénaturés et imposer une astreinte pouvant aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires journalier, dans le cas où l'entreprise n'aurait pas fourni les renseignements demandés. Un délai de réponse raisonnable doit être accordé prenant en compte la complexité de la demande et le volume des informations que l'entreprise doit rassembler. La Commission peut également octroyer un délai supplémentaire lorsque l'entreprise le demande ; en cas de refus, l'entreprise destinataire de la demande de renseignements peut en référer au conseiller-auditeur (voir n° 1121). De même, des aménagements spécifiques peuvent être convenus avec l'équipe en charge de l'enquête au sein de la DG Comp pour que certains renseignements soient communiqués plus rapidement que d'autres.

1113

#### Une exigence commune : la justification de la demande de renseignements

Les demandes de renseignements, à l'image des inspections, doivent présenter une justification à leur requête pour permettre à l'entreprise d'identifier le contexte dans lequel elles s'inscrivent et les griefs qui pourraient être retenus à son égard. La Commission doit donc indiquer la base juridique et le but de sa démarche. Elle doit préciser avec suffisamment de clarté les présomptions qu'elle souhaite confirmer, sans aller jusqu'à détailler l'ensemble des indices dont elle dispose. La jurisprudence ne requiert pas non plus qu'elle qualifie de manière rigoureuse les infractions envisagées (Trib. UE, aff. T-306/11, 14 mars 2014, *Schwenk Zement c/ Commission*, EU:T:2014:123, pts. 31-33). Dès lors, quand bien même la finalité d'une demande de renseignements serait rédigée en des termes très généraux, le juge pourra relever l'irrégularité de la motivation de la décision sans que cela ne provoque pour autant son annulation (Trib. UE, 14 mars 2014, aff. T-296/11, *Cementos Portland Valderrivas c/ Commission*, EU:T:2014:121, pt. 48 ; P. Cardonnel, Demande de renseignements : le Tribunal de l'Union européenne rejette les recours dirigés contre les décisions de demandes de renseignements dans l'affaire du cartel de ciment (*Cemex e.a.*), 14 mars 2014, Concurrences, n° 2-2014, Art. n° 66004, p. 163). La jurisprudence précise également que le caractère suffisant de la motivation de la décision doit être apprécié au regard du contexte dans lequel cette décision s'inscrit, lequel peut permettre de pallier un libellé trop succinct (CJUE, 10 mars 2016, aff. C-267/14 P, *Buzzi Unicem c/ Commission*, EU:C:2016:151, pt. 17). Par ailleurs, lorsqu'une demande de renseignements formelle fait suite à une demande simple, la justification initiale pourra être reprise, sans qu'il soit nécessaire pour la Commission de justifier cette nouvelle mesure par des précisions supplémentaires (TPICE, 9 nov. 1994, aff. T-46/92, *The Scottish Football Association c/ Commission*, EU:T:1994:267, pt. 21).

Lors du contrôle de la décision de demande de renseignements, ou si les mesures d'enquête de la Commission sont

contestées dans le cadre d'un recours formé contre la décision finale, le juge européen vérifiera si les indices avancés étaient suffisamment sérieux pour justifier la démarche de la Commission. En cas de recours, il revient à l'entreprise de démontrer que la Commission lui a adressé une demande de renseignements sans lien avec le but invoqué. La Cour de justice a ainsi pu sanctionner une demande de renseignements que la Commission justifiait par le prétendu besoin d'établir le montant des sanctions alors qu'elle disposait pourtant déjà de toutes les informations nécessaires. Il a été jugé qu'elle avait en l'espèce envoyé sa demande dans le seul but de prolonger artificiellement le délai de prescription (TPICE, 19 mars 2003, aff. T-213/00, *CMA CGM c/ Commission*, EU:T:2003:76, pts. 511-516).

#### Remarques

Dans quatre arrêts du 10 mars 2016, la Cour de justice a, de façon assez remarquable, annulé l'arrêt du Tribunal dans l'affaire *Buzzi Unicem*, considérant que ce dernier avait commis une erreur de droit en jugeant suffisante la motivation pourtant « excessivement succincte, vague et générique et, à certains égards, ambiguë » d'une décision de demande de renseignements intervenue plus de deux ans après les premières inspections. La Cour de justice a considéré que « la décision litigieuse a été adoptée à une date où la Commission disposait déjà d'informations qui lui aurait permis d'exposer avec davantage de précision les soupçons d'infraction qui pesaient sur les entreprises en cause » (CJUE, 10 mars 2016, aff. C-267/14 P, *Buzzi Unicem c/ Commission*, EU:C:2016:151, pt. 40 et CJUE, 10 mars 2016, aff. C-247/14 P., *HeidelbergCement c/ Commission*, EU:C:2016:149 ; CJUE, 10 mars 2016, aff. C-268/14 P, *Italmobiliare c/ Commission*, EU:C:2016:152 ; CJUE, 10 mars 2016, aff. C-248/14 P, *Schwenk Zement c/ Commission*, EU:C:2016:150).

[d]es personnes chargées de les représenter selon la loi ou les statuts. Les avocats dûment mandatés peuvent fournir les renseignements demandés au nom de leurs mandants ». La finalité est d'assurer à la Commission des interlocuteurs *a priori* compétents pour répondre à ses questions et qui pourront engager l'entreprise à laquelle ils appartiennent dans le cas où leur collaboration n'aurait été qu'imparfaite (Kerse & Khan, *EU Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell, 6<sup>e</sup> éd., 2012, p. 116). Enfin, il convient de noter que les gouvernements et les autorités des États membres peuvent également être destinataires de demandes de renseignements de la Commission (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 18, § 6).

#### 1115

#### Les renseignements fournis par les entreprises

Dans ses demandes de renseignements, qu'elles soient simples ou formelles, la Commission est tenue d'indiquer les informations qu'elle recherche ou sollicite. En pratique, la réponse de l'entreprise pourra se traduire par la communication de documents, comme le prévoit le point 23 du préambule du règlement (CE) n° 1/2003 (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, consid. 23), quand bien même la Commission aurait pu, par ailleurs, obtenir ces documents grâce à une inspection. Les inspections et les demandes de renseignements ayant la même finalité, à savoir déceler de potentielles infractions au droit de la concurrence, il est donc envisageable qu'à travers une demande de renseignements la Commission obtienne des informations qu'elle aurait tout aussi bien pu recueillir par le biais d'une inspection. Elle est, par conséquent, libre d'apprécier les pouvoirs d'enquête qu'elle souhaite mettre en œuvre pour rechercher des preuves sur une pratique anticoncurrentielle soupçonnée.

La jurisprudence considère qu'il appartient à la Commission de déterminer quels sont les renseignements nécessaires et rappelle que ceux-ci devront avoir un lien avec l'enquête en cours (TPICE, 12 déc. 1991, aff. T-39/90, *NV Samenwerkende c/ Commission*, EU:T:1991:71, pts. 28-30). Cette appréciation pourra être contrôlée par le juge qui considère cependant qu'une simple corrélation entre l'infraction soupçonnée et les renseignements demandés est suffisante (Trib. UE, 14 mars 2014, aff. T-296/11, *Cementos Portland Valderrivas c/ Commission*, EU:T:2014:121, pt. 66). En tout état de cause, les renseignements apportés doivent permettre d'étoffer le dossier de la Commission, de faire la lumière sur une éventuelle participation de l'entreprise à une pratique anticoncurrentielle ou, tout au contraire, de mettre hors de cause l'entreprise en question. Le Tribunal a ainsi considéré que des renseignements portant sur une période ancienne, antérieure à l'infraction et à l'adhésion d'un État à l'Union européenne, pouvaient être considérées comme nécessaires (Trib. UE, 22 mars 2012, aff. jts T-458/09 et T-171/10, *Slovak Telekom a.s. c/ Commission*, EU:T:2012:145, pts. 60-62).

Si elle n'est pas clairement inscrite dans le règlement (CE) n° 1/2003, l'obligation de répondre de manière véridique et complète aux demandes de renseignements qui pèse sur l'entreprise ne fait pas de doute, qu'elles aient été adoptées par voie de décision ou simplement communiquées à l'entreprise par courrier. De plus, la collaboration doit être qualitative, en ce sens qu'une attitude passive (TPICE, 9 nov. 1994, aff. T-46/92, *The Scottish Football Association c/ Commission*, EU:T:1994:267) ou une réponse partielle seront interprétées, et potentiellement sanctionnées, comme un refus de collaborer. La Commission pourra éventuellement apprécier la véracité et la complétude des renseignements fournis au moyen de vérifications ultérieures (Déc. Comm. n° 82/124/CEE, 25 nov. 1981, *Telos*, JOCE 2 mars 1982, n° L 58). Une réponse incomplète est sanctionnée dès lors que la Commission découvre que l'entreprise disposait de la totalité de l'information demandée. En pratique, il sera difficile en cas de réponse incomplète ou inexistante, d'échapper à une sanction dans la mesure où, à l'heure actuelle, la

## B. — La mise en œuvre des demandes de renseignements

#### 1114

#### Identité des entreprises et personnels interrogés

Le ou les destinataire(s) de la demande de renseignements sont l'entreprise ou les entreprises directement concernée(s) par l'enquête. Le règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 ne pose aucune limite quant au nombre ou au type d'entreprises pouvant être interrogées. Cependant, une incertitude demeure quant à la capacité de la Commission d'interroger des tiers liés à l'entreprise sous enquête tels que, par exemple ses comptables ou banquiers. Il ne sera en tout cas pas possible d'invoquer, par exemple dans le cadre de questions posées au sujet d'une relation avec un client ou un fournisseur, le secret des affaires pour s'opposer à une question et s'abstenir de répondre notamment en raison du fait que la Commission est tenue par l'article 28 du règlement (CE) n° 1/2003 et l'article 339 du TFUE. Ces articles prévoient, respectivement, d'une part, que les informations obtenues dans le cadre des enquêtes de concurrence ne peuvent être utilisées qu'aux fins pour lesquelles elles ont été recueillies et ne doivent pas être divulguées et, d'autre part, que les fonctionnaires et agents de l'Union, y compris après la cessation de leurs fonctions, restent astreints au secret professionnel. Les représentants de l'entreprise devant produire, au nom de celle-ci, les renseignements demandés font, à la différence des demandes d'explications (voir n° 1106), l'objet d'une énumération précise à l'article 18, § 4 du règlement (CE) n° 1/2003. Il s'agit des « propriétaires des entreprises ou leurs représentants et, dans le cas de personnes morales, de sociétés ou d'associations n'ayant pas de personnalité juridique,

jurisprudence n'a jamais admis de justification à un tel manquement. La Commission a par exemple sanctionné une entreprise qui avait refusé de communiquer un certain nombre de documents par crainte d'être pénalement sanctionnée. En l'espèce, l'entreprise CVS soutenait que le droit pénal suisse lui interdisait de communiquer à la Commission des éléments sur une autre entreprise suisse liée à sa propre activité. Or, selon la Commission, cela ne constituait pas une justification suffisante (Déc. Comm. n° 76/593/CEE, 25 juin 1976, CVS, JOCE 16 juill., n° L 192).

La possibilité que la Commission puisse porter atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination constitue en revanche une véritable limite. L'entreprise n'a donc pas à répondre aux questions auto-incriminantes comme l'a jugé la Cour de justice qui considère que lorsque dans sa demande, la Commission « outre des questions purement factuelles et des demandes de production de documents préexistants, demande à une entreprise de décrire l'objet et le déroulement de plusieurs réunions auxquelles elle aurait participé ainsi que les résultats ou les conclusions de ces réunions, alors qu'il est clair que la Commission soupçonne que l'objet desdites réunions était de restreindre la concurrence, une telle demande est de nature à obliger l'entreprise questionnée à avouer sa participation à une infraction aux règles communautaires de la concurrence, de sorte que ladite entreprise n'est pas tenue de répondre à ce type de questions » (Trib. UE, 28 avr. 2010, aff. T-446/05, Amann & Söhne et Cousin Filterie SAS c/ Commission, EU:T:2010:165, pt. 329). De même, la jurisprudence européenne a reconnu que la préparation de la réponse à la demande de renseignements ne doit pas constituer une charge démesurée pour l'entreprise (Trib. UE, 14 mars 2014, aff. T-296/11, Cementos Portland Valderrivas c/ Commission, EU:T:2014:121, pt. 81). La Commission doit également se limiter à demander des documents préexistants.

Enfin, l'amende imposée en cas de renseignements inexacts ou dénaturés peut s'élever à 1 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice précédent, et ce que l'infraction ait été commise de manière volontaire ou par négligence (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 23). À titre d'exemples, a été sanctionnée la négligence de l'entreprise ayant choisi de ne pas communiquer les documents qu'elle ne jugeait pas pertinents ou qui n'avaient pas été spécifiquement demandés (Déc. Comm. n° 2000/146/CE, 14 déc. 1999, Ansheuser-Bush Incorporated/Scottish & Newcastle, JOCE 22 févr. 2000, n° L 049). La communication d'un chiffre d'affaires erroné qui avait, en l'occurrence, conduit la Commission à majorer l'amende imposée, caractérise elle aussi, l'infraction de fourniture d'informations inexacts (TPICE, 24 sept. 2006, aff. T-322/01, Roquette Frères c/ Commission, EU:T:2006:267).

## § 2. Le pouvoir de recueillir les déclarations des parties

1116

**La possibilité pour la Commission de réaliser des entretiens avec des personnes ayant donné leur accord**

Aux termes de l'article 19 § 1, du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002, la Commission peut interroger toute personne physique ou morale qui accepte d'être auditionnée aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête. Si ce pouvoir faisait défaut sous l'empire de l'ancien

règlement (CEE) n° 17/62 (Kerse & Khan, EU Antitrust Procedure, Sweet & Maxwell, 6<sup>e</sup> éd., 2012, p. 180), cela n'avait pas empêché la Commission de prendre en compte des déclarations et témoignages recueillis librement dans le cadre de ses enquêtes. À titre d'exemple, dans sa décision relative à une entente dans le secteur du phosphate de zinc, la Commission fait état de la prise en compte d'« une déclaration verbale » ainsi que d'une « déclaration » ayant complété une lettre communiquée par l'une des sociétés en réponse à une demande de renseignements (Déc. Comm., n° COMP/E-1/37.027, 11 déc. 2001, Phosphate de zinc, JOCE 20 juin 2003, n° L 153, pts. 57-59 et 64). Par ailleurs, dans le cadre des programmes de clémence, de nombreux éléments de preuve prennent la forme de déclarations (Déc. Comm. n° 2003/2/CE, 21 nov. 2001, Vitamines, JOCE 10 janv. 2003, n° L 006). Les déclarations qui pouvaient être formulées auprès de la Commission étaient alors réalisées de façon unilatérale. La nouveauté introduite par le règlement (CE) n° 1/2003 tient à la possibilité pour la Commission de solliciter une personne physique ou morale qui pourra accepter ou non d'être interrogée. Le texte précise en effet, que la Commission peut « interroger » et parle d'un « entretien », de sorte qu'il ne s'agit désormais plus d'une déclaration au sens strict du terme.

Cette possibilité reste donc conditionnée à l'accord exprès de la personne à son audition. Il peut s'agir aussi bien de dirigeants de l'entreprise que de tout autre membre du personnel, y compris ceux ayant quitté l'entreprise mise en cause, qui seraient suspectés d'avoir participé à la conception ou à la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles, l'entretien devant porter uniquement sur des informations « relatives à l'objet d'une enquête ». Par ailleurs, le considérant 3 du règlement (CE) n° 773/2004 précise qu'« avant de recueillir des déclarations orales de personnes physiques ou morales qui consentent à être interrogées, la Commission doit les avertir de la base juridique de l'entretien et de son caractère volontaire. Les personnes interrogées doivent également être informées de l'objectif de l'entretien et de tout enregistrement dont il peut faire l'objet » (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, consid. 3). L'article 19, dans son paragraphe 2, précise également que l'autorité nationale de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel est située l'entreprise dans laquelle se déroule l'entretien devra avoir été informée, par la Commission, de la conduite de cet entretien et pourra, si la Commission le lui demande, « prêter assistance » à ses agents. Enfin, l'article 28 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 insiste sur le fait que les informations obtenues ne pourront être utilisées que dans le cadre pour lequel elles ont été recueillies.

1117

## La procédure de recueil de déclarations

Les entretiens réalisés au titre de l'article 19 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 peuvent être le résultat d'une demande de la Commission ou d'une initiative d'une personne physique ou morale. L'entretien est réalisé dans toute langue officielle de l'Union européenne selon le choix de la personne. Concernant le lieu où l'entretien peut se dérouler, le document interne de la Commission relatif aux procédures d'application des articles 101 et 102, précise qu'il peut s'agir des locaux de la Commission mais également de ceux d'une autorité de concurrence nationale ou des bureaux de l'entreprise concernée (Manual of Procedures, Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 et 102 TFUE, mars 2012, § 8, pt. 3.3). Cette dernière précise que les entretiens n'ont pas à être réalisés en personne et peuvent être faits par téléphone ou vidéo-conférence. En outre, la Commission précise que les auditions doivent être menées au minimum par deux personnes dont l'une doit être un représentant de la Commission. La personne interrogée peut être accompagnée, notamment par son avocat (Manual of Procedures, Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 et 102 TFUE, mars 2012, § 8, pt. 3.1).

Si le recours à l'article 19 n'est pas strictement limité aux procédures de clémence, il reste cependant principalement utilisé dans ce cadre (Manual of Procedures, Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 and 102 TFUE, mars 2012, § 8, pt. 3.2). Les entretiens sont enregistrés ce qui, par l'intermédiaire de leur retranscription, permet de constituer des éléments de preuve de l'infraction. Dans certains cas, ces rencontres ne seront toutefois pas enregistrées pour des questions d'anonymat, certaines des personnes auditionnées, bien qu'acceptant de témoigner, pouvant craindre des représailles au moment de la phase d'accès au dossier, c'est-à-dire lorsque leur identité sera dévoilée. Les déclarants auront, par la suite, la possibilité de corriger leurs déclarations (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 3, § 3) en modifiant et reprenant la retranscription écrite qui en aura été faite. Le médiateur européen, dans le cadre d'une procédure concernant la société Intel où un dirigeant de Dell, un de ses principaux clients, avait été interrogé, avait recommandé que toute entrevue durant une enquête, pour lui attribuer une valeur probante, soit enregistrée. En l'espèce, la société Intel avait reproché à la Commission de ne pas avoir établi de procès-verbal de cet entretien ayant eu lieu avec les représentants de la société Dell alors que celui-ci aurait pu constituer une preuve à décharge. Après avoir rappelé à la Commission qu'elle se devait de rester « indépendante, objective et impartiale » lorsqu'elle recueillait des informations dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, le médiateur a recommandé que les entretiens au sens de l'article 19 du règlement (CE) n° 1/2003 soient, de manière systématique, repris dans un procès-verbal (Déc. Médiateur européen, 14 juil. 2009, 1935/2008/FOR, Intel). Cette approche a par ailleurs été suivie par la Cour de justice qui, dans un arrêt du 6 septembre 2017, a jugé que lorsque la Commission procédait à un entretien sur le fondement de l'article 19, § 1, du règlement n° 1/2003, elle devait obligatoirement procéder à son enregistrement dans son intégralité, sur le support de son choix. Le Tribunal avait lui, dans un premier temps, jugé suffisant le fait de transmettre non pas l'enregistrement de l'entretien mais la note interne réalisée par la Commission alors qu'elle « ne contenait [...] aucune indication quant à la teneur des discussions qui sont tenues lors de cet entretien, en particulier quant à la nature des renseignements que [le dirigeant de Dell ayant été auditionné] a fournis pendant ledit entretien sur les sujets qui y sont mentionnés ». La Cour de justice a considéré que le Tribunal en statuant de la sorte avait commis une erreur de droit, sans que cette erreur ne soit cependant de nature à justifier l'annulation de l'arrêt (CJUE, 6 sept. 2017, aff. C-413/14 P, Intel Corporation Inc. c/ Commission, EU:C:2017:632, pts. 92-102).

On notera enfin que la force probante des informations ainsi recueillies dépendra de la situation et de la qualité de la personne interrogée (Kerse & Khan, EU Antitrust Procedure, Sweet & Maxwell, 6<sup>e</sup> éd., 2012, p. 181). Les entreprises pourront ainsi tenter de remettre en cause la crédibilité des personnes dont les déclarations seraient incriminantes à leur égard. La Commission rappelle à cet égard qu'il conviendra de prendre en compte les motivations des personnes à l'origine des déclarations (Manual of Procedures, Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 and 102 TFUE, mars 2012, § 8, pt. 3.2). Ainsi, dans l'affaire *FMC Foret*, l'une des entreprises sanctionnées reprochait à la Commission d'avoir établi sa participation à l'infraction principalement sur la base de déclarations provenant d'employés de ses concurrents et sans que la Commission n'ait cherché à savoir si ses propres employés corroboraient leurs allégations. Le Tribunal a jugé que la Commission disposait, dans le cadre de son enquête, d'une marge d'appréciation raisonnable pour décider de l'intérêt que pouvait présenter l'audition de certaines personnes et que la garantie des droits de la défense n'exigeait pas que soient également auditionnés des témoins indiqués par les entreprises concernées (Trib. UE, 16 juin 2011, aff. T-191/06, FMC Foret, SA c/ Commission, EU:T:2011:277, pts.128-139).

## SECTION 3

## Garanties procédurales

## § 1. Les interventions du conseiller-auditeur pendant la phase d'enquête

## A. — Interventions du conseiller-auditeur à la suite d'une inspection

1118

## La protection des droits procéduraux assurée par le conseiller-auditeur

Le conseiller-auditeur veille au respect des droits procéduraux des entreprises soupçonnées d'infraction au droit de la concurrence mais également des plaignants et des tiers intéressés tout au long de la procédure d'enquête de la Commission. À l'heure actuelle, il y a deux conseillers-auditeurs qui disposent d'une équipe de sept collaborateurs et de deux assistants. Cette fonction, créée en 1982, et revisitée en 1994 et en 2001, a été substantiellement modifiée, récemment, par une décision du président de la Commission du 13 octobre 2011 (Déc. prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011) afin de mieux garantir l'indépendance du conseiller-auditeur et la transparence des procédures d'enquête et de sanction. L'indépendance du conseiller-auditeur, rappelée à l'article 3, § 1 de la décision du président de la Commission relative à son mandat et qui est essentielle pour la protection des droits des entreprises concernées par une enquête, a été renforcée par le fait qu'il ne relève plus de la direction générale de la concurrence mais est rattaché au cabinet du Commissaire (Déc. prés. Comm. 2011/695/UE, préc., art.1, § 2). Ses fonctions sont ainsi bien distinctes de celles des agents chargés des enquêtes de concurrence.

Jusqu'en 2011, le rôle du conseiller-auditeur était strictement cantonné à la phase contradictoire de la procédure, laquelle débute avec l'envoi de la communication des griefs. La décision de 2001 susvisée a donc eu pour objet d'octroyer de nouvelles compétences au conseiller-auditeur durant la phase d'enquête consistant alors principalement en la protection du droit de ne pas s'auto-incriminer, l'information l'entreprise sur son statut dans la procédure, la garantie d'un délai de réponse suffisant dans le cadre d'une demande de renseignements et de la confidentialité des correspondances intervenues entre avocat et client. Cette attribution de compétences a été analysée comme une tentative de la Commission de se préserver d'un contrôle externe sur lequel elle n'aurait pas d'emprise (É. Barbier de la Serre et É. Chassaing, Les bonnes pratiques procédurales de la Commission et le nouvel élan donné au principe de bonne administration et au conseiller-auditeur, RLC 2012/30, n° 1990). Les rapports annuels établis par les conseillers-auditeurs ne faisant état que des statistiques relatives aux mesures prises après la communication des griefs, ils ne permettent pas d'apprécier, d'un point de vue qualitatif, l'impact concret qu'a pu avoir l'octroi des nouvelles prérogatives conférées par la décision de 2011 ni la fréquence des recours des entreprises lorsqu'il s'agit, par exemple, de faire valoir leurs droits dans le cadre des saisies de documents, visites de leurs locaux ou de demandes de renseignements (Hearing officer for competition proceedings annual report, 2015, p. 3).

### La protection des entreprises concernées par une enquête : la connaissance de leur statut

En premier lieu, le conseiller-auditeur est la personne à laquelle les entreprises et les associations d'entreprises faisant l'objet de mesures d'enquête de la part de la Commission peuvent s'adresser pour connaître leur statut dans la procédure, c'est-à-dire savoir si elles font l'objet d'une enquête ou si elles sont sollicitées aux fins de récolter des informations sur le fonctionnement du marché (Déc. prés. Comm. 2011/695/UE, 13 oct. 2011, art. 4, § 2 c). La lecture combinée des articles 4, § 2 c) et 3, § 7 requiert toutefois que l'entreprise souhaitant connaître son statut dans une procédure ouverte par la Commission sollicitée, en premier lieu, la direction générale de la concurrence avant de saisir le conseiller-auditeur. Ce n'est que dans l'hypothèse où celle-ci n'aurait pas fait droit à sa demande, ou n'aurait pas pleinement répondu à sa question, que le conseiller-auditeur pourra, s'il l'estime nécessaire, prendre une décision imposant à la Commission d'informer l'entreprise concernée de son statut procédural (W. P. J. Wils, *The Role of the Hearing Officer in Competition Proceedings Before the European Commission*, *World Competition : Law and Economics Review*, Vol. 35, n° 3, sept. 2012, p. 443).

Cette information implique, comme le précise la décision du Président de la Commission, pour les entreprises ayant formulé la demande, de « savoir si elles font l'objet d'une enquête et, dans l'affirmative, de connaître l'objet et la finalité de cette enquête ». L'enjeu lié à l'obtention de cette information tient à la préservation des droits de la défense des entreprises. Certaines ont ainsi soutenu qu'en ne les informant pas lors de la demande de renseignements de leur qualité d'entreprise mise en cause, la Commission aurait violé leurs droits procéduraux et notamment le droit à un procès équitable (TPICE, 8 juill. 2008, aff. T-99/04, *AC-Treuhand AG c/ Commission*, EU:T:2008:256, pt. 44). Le Tribunal a pu, à cette occasion, préciser que la communication d'informations aux entreprises préalablement à l'envoi de la communication des griefs témoignait d'un équilibre devant être trouvé entre, d'une part, la préservation des droits de la défense et, d'autre part, l'efficacité de l'enquête, rappelant ainsi la position de la Cour de justice. Celle-ci avait en effet déjà jugé que si les droits de la défense étaient étendus à la phase administrative, l'enquête serait alors compromise « puisque l'entreprise concernée serait, déjà lors de la phase d'instruction préliminaire, en mesure d'identifier les informations qui sont connues de la Commission, et partant, celles qui peuvent encore lui être cachées » (CJCE, 25 janv. 2007, aff. C-407/04 P, *Dalmine SpA c/ Commission*, EU:C:2007:53, pt. 60). Concernant le point particulier relatif au statut de l'entreprise, le Tribunal considère que « même si, d'un point de vue formel, l'entreprise n'a pas le statut d'« accusé » au cours de la phase d'instruction préliminaire, l'ouverture de l'enquête à son égard, notamment par l'adoption d'une mesure d'instruction la concernant, ne saurait, en règle générale, être dissociée, d'un point de vue matériel, de l'existence d'un soupçon et, partant, d'un reproche implicite » ; la Commission est donc tenue d'indiquer à l'entreprise « qu'elle pourrait être amenée à retenir des griefs à son égard » (TPICE, 8 juill. 2008, aff. T-99/04, *AC-Treuhand AG c/ Commission*, EU:T:2008:256, pts. 52 et 57). L'entreprise n'ayant en l'espèce pas pu démontrer que l'absence d'information relative à son statut d'entreprise mise en cause avait porté atteinte à l'efficacité de sa défense, le moyen fut rejeté par le Tribunal (*Ibid.*, pts. 60). S'il est ainsi reconnu que le statut et les faits reprochés constituent des éléments essentiels de la défense de l'entreprise, la communication d'informations reste à ce stade initial limitée. C'est pourquoi « ce n'est qu'au début de la phase contradictoire administrative que l'entité concernée est informée, moyennant la communication des griefs, de tous les éléments essentiels sur lesquels la Commission se fonde à ce stade de la procédure. Par conséquent, c'est seulement après l'envoi de la communication des griefs que l'entreprise concernée peut pleinement se prévaloir de ses droits de la défense » (CJUE, 29 sept. 2011, aff. C-521/09, *Elf Aquitaine SA c/ Commission*, EU:C:2011:620, pt. 115).

### Les demandes de protection des correspondances relevant du secret entre un client et son avocat

Lors de la phase d'enquête, lorsque les entreprises concernées considèrent qu'un document demandé par la Commission relève du secret attaché aux correspondances intervenues entre un avocat et son client, le conseiller-auditeur constitue l'interlocuteur privilégié afin de déterminer si le principe de confidentialité a effectivement vocation à s'appliquer et, le cas échéant, de quelle manière. La jurisprudence retient à ce titre que la confidentialité « doit [...] s'entendre, pour être efficace, comme couvrant de plein droit toute correspondance échangée après l'ouverture de la procédure administrative, en vertu du règlement n° 17/62, susceptible d'aboutir à une décision d'application des articles 85 et 86 du traité ou à une décision infligeant à l'entreprise une sanction pécuniaire ; elle doit pouvoir être étendue également à la correspondance antérieure, ayant un lien de connexité avec l'objet d'une telle procédure » (CJCE, 18 mai 1982, aff. T-155/79, *AM & S Europe Limited c/ Commission*, EU:C:1982:157, pt. 23). Cela comprend également les documents élaborés en vue de recueillir l'avis d'un avocat (TPICE, 17 sept. 2007, aff. T-30/89, *Hilti AG c/ Commission*, EU:T:1991:70).

Contrairement aux sollicitations portant sur une prolongation du délai de réponse à une demande de renseignements ou sur le statut procédural, les demandes formulées auprès du conseiller-auditeur au sujet de la confidentialité des correspondances entre un avocat et son client ne donnent lieu qu'à des recommandations. En effet, dans l'hypothèse mentionnée, le conseiller-auditeur, après que les entreprises ont consenti à ce qu'il examine le contenu du document en cause, ainsi que tout document y afférent qu'il juge nécessaire à son examen, ne pourra que faire part au directeur responsable de l'unité en charge de l'enquête de ses conclusions préliminaires (Déc. prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, art. 3). Il est précisé cependant qu'il « peut prendre des mesures appropriées afin d'encourager l'adoption d'une solution acceptable pour les deux parties » (Déc. prés. Comm. n° 2011/695/UE, préc., art. 4, § 2 a). Cela ne peut pas pour autant s'apparenter à un véritable pouvoir décisionnaire. Il s'agira pour lui d'intervenir en tant que médiateur pour trouver une solution acceptable pour les deux parties. Si suite à cette première communication les parties ne parviennent toujours pas à trouver un accord, le conseiller-auditeur adresse une recommandation motivée, cette fois-ci non plus au directeur général mais au Commissaire à la concurrence. Cette recommandation est naturellement également communiquée à l'entreprise qui en a fait la demande mais est en revanche dépourvue de valeur contraignante (TFUE, art. 288). Si la Commission maintient sa position le seul recours dont dispose l'entreprise sera de saisir le Tribunal (voir n° 1123).

#### Remarque

La direction générale de la concurrence est dirigée par un Directeur général, secondé par trois directeurs généraux adjoints qui ont chacun la charge de plusieurs unités. Il en existe 8 au total, à la tête desquelles se trouvent à nouveau un directeur.

Un organigramme complet de la DG Comp est disponible à l'adresse suivante : <[http://ec.europa.eu/dgs/competition/directory/organi\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/directory/organi_fr.pdf)>

## B. — Les interventions du conseiller-auditeur dans le cadre d'une demande de renseignements

### Le conseiller-auditeur garant du droit à un délai de réponse raisonnable

Conformément au paragraphe 3 de l'article 18 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002, la Commission peut



exiger des entreprises qu'elles lui communiquent certains documents ou répondent à ses questions dans un délai fixé par elle. Dans ce cas, le conseiller-auditeur peut être sollicité si l'entreprise en cause estime que le délai fixé par la Commission n'est pas suffisant au regard des éléments à rassembler ou à présenter. En pratique, et conformément à la communication relative aux bonnes pratiques, une entreprise est tenue de faire part à la Commission avant la fin du délai imparti, de ses difficultés à répondre dans le temps attribué, avant d'en référer au conseiller-auditeur (Comm. UE, 2011/C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 39). Le recours au conseiller-auditeur n'est du reste envisageable que pour les demandes de renseignements par voie de décision et non pour celles formulées par simple lettre. La nécessité d'une demande préalable devant la Commission, qui n'est par ailleurs pas mentionnée dans la décision de 2011, fait qu'il peut, en cas de délais de réponse particulièrement courts, être matériellement difficile pour une entreprise, en cas d'opposition de la Commission, de saisir le conseiller-auditeur avant l'expiration dudit délai.

Contrairement à la demande elle-même, dont l'objet doit être justifié, la Commission n'est pas tenue d'exposer les raisons l'ayant amenée à fixer le délai donné (Trib. UE, 14 mars 2014, aff. T-306/11, *Schwenk Zement c/ Commission*, EU:T:2014:123, pt. 41). Le juge de l'Union rappelle toutefois, de façon constante, que « les demandes de renseignements adressées par la Commission à une entreprise doivent respecter le principe de proportionnalité et que l'obligation imposée à une entreprise de fournir un renseignement ne doit pas représenter pour cette dernière une charge disproportionnée par rapport aux nécessités de l'enquête » (Trib. UE, 14 mars 2014, aff. T-306/11, *Schwenk Zement c/ Commission*, EU:T:2014:123, pt. 71). En outre, la charge que suppose la préparation d'une réponse à une demande de renseignements est d'autant plus contraignante qu'elle fait courir à l'entreprise destinataire le risque d'être sanctionnée, l'article 24, § 1 d) permettant en effet à la Commission d'imposer une astreinte pouvant aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires journalier par jour de retard en cas de fourniture de renseignements incomplets ou tardifs ou en l'absence de communication de renseignements. Ce risque de sanction suppose que « ledit délai puisse permettre au destinataire non seulement de fournir matériellement une réponse, mais également de s'assurer du caractère complet, exact et non dénaturé des renseignements fournis » (Trib. UE, 14 mars 2014, aff. T-306/11, préc., pt. 73). Dans la communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE, il est par ailleurs précisé que les entreprises « disposent d'un délai raisonnable qui est fonction de la longueur et de la complexité de la demande et qui tient compte des besoins de l'enquête. Ce délai est en général fixé à au moins deux semaines à compter de la réception de la demande. » (Comm. UE, 2011/C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 38) même si en pratique ce délai apparaît souvent trop court à beaucoup d'entreprises compte tenu de la complexité et la volumétrie des informations demandées.

1122

### Le rôle du conseiller-auditeur s'agissant des questions auto-incriminantes

Le conseiller-auditeur est également compétent, lorsque, dans le cadre d'une demande de renseignements (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art.18, § 2), une entreprise refuse de répondre au motif que la réponse à la question la conduirait nécessairement à contribuer à sa propre incrimination. Le conseiller-auditeur établira alors une recommandation motivée, qu'il communiquera au directeur responsable de l'unité en charge de l'enquête qui devra en tenir compte lors de l'élaboration d'une décision de renseignements (Déc. prés. Comm. 2011/695/UE, 13 oct. 2011, art. 4, § 2 b) et Comm. UE, 2011/C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 36). La Cour de justice a rappelé l'existence du droit de ne pas s'auto-incriminer dans un arrêt *Orkem* interdisant à la Commission d'imposer « à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve » (CJCE, 18 oct. 1989, aff. C-374/

87, *Orkem c/ Commission*, EU:C:1989:387, pt. 35). La jurisprudence tempère toutefois la rigueur apparente de ce principe dans la mesure où il ne doit pas empêcher l'efficacité de la procédure d'enquête. Un équilibre doit ainsi être trouvé entre une protection procédurale des entreprises suspectées et l'efficacité des procédures de concurrence. Cette recherche d'équilibre est en outre rappelée dès le préambule du règlement (CE) n° 1/2003 qui précise que les entreprises « ne peuvent être contraintes d'admettre qu'elles ont commis une infraction, mais elles sont en tout cas obligées de répondre à des questions factuelles et de produire des documents, même si ces informations peuvent servir à établir à leur encontre ou à l'encontre d'une autre entreprise l'existence d'une infraction » (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, consid. 23). Les entreprises, qui sont débitrices d'une obligation générale de collaboration, ne bénéficient donc pas d'un droit au silence absolu. En revanche, les enquêteurs ne peuvent poser des questions conduisant nécessairement à une réponse auto-incriminante. La portée de cette règle a été explicitée par la Cour de justice dans un arrêt *PVC II* du 15 octobre 2002 : « en cas de contestation sur la portée d'une question, [il] doit être vérifié si une réponse du destinataire équivaldrait effectivement à l'aveu d'une infraction, de sorte qu'il serait porté atteinte aux droits de la défense » (CJUE, 15 oct. 2002, aff. jtes. C-238/99 P et a., *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission* (« PVC II »), EU:C:2002:582, pt. 217).

#### EXEMPLES

Le juge européen s'efforce de déterminer la typologie des questions faisant échec au droit de ne pas s'auto-incriminer ; il a ainsi considéré que les questions portant sur l'objet et le déroulement de réunions litigieuses entre concurrents étaient, pour cette raison, irrecevables (CJCE, 29 juin 2006, aff. C-301/04 P, *SGL Carbon c/ Commission*, EU:C:2006:432, pts. 47 et 55 et Trib. UE, 28 avr. 2010, aff. T-446/05, *Amman & Söhne et Cousin Filterie SAS c/ Commission*, EU:T:2010:165).

## § 2. Les recours des parties contre les mesures d'enquête

### A. — Le recours en annulation

1123

#### Recours en annulation contre la décision initiale concernant une inspection ou une demande de renseignements

Pour chacune des décisions relatives à une mesure d'enquête (demande de renseignements et inspections) le règlement (CE) n° 1/2003 précise qu'elles sont susceptibles de recours (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art.18, § 3, 20, § 4 et 21, § 2). En effet, en vertu de l'article 263 du TFUE, « la Cour de justice contrôle la légalité des actes [...] de la Commission ». En l'espèce, c'est devant le Tribunal de l'Union et dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision concernée que le recours devra avoir été formé.

Le Tribunal a également précisé que le fait que la décision ait été exécutée ne prive pas son destinataire d'un intérêt à agir, soulignant qu'« [e]n effet, l'annulation d'une telle décision est susceptible, par elle-même, d'avoir des conséquences juridiques, notamment en obligeant la Commission à prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt du Tribunal et en évitant le renouvellement d'une telle pratique de la part de la Commission » (Trib. UE, 11 mars 2014, aff. T-306/11, *Schwenk Zement KG c/ Commission*, EU:T:2014:123, pt. 75). Une solution contraire aurait privé de sa substance et de son utilité le recours prévu à l'encontre de ces décisions. En effet, les entreprises étant tenues à une obligation de collaboration, au risque

de se faire sanctionner, elles n'ont d'autres choix que de déférer, dans un premier temps, à la décision de la Commission. Aussi, un recours formé par l'entreprise après s'être conformée à la décision d'inspection ou après avoir répondu à la demande de renseignements ne sera pas jugé irrecevable.

Le contrôle juridictionnel porte à la fois sur la motivation des décisions, qui doit correspondre aux standards posés par la Cour de justice (voir n° 1097 et n° 1113), et sur la proportionnalité des mesures imposées. L'arrêt *Hoechst* a à cet égard rappelé que les intrusions de la Commission dans la sphère d'activité privée d'une personne physique ou morale ne devaient pas être arbitraires ou disproportionnées (CJCE, 21 sept. 1989, aff. jtes C-46/87 et C-227/88, *Hoechst c/ Commission*, EU:C:1989:337, pt. 19). Les parties pourront également exciper d'irrégularités tenant à l'incompétence du signataire de la décision ou à l'absence des mentions obligatoires (CJCE, 26 mars 1987, aff. C-46/87 R, *Hoetsch c/ Commission*, EU:C:1987:167 ; CJCE, 28 oct. 1987, aff. C-85/87 R, *Dow Chemical Nederland c/ Commission*, EU:C:1987:472). Cependant, les entreprises ne pourront pas s'appuyer sur des actes postérieurs à la décision d'inspection ou de demande de renseignements, réduisant par conséquent considérablement les faits qui pourront venir à l'appui d'un moyen d'illégalité (CJCE, 17 oct. 1989, aff. C-85/87, *Dow Benelux NV c/ Commission*, EU:C:1989:379, pt. 49).

À ce jour, peu de recours en annulation formés contre des décisions ordonnant une inspection ou des demandes de renseignements ont prospéré ; les quelques recours ayant prospéré n'ont quant à eux donné lieu qu'à des annulations partielles. À titre d'exemple, dans l'affaire *Nexans*, le Tribunal a annulé la décision de la Commission ayant ordonné des inspections seulement en ce qu'elle concernait des produits pour lesquels la Commission ne disposait pas, au moment de l'adoption de sa décision, d'indices suffisamment sérieux (Trib. UE, 14 nov. 2012, aff. T-135/09, *Nexans c/ Commission*, EU:T:2012:596). En limitant le contrôle du juge à un contrôle restreint de la proportionnalité de la mesure ordonnée et en prévoyant une sanction limitée à l'impossibilité d'utiliser des informations recueillies sur la base de la décision illégale, intervenant plusieurs mois après la décision et qui ne permet pas d'empêcher la connaissance des informations ainsi obtenues, les garanties offertes par la justice européenne peuvent sembler insuffisantes voire inadaptées (N. Jalabert-Doury, *Les inspections de concurrence*, 2<sup>e</sup> éd., Bruylant, p. 146).

## 1124

### Recours en annulation contre la décision finale et contestation des mesures d'enquête

Les recours en annulation contre les décisions finales, qui consistent le plus souvent à contester la matérialité de l'infraction ou le principe et/ou le quantum de la sanction imposée à l'entreprise, reprennent les éléments de fait et de droit sur lesquels repose la décision. À ce titre, il est nécessaire de déterminer quelles sont les mesures pouvant être invoquées à l'appui d'un tel recours.

La jurisprudence considère qu'une fois le délai de recours expiré, une décision devient définitive à l'égard de son destinataire (TPICE, ord., 24 juin 1998, aff. T-596/97, *Dalmine c/ Commission*, EU:T:1998:138), la justification d'une telle solution étant de « sauvegarder la sécurité juridique en évitant la remise en cause indéfinie des actes communautaires entraînant des effets de droit » (TPICE, 20 avr. 1999, aff. T-305/94, *IVM c/ Commission*, EU:T:1999:80, pts. 408-409). Les décisions initiales, d'inspection ou de demandes de renseignements (voir n° 1096, n° 1112 et n° 1113), ne peuvent donc en principe, pas être remises en cause lors d'un recours formé contre une décision finale. L'illégalité de la décision ordonnant une mesure d'inspection ou une demande de renseignements et l'illégalité des mesures prises sur son fondement relèvent donc de deux contentieux différents. Une fois le délai de recours expiré, les premières ne sont plus attaques ni invocables par exception d'illégalité tandis que les secondes pourront justifier l'annulation de la décision finale de sanction, si elle a été adoptée sur la base

d'éléments rassemblés en violation des droits procéduraux des entreprises. C'est dans ce cadre, que la légalité d'un mandat ou d'une simple demande de renseignements pourra être discutée dans la mesure où ils ne constituent que de simples actes préparatoires et non des décisions attaques. Lors d'un tel recours, l'entreprise requérante pourra, par exemple, invoquer la saisie de documents n'entrant pas dans le champ de l'enquête, la copie d'un document couvert par la confidentialité attachée aux communications entre avocat et client ou encore le caractère auto-incriminant d'une question posée par une demande simple de renseignements.

La jurisprudence fait cependant également état d'actes intermédiaires dont l'entreprise peut, sans attendre la décision finale, demander l'annulation (TPICE, 7 juin 2006, aff. T-213/01 et T-214/01, *Österreichische Postsparkasse et Bank für Arbeit und Wirtschaft c/ Commission*, EU:T:2006:151, pts. 65-67, et TPICE, 17 sept. 2007, aff. T-125/03 et T-253/03, *Akzo c/ Commission*, EU:T:2007:287). L'admission de ces recours permet de ne pas priver les entreprises d'une potentielle voie d'action en cas d'absence de décision finale de la Commission (N. Jalabert-Doury, *Les inspections de concurrence*, 2<sup>e</sup> éd., Bruylant, p. 149).

En pratique, le juge européen dans le cadre d'un recours en annulation contre la décision finale, lorsqu'il s'agit de contester la saisie d'un document, ne donne raison à l'entreprise requérante que lorsqu'il est établi que la Commission n'aurait pu obtenir le document litigieux par d'autres moyens que le procédé illégal utilisé.

#### Remarques

Certains praticiens soutiennent qu'en vertu d'une jurisprudence de la Cour de justice, rendue dans un contexte autre que celui des enquêtes de la Commission, le principe selon lequel une décision ne pourrait être remise en cause en raison d'actes postérieurs pourrait connaître quelques aménagements (Kerse & Khan, *EU Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell, 6<sup>e</sup> éd., 2012, p. 176). L'analyse d'arrêts rendus en matière d'aides d'État permettraient en effet de soutenir qu'il est possible de contester, de manière conjuguée, malgré les effets juridiques de chacune et leur existence autonome, une décision initiale dans le cadre du recours contre la décision finale (TPICE, 27 nov. 2003, aff. T-190/00, *Regione Siciliana c/ Commission*, EU:T:2003:316, pt. 52). Ces mêmes auteurs soulignent que l'emploi par le juge européen de la notion de « contrôle de la légalité intrinsèque de la vérification » dans le cadre d'un recours contre une décision finale, permettrait d'envisager également le contrôle de la légalité de l'opération comme un tout. Une telle conception donne une seconde chance de recours à l'entreprise qui n'aurait pas immédiatement attaqué la décision initiale de vérification (TPICE, 11 déc. 2003, aff. T-65/99, *Srintzis Lines Shipping SA c/ Commission*, EU:T:2003:336, pt. 81, arrêt confirmé par l'ordonnance de la Cour de justice : CJCE, ord., 30 mars 2006, aff. C-110/04 P, *Srintzis Lines Shipping SA c/ Commission*, EU:C:2006:211).

## B. — La demande de sursis à exécution

## 1125

### Les conditions spécifiques de recevabilité du référé suspension

Les recours en annulation étant dépourvus d'effet suspensif (TFUE, art. 242) une action en référé peut revêtir une importance significative face aux mesures d'enquête de la Commission. Cette possibilité est offerte par l'article 278 du TFUE qui dispose que la Cour de justice de l'UE peut « si elle estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution de l'acte attaqué ».

La demande de sursis étant accessoire à la demande au fond, elle n'est par conséquent recevable que si le demandeur a antérieurement ou concomitamment formé un recours en annulation devant le Tribunal contre la décision qu'il souhaite

voir suspendue, sachant que les deux demandes doivent se faire par actes séparés (Trib. UE, Règlement de procédure, art. 156, § 1 et 4, JOUE 23 avr. 2015, n° L 105).

Il est à noter que les demandes de référé ne peuvent porter que sur des mesures dont la suspension est susceptible de préserver la situation de l'entreprise requérante. Une décision qui a déjà été exécutée ne pourra ainsi pas faire l'objet d'une telle procédure d'urgence (Trib. UE, 16 juin 2015, aff. T-274/15 R, *Alcogroup et Alcodis c/ Commission*, EU:T:2015:389, pt. 17 et CJUE, aff. C-386/15 P (R), 17 sept. 2015, EU:C:2015:623, pt. 35). De même, une entreprise ne peut formuler de demande de sursis à l'encontre d'une décision de refus, « puisque l'octroi d'un sursis ne peut avoir pour effet de modifier la situation d'un requérant » (CJCE, 30 avril 1997, aff. C-89/97 P (R), *Moccia Irme SpA c/ Commission*, pt. 45).

1126

### L'octroi d'un sursis à exécution dans le cadre des enquêtes de concurrence

L'octroi d'un sursis à exécution résulte de la réunion de deux conditions. L'entreprise requérante doit démontrer, d'une part, que le recours au fond n'est pas dépourvu de fondement sérieux et, d'autre part, qu'il existe une urgence, tenant à la prévention d'un préjudice irréparable, suffisamment grave et imminent. Pour l'examen de la première condition, le juge des référés apprécie *prima facie* la légalité de la décision de la Commission dont est demandée la suspension ; pour ce faire il peut examiner les moyens invoqués au soutien des conclusions en annulation (*fumus boni juri*). Il ne peut, lors de son contrôle, « se substituer à [la Commission] dans l'exercice des pouvoirs qui lui incombent [...] » (TPICE, 14 déc. 1993, aff. T-543/93 R, *Gestelevision Telecinco SA c/ Commission*, EU:T:1993:116, pt. 24) si bien qu'il ne pourra apprécier l'opportunité des mesures prises par la Commission. Le juge des référés en droit de l'Union européenne n'est, en effet, qu'un juge de l'évidence qui ne peut en aucune façon mener une analyse approfondie des circonstances de fait et de droit ayant conduit la Commission à recourir à telle ou telle mesure. Il ne peut non plus préjuger du fond et anticiper, de quelque manière que ce soit, les conséquences de la décision qui sera rendue sur le fond (CJCE, 19 juill. 1995, aff. C-149/95 P(R), *Commission c/ Freight Transport Association Ltd*, EU:C:1995:257, pt. 22). Aussi, si l'illégalité n'apparaît pas de manière manifeste, la suspension ne pourra être accordée.

Concernant la condition tenant à l'urgence, elle est également difficilement remplie en matière d'enquête. Le juge européen met en balance le risque d'atteinte aux droits procéduraux allégués par la requérante et la nécessité de préserver l'efficacité de l'enquête, menacée par le risque de disparition des preuves nécessaires à la découverte et à la caractérisation de l'infraction. En pratique, le juge est tenté d'accorder la primauté à la seconde, d'autant plus que la Commission pourra se prévaloir de moyens lui permettant d'éviter la survenance de préjudices irréparables. Si une entreprise conteste une décision d'inspection au motif qu'un dommage sérieux et irréparable résulterait selon elle d'une violation de la confidentialité, la Commission pourra rétorquer que l'apposition de scellés, ou la mise sous enveloppe des documents litigieux, permet de ménager l'exigence d'efficacité de son enquête tout en permettant la préservation des droits de l'entreprise.

Il semble, par conséquent, difficile, dans le cadre d'une inspection inopinée, qu'une demande de référé puisse conduire à la suspension de celle-ci (Kerse & Khan, *EU Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell, 6<sup>e</sup> éd., 2012, p. 174). Bien qu'il existe des cas où le Tribunal a ordonné, par une ordonnance rendue seulement quatre jours après le dépôt de la requête, la suspension d'une décision de la Commission (TPICE, 10 août 2001, aff. T-184/01 R, *IMS Health Inc. c/ Commission*, EU:T:2001:200), aucun de ces exemples ne portait sur des décisions relatives à des mesures d'enquête. C'est pourquoi, les procédures de référé en matière d'enquête restent rares. Sur les trois dernières années une seule affaire (Trib. UE, 16 juin 2015, aff. T-274/15 R, *Alcogroup et Alcodis c/ Commission*, EU:T:2015:389 puis pourvu

aff. C-386/15 P (R), 17 sept. 2015, EU:C:2015:623) sur 99 demandes de référé concernait une enquête de concurrence (Rapp. CJUE 2016, p. 197 ; Rapp. CJUE 2015, p. 160 ; Rapp. CJUE 2014, p. 196) et la demande a été rejetée.

## SECTION 4

# Les enquêtes sectorielles

## § 1. L'ouverture d'une enquête sectorielle

1127

### Les motifs d'ouverture d'une enquête sectorielle

Les enquêtes sectorielles faisaient déjà partie des prérogatives de la Commission sous l'empire de l'ancien règlement (CEE) n° 17/62. L'article 12 prévoyait en effet que « [s]i dans un secteur économique l'évolution des échanges entre États membres, les fluctuations de prix, la rigidité des prix ou d'autres circonstances font présumer que, dans le secteur économique considéré, la concurrence est restreinte ou faussée à l'intérieur du marché commun, la Commission peut décider de procéder à une enquête générale [...] » (Règl. (CEE) n° 17/62, 6 févr. 1962, art. 12). Dans un premier temps, la Commission n'y a toutefois recouru qu'avec parcimonie : de l'entrée en vigueur du règlement (CEE) n° 17/62 à son abrogation en 2004, seulement 9 enquêtes sectorielles ont été réalisées (N. Petit et C. Lousberg, *Colloque, Demain la concurrence*, 15 févr. 2010, *Enquêtes sectorielles : complément ou substitut de l'action des autorités de concurrence ?*, *Concurrences* n° 2-2010, p. 30). Les motifs d'ouverture n'ont que peu évolué puisque sous l'empire du règlement (CE) n° 1/2003 les enquêtes sectorielles peuvent être ouvertes « lorsque l'évolution des échanges entre États membres, la rigidité des prix ou d'autres circonstances font présumer que la concurrence peut être restreinte ou faussée à l'intérieur du marché commun, [...] » (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 17, § 1).

Les enquêtes sectorielles permettent, d'une part, à la Commission de détecter des pratiques qui pourront ensuite conduire à l'ouverture d'une enquête spécifique relative aux comportements de certains opérateurs et, d'autre part, lui offre une vision globale du fonctionnement d'un secteur d'activité jugé stratégique au sein du marché de l'Union européenne. L'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 constitue à ce titre un instrument approprié pour procéder, d'une part, à des enquêtes sur des marchés oligopolistiques où il existe une probabilité qu'un nombre limité d'acteurs se coordonnent et, d'autre part, permet la réalisation d'enquêtes dans des secteurs où la concurrence est susceptible d'être entravée par des pratiques généralisées par les acteurs du marché. Les enquêtes de concurrence constituent donc avant tout une façon pour la Commission de s'informer et de recueillir des données sur des secteurs complexes dont les changements constatés ou escomptés, méritent d'être davantage examinés. Le périmètre de son enquête pourra ainsi également varier en fonction des problématiques qu'elle souhaite étudier, de sa propre initiative ou à la suite de signalements, et des pratiques qu'elle veut analyser.

Plusieurs enquêtes sectorielles ont ainsi été ouvertes ces dernières années sur la base des constats de la Commission concernant certains marchés. À titre d'exemple, l'enquête sectorielle sur le secteur du gaz et de l'électricité, lancée en juin 2005 suite au constat par la Commission que les acteurs étaient restés insensibles aux incitations de libéralisation résultant de deux nouvelles directives, avait pour objet d'analyser les raisons des difficultés rencontrées par les nouveaux entrants pour pénétrer

ces marchés (Comm. CE, communiqué IP/05/716, 13 juin 2005). L'enquête dans le secteur pharmaceutique, lancée en janvier 2008 (Comm. CE, communiqué IP/08/49, 16 janv. 2008 et MEMO/08/20, 16 janv. 2008) visait à déterminer les raisons de la diminution du nombre de nouveaux médicaments mis sur le marché et du retard semblant caractériser l'introduction de certains médicaments génériques.

### 1128 Le déroulement des enquêtes sectorielles

La première spécificité d'une enquête sectorielle est de ne pas viser ou caractériser les comportements potentiellement anticoncurrentiels des entreprises de façon individuelle. C'est la raison pour laquelle l'ouverture d'une enquête sectorielle n'est pas conditionnée à la preuve de pratiques anticoncurrentielles et peut procéder d'une appréciation générale du niveau de concurrence du marché dont il apparaît qu'il « ne semble pas fonctionner de façon optimale au profit des consommateurs » (Rapp. Comm. CE sur la politique de concurrence, 2005, p. 5). Cependant, dans la mesure où il s'agit bien d'une enquête, la Commission dispose des mêmes prérogatives que celles qui lui sont conférées dans le cadre d'une enquête individuelle classique. Ainsi, et alors que sous le précédent régime la Commission était limitée aux seules demandes d'informations, elle peut, en application du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002, adresser des demandes de renseignements mais également désormais réaliser des inspections. Dans son rapport sur le fonctionnement du règlement (CE) n° 1/2003, la Commission considérait par ailleurs que les modifications de la procédure avaient conduit les enquêtes sectorielles à devenir « l'un [des] instruments clés » de la politique de concurrence de la Commission : « elles lui ont permis de déceler des défaillances du jeu de la concurrence [...]. [let lui] ont fourni une profusion d'éléments de fait qui l'ont aidée à faire appliquer les articles [101] et [102][TFUE] dans divers dossiers » (Comm. CE, COM(2009) 206, 29 avr. 2009, pt. 16).

En 2008, la Commission a, pour la première fois, fait usage de la possibilité de réaliser des inspections inopinées dans le cadre d'une enquête sectorielle, concernant le secteur pharmaceutique. Elle justifiait cette mesure par la nature des documents recherchés portant sur l'utilisation des droits de propriété intellectuelle et d'accords (*pay-for-delay*) considérant que ces informations pouvaient « être aisément retenues, cachées ou détruites » (Comm. CE, communiqué IP/08/49, 16 janv. 2008). Des inspections ont donc été réalisées dans plusieurs États membres de l'Union européenne (Comm. UE, MEMO/08/20, 16 janv. 2008). En outre, la réforme du régime des enquêtes sectorielles visait également à en faire un outil de collaboration renforcée entre la Commission et les autorités nationales qui peuvent échanger les informations recueillies dans le cadre d'une enquête sur un secteur (Règl. (CE) n° 1/2003, art. 12 et 28).

Compte tenu de leur périmètre, souvent plus large que celui d'enquêtes individuelles, et de la volumétrie significative des données collectées, les enquêtes sectorielles représentent pour la Commission un réel investissement en temps et en ressources (selon la Commission, 20 agents peuvent, par exemple, être amenés à travailler ensemble sur une même enquête sectorielle, N. Calvino et A. Gee, *Colloque, Demain la concurrence*, 15 févr. 2010, *Enquêtes sectorielles : complément ou substitut de l'action des autorités de concurrence ?*, *Concurrences* n° 2-2010, p. 15). La charge de travail que suppose une enquête sectorielle est également significative pour les entreprises et certaines des mesures mises en œuvre dans ce cadre ont suscité des critiques de la part des entreprises interrogées. Ainsi, pour les besoins de l'enquête sectorielle dans le secteur pharmaceutique, la Commission a sollicité plus d'une centaine d'entreprises devant répondre à un formulaire de plus d'une centaine de pages dans des délais relativement ambitieux (I. Van Bael, *Due Process in EU Competition Proceedings*, Wolters Kluwer, 2011, p. 149). De même, lors de sa dernière enquête sectorielle, concernant le commerce électronique, la Commission a adressé près de 2 000 questionnaires entre juin 2015 et mars 2016 aux acteurs suivants : 1 051 détaillants, 37 places de marché, 89 fournisseurs d'outils de comparaison des prix, 17 four-

nisseurs de systèmes de paiement, 259 fabricants, 248 fournisseurs de contenus numériques, 9 entreprises fournissant des réseaux privés virtuels et des services de routage IP, et 30 grands groupes et fournisseurs de services d'hébergement (Comm. UE, Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, 10 mai 2017, COM(2017) 229 final, p. 3).

La spécificité des enquêtes sectorielles tient, en dernier lieu, au déroulement de la procédure. Aux mesures classiques d'enquête s'ajoutent en effet des mesures de publicité relatives aux informations collectées. Ces dernières, analysées et traitées par les services de la Commission, seront ensuite présentées au public dans un rapport intermédiaire exposant ses conclusions préliminaires. Sur la base de ce rapport, toute personne intéressée pourra fournir ses observations et éventuellement formuler des propositions, formalisant ainsi une forme de dialogue entre les différents acteurs du marché et les services de la Commission. La Commission organise également durant cette période une audition publique pour présenter ses premières conclusions et échanger avec les parties intéressées. Cette phase de consultation dure, en général, deux à trois mois. L'enquête sectorielle se clôt formellement par la publication d'un rapport final qui propose une synthèse entre les observations préliminaires de la Commission et les avis et informations reçus pendant la phase de consultation publique. Concernant la durée des enquêtes sectorielles, pour les cinq enquêtes qui ont été ouvertes, en application de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 (l'énergie, l'assurance des entreprises, la banque en détail, le secteur pharmaceutique et le commerce électronique), la Commission a adopté son rapport final dans un délai allant de 18 à 27 mois à compter de l'ouverture de l'enquête.

#### Remarques

Un certain nombre de critiques ont été émises à l'encontre de la Commission à l'occasion de l'enquête sectorielle dans le secteur pharmaceutique au motif qu'elle aurait détourné les règles relatives aux inspections de l'article 20 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002. Ce dernier requiert en effet que la Commission justifie son inspection au regard de présomptions ou indices de pratiques anticoncurrentielles dont elle dispose, ce qui lui interdit, en principe, de pénétrer dans des locaux de l'entreprise pour y réaliser une vérification systématique de tous les documents.

Selon certains auteurs, en inspectant de manière inopinée des entreprises pour lesquelles elle ne disposait d'aucun commencement de preuve d'infraction, la Commission avait agi en contradiction avec les règles applicables aux inspections et notamment le principe selon lequel elle ne peut rechercher que des éléments strictement liés à l'objet de sa vérification.

*A fortiori* une inspection motivée par un potentiel dysfonctionnement général du marché ne peut répondre aux conditions fixées par la jurisprudence qui exige une motivation plus précise. Partant, certains auteurs soutiennent que, dès lors qu'elles représentent une charge et un risque considérable pour les entreprises, les enquêtes sectorielles devraient supposer des garanties procédurales similaires à celles appliquées pour les autres mesures d'enquête (H. Andersson et E. Legnerfält, *Dawn Raids in Sector Inquiries – Fishing Expeditions in Disguise*, *ECLR*, 2008, n° 8, pp. 439-445).

## § 2. Suites possibles des enquêtes sectorielles

### 1129 Ouverture d'enquêtes contentieuses

Les enquêtes sectorielles ne peuvent aboutir à des décisions finales sanctionnant les entreprises qui auraient été inspectées durant l'enquête. L'article 28, § 1 du règlement (CE)

n° 1/2003 du 16 décembre 2002 précise en effet que « les informations recueillies en application des articles 17 et 22 ne peuvent être utilisées qu'aux fins auxquelles elles ont été recueillies ». Une solution contraire priverait les entreprises des garanties attachées aux procédures d'enquête (voir n° 1128, spéc. remarque). À ce titre, suite à la publication du rapport final portant sur le secteur bancaire, la Commission a précisé qu'elle identifierait, avec le concours des autorités de concurrence nationales, les potentielles infractions et, dans le cas où cela lui paraîtrait approprié, ouvrirait des enquêtes, précisant que « toutes ces enquêtes seront totalement distinctes de l'enquête sectorielle et ne se fonderont que sur les seules preuves collectées dans chaque cas particulier » (Comm. CE, communiqué MEMO/07/40, 31 janv. 2007).

La source d'informations que représentent les enquêtes sectorielles pourra toutefois être utilisée dans le cadre d'enquêtes individuelles relatives à des entreprises dont les comportements auront été identifiés comme une cause des déséquilibres et des insuffisances des secteurs étudiés, selon les règles applicables du règlement (CE) n° 1/2003. Les informations recueillies pendant l'enquête sectorielle constituent en effet, selon les agents de la Commission, « un excellent point de départ pour cibler de futurs cas » (N. Calvino et A. Gee, Colloque, *Demain la concurrence*, 15 févr. 2010, *Enquêtes sectorielles : complément ou substitut de l'action des autorités de concurrence ?*, Concurrences n° 2-2010, p. 13), mettant ainsi en évidence le fait qu'elles contribuent à renforcer la capacité de détection et de dissuasion de la Commission. Par exemple, après avoir conclu que les commissions multilatérales d'interchange (CMI – MIF), convenues entre les banques de réseaux de cartes de paiement - qui sont perçues pour tout paiement effectué par carte dans un point de vente au détail par la banque émettrice (liée au consommateur) et versées à la banque acquéreuse (liée au commerçant), pouvaient constituer une entrave à la mise en place d'un espace unique de paiement en euros (SEPA – *Single Euro Payments Area*), la Commission a ouvert une enquête qui l'a conduite à adopter une décision à l'encontre de MasterCard lui enjoignant de ne plus appliquer des CMI aux transactions par carte dans l'espace économique européen (Comm. UE, communiqué IP/07/1959, 19 déc. 2007). Une autre illustration récente de l'utilisation des informations provenant d'une enquête sectorielle pour une enquête anticoncurrentielle concerne le secteur du commerce électronique. Ainsi, avant même la publication de son rapport final du 10 mai 2017, la Commission a annoncé ouvrir trois enquêtes sur des pratiques anticoncurrentielles présumées, respectivement des fabricants d'électronique grand public, des plateformes de jeux vidéo et les accords conclus entre les principaux voyagistes européens et hôteliers. Dans son rapport préliminaire, la Commission avait en effet considéré que plusieurs des pratiques prétendument mises en œuvre par ces acteurs restreignaient les échanges transfrontaliers dans ce secteur (Comm. UE, communiqué IP/17/201, 2 févr. 2017).

#### Remarques

Les éléments recueillis au moyen des enquêtes sectorielles peuvent également constituer, pour la Commission ou les autorités nationales de concurrence, une source d'information précieuse en matière de contrôle des concentrations ou d'aides d'État. Ainsi, les conclusions de l'enquête relative au secteur de l'énergie ont pu être utilisées pour l'analyse concurrentielle des tarifs réglementés en France dont la Commission craignait qu'ils ne constituent une aide d'État. Elles ont de même nourri

l'analyse concurrentielle et la proposition de remèdes dans le cadre des opérations de concentrations intervenues dans ce secteur, en l'occurrence GDF/Suez (Déc. Comm., 14 nov. 2006, aff. COMP/M.4180Gaz de France/Suez, JOCE 29 mars 2007, n° L 88) ou EDF/British Energy (Déc. Comm. UE, 22 déc. 2008, aff. COMP/M.5224, EDF/British Energy, JOCE 17 févr. 2009, n° C 38 ; N. Calvino et A. Gee, Colloque, *Demain la concurrence*, 15 févr. 2010, *Enquêtes sectorielles : complément ou substitut de l'action des autorités de concurrence ?*, Concurrences n° 2-2010, p. 16).

#### 1130

#### Modification de la régulation

L'étude approfondie d'un secteur et la consultation d'un grand nombre de parties prenantes offre une vision particulièrement précise de la législation en vigueur, de ses éventuelles imperfections et des évolutions envisageables.

À ce titre, les initiatives législatives ou correctrices faisant suite aux enquêtes sectorielles pourront prendre des formes différentes en fonction des imperfections identifiées. Ainsi, suite à son enquête sectorielle sur l'assurance des entreprises, lancée en juin 2005, la Commission a mis à jour son règlement d'exemption applicable à ce secteur (Règl. (UE) n° 267/2010, 24 mars 2010, concernant l'application de l'article 101, § 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances). Les éléments rassemblés durant l'enquête sectorielle sur le secteur énergétique ont, quant à eux, permis à la Commission de nourrir son projet relatif au troisième paquet législatif concernant la libéralisation du secteur, proposé par la Commission en janvier 2007 et adopté en juillet 2009.

Sans même que de nouvelles normes soient adoptées, l'enquête sectorielle revêt, en elle-même, une fonction régulatrice : les entreprises, sensibilisées ou alertées par les mesures prises et les interrogations soulevées par la Commission dans ses demandes de renseignements et rapports, sont incitées automatiquement à se conformer aux exigences du droit de l'Union telles qu'interprétées par la Commission ou à tout le moins, essaieront d'adapter leur conduite (N. Petit et C. Lousberg, Colloque, *Demain la concurrence*, 15 févr. 2010, *Enquêtes sectorielles : complément ou substitut de l'action des autorités de concurrence ?*, Concurrences n° 2-2010, p. 30). Ainsi, suite à la récente enquête menée dans le secteur du commerce électronique, plusieurs entreprises actives dans le secteur du commerce en détail ont décidé de prendre l'initiative de revoir et d'amender leurs pratiques commerciales (Comm. UE, communiqué IP/17/1261, 10 mai 2017).

Des mesures de régulation pourront également être adoptées par des autorités de concurrence nationales, à l'image du secteur bancaire où suite à la publication du rapport final, les autorités portugaise et autrichienne avaient entrepris, avec les acteurs du marché, l'élaboration d'un système de CMI (commission multilatérales d'interchange) respectueux des constatations de la Commission (Report on the retail banking sector inquiry Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission, Sector Inquiry under Art 17 of Regulation 1/2003 on retail banking, COM(2007) 33 final, p. 93).

## CHAPITRE 2

## La saisine de la Commission européenne

## SOMMAIRE

Bibliographie .....	1131		
Textes applicables .....	1132		
<b>SECTION 1</b>			
<b>La saisine d'office</b>			
Faculté d'auto-saisine de la Commission .....	1133		
<b>SECTION 2</b>			
<b>La saisine sur plainte</b>			
§ 1. Les communications d'informations			
Les plaintes informelles devant la Commission .....	1134		
Les lanceurs d'alerte européens .....	1135		
§ 2. Le dépôt de plainte formelle			
Les informations requises par le formulaire C relativement au dépôt de plainte formelle .....	1136		
Le conditionnement du dépôt de plainte à un intérêt légitime .....	1137		
<b>SECTION 3</b>			
<b>Le filtrage initial effectué par la Commission</b>			
L'intérêt communautaire et le pouvoir discrétionnaire de la Commission .....	1138		
<b>SECTION 4</b>			
<b>La coopération entre membres du réseau européen de la concurrence (REC)</b>			
Les échanges d'informations entre les membres du Réseau européen de la concurrence .....	1139		
Les cas de suspension/réallocation d'une affaire au sein du Réseau européen de la concurrence .....	1140		
<b>SECTION 5</b>			
<b>Le traitement des plaintes par la Commission</b>			
§ 1. La procédure de traitement des plaintes par la Commission			
Les différentes phases procédurales du traitement des plaintes par la Commission .....	1141		
§ 2. Les garanties procédurales au bénéfice du plaignant			
Obligation de motivation à la charge de la Commission dans l'appréciation de la plainte .....	1142		
Contrôle juridictionnel du traitement des plaintes devant la Commission .....	1143		

- AUBRY-CAILLAUD, Rejet d'une plainte pour défaut d'intérêt communautaire, *JADE*, 7 mai 2012, disponible à l'adresse suivante : <http://revue-jade.eu/article/view/351> ;
- BARBIER DE LA SERRE, Attention aux plaintes *low cost*, *RLC* 2011/28, n° 1866 ; Conditions d'un rejet de plainte et appréciation de l'intérêt communautaire (ou, après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, de l'Union ?), *RLC* 2011/27, n° 1808 ;
- BELLIS, Droit européen de la concurrence, Bruylant, 2<sup>e</sup> édition, 2014, p. 52-53 ;
- BERGERES, L'erreur manifeste d'appréciation et le contrôle prétorien du rejet de la plainte par la Commission des communautés européennes en droit de la concurrence, *Recueil Dalloz* 1997, p. 243-246 ;
- BLANCO, *EU Competition Procedure*, Oxford University Press, 3<sup>e</sup> édition, 2013, p. 223-247 ;
- CARDONNEL, Le Tribunal de l'Union européenne confirme deux rejets de plaintes par la Commission fondés sur le traitement de l'affaire par une autorité nationale de concurrence, *Concurrences*, 2-2015, p. 153-155 ; Le Tribunal de l'UE confirme le rejet des plaintes contre les fabricants d'originaux de cartouches d'encre (EFIM/Commission), *Concurrences*, 1-2012, p. 187-188 ;
- IDOT, Rejet de plainte et traitement par une autorité nationale, *Europe* 2016, comm. 412, p. 29 ; Cartels et utilisation de preuves transmises par des autorités nationales, *Europe* 2017, comm. 233, p. 29-30 ;

- KERSE, KHAN, *EU Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell, 6<sup>e</sup> édition, 2012, p. 55-88 ;
- LAVEDAN, Confirmation de rejet de plainte par le Tribunal : où la Charente ne présente pas d'intérêt communautaire, RLC 2012, n° 32, p. 79-80 ;
- LUC, Rejet de plainte par la Commission européenne : l'application rassurante de l'article 13 du règlement 1/2003, AJCA 2015, p. 178 ;
- MATHONNIÈRE, Plainte pour pratiques anticoncurrentielles : attention au formalisme !, RLDA 2011/62, n° 3550 ; Documents transmis par l'administration fiscale : une preuve légale dans une procédure de concurrence, RLC 2017/62, n° 3195 ;
- MUGUET-POULLENNEC, Vers une définition du plaignant et du secret professionnel devant la Commission, RLC 2006/8, n° 587 ;
- PRIETO, BOSCO, Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante, Collection droit de l'Union européenne – Manuels, Bruylant, 1<sup>re</sup> édition, 2013, p. 1162-1163 ;
- ROBIN, La concurrence sur le marché primaire justifie le rejet d'une plainte pour abus de position dominante sur le marché secondaire, pour défaut d'intérêt suffisant du droit de l'Union, RLC 2014, n° 38, article n° 2452, p. 29-30 ;
- SIBONY, Rejet d'une plainte : Le Tribunal de l'Union européenne confirme la grande latitude dont dispose la Commission pour apprécier le degré de priorité à accorder aux plaintes dont elle est saisie (*Omnis*), Concurrences, 3-2013, p.79 ;
- VOGEL, Traité de droit économique, Droit de la concurrence, 2015, p.379-388 ;
- UTZSCHNEIDER et MUSSI, La Commission peut rejeter une plainte au motif qu'une autorité nationale de concurrence traite déjà l'affaire, AJCA 2015, p. 134-135 ;
- plaintes informelles provenant de personnes physiques ou de personnes morales (voir n° 1134) ;
- informations transmises par les autorités nationales de concurrence au sein du Réseau européen de la concurrence (REC ou *European Competition Network*) ou par des autorités de concurrence étrangères avec lesquelles des accords de coopération ont été conclus ;
- données relatives à certains marchés transmises par les entreprises dans le cadre de la notification d'opérations de concentration (E. Kerse & N. Khan, *EU Antitrust Procedure*, 6<sup>e</sup> éd., Sweet & Maxwell, 2012, p. 48) ;
- presse spécialisée ou sources internes, provenant d'autres directions générales de la Commission ;
- informations qui lui auraient été communiquées à l'occasion de lettres d'orientation (COM (2004) C101/06, 27 avr. 2004) ; ou
- grâce aux pouvoirs d'enquête qu'elle tient du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 (articles 17-22, voir n° 1092 et s.) et qu'elle aurait pu mettre en œuvre dans un secteur ou un marché particulier, certains des éléments découverts lui étant utiles pour ouvrir d'autres enquêtes.

**Remarque**

La Cour de justice a jugé, concernant l'usage d'informations provenant de précédentes enquêtes, « qu'il ne saurait être interdit à la Commission d'ouvrir une procédure d'enquête afin de vérifier l'exactitude ou de compléter des informations dont elle aurait eu incidemment connaissance au cours d'une vérification antérieure au cas où ces informations indiqueraient l'existence de comportements contraires aux règles de concurrence du traité. En effet, une telle interdiction irait au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver le secret professionnel et les droits de la défense, et constituerait une entrave injustifiée à l'accomplissement, par la Commission, de la mission de veiller au respect des règles de concurrence dans le marché commun et de déceler les infractions aux articles 85 et 86 du traité [devenus, depuis, articles 101 et 102 TFUE]. » (CJCE, 17 oct. 1989, aff. T-85/87, *Dow Benelux NV c/ Commission*, EU:C:2015:404, pt. 19).

**1132 Textes applicables**

- Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE [devenus depuis 101 et 102 TFUE] ;
- 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 [devenus depuis 101 et 102 TFUE] ;
- Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, 2004/C 101/03, 27 avr. 2004.

## SECTION 1

## La saisine d'office

**1133 Faculté d'auto-saisine de la Commission**

En vertu de l'article 7 § 1 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002, la Commission peut se saisir d'office afin d'examiner la conformité de pratiques au regard des articles 101 et 102 du TFUE. L'auto-saisine peut se faire notamment sur la base des éléments suivants :

- informations obtenues par la Commission dans le cadre d'une enquête sectorielle (voir n° 1092 et s.) ;

## SECTION 2

## La saisine sur plainte

## § 1. Les communications d'informations

**1134 Les plaintes informelles devant la Commission**

Les plaintes informelles, qui s'apparentent à une simple communication d'informations, ne sont soumises à aucun formalisme particulier et ne confèrent à leurs auteurs aucun droit ou devoir spécifique.

Toute personne, physique ou morale, peut ainsi envoyer par courriel (à l'adresse suivante : [comp-market-information@ec.europa.eu](mailto:comp-market-information@ec.europa.eu)) ou par courrier à l'adresse suivante : European Commission, Competition DG, B - 1049 Brussels) des informations sur les pratiques d'un opérateur qui lui paraissent contraires aux dispositions des articles 101 ou 102 TFUE.

La Commission encourage la communication de documents par voie électronique et a d'ailleurs adopté à cette fin des

recommandations : « Recommendations for the Use of Electronic Document Submissions in Antitrust and Cartel Case Proceedings » datées du 2 décembre 2016 (disponibles à l'adresse suivante : <[http://ec.europa.eu/competition/contacts/electronic\\_documents\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/contacts/electronic_documents_en.pdf)>).

La Commission n'a aucune obligation d'analyser ces plaintes. Sa seule contrainte tient à la préservation de l'anonymat de la personne qui l'aurait sollicitée. La Cour de justice a ainsi pu condamner la Commission à réparer le préjudice causé à un particulier lui ayant communiqué des informations sur son employeur, et dont elle n'avait pas protégé l'anonymat (CJCE, 7 nov. 1985, aff. C-145/83, Stanley George Adams c/ Commission, EU:C:1985:448).

La Commission veille également, dans le cas où la plainte informelle ne donne lieu à aucune mesure d'investigation, à ce que les documents transmis par un informateur ne soient pas communiqués à l'entreprise concernée. La Commission préférera, dans la mesure du possible, utiliser ses propres ressources pour préserver l'identité de sa source (L. Blanco, EU competition Procedure, 3<sup>e</sup> éd., 2013, p. 233).

### 1135 Les lanceurs d'alerte européens

En mars 2017, la possibilité de communiquer des informations relatives à de potentielles infractions au droit de la concurrence a été élargie et simplifiée grâce à l'introduction d'un nouvel outil permettant aux particuliers d'alerter plus facilement la Commission, par l'intermédiaire d'une plateforme en ligne, de possibles ententes et abus de position dominante, tout en assurant leur anonymat.

Cet outil permet par ailleurs aux particuliers d'échanger, de façon cryptée, avec la Commission puisqu'ils ont la possibilité de lui demander de répondre à leurs messages.

Si l'anonymat est une des caractéristiques du dispositif mise particulièrement en avant par les services de la Commission, il n'est cependant pas interdit aux personnes souhaitant révéler leur identité de le faire à travers l'adresse électronique indiquée sur le site de la Commission (comp-whistleblower@ec.europa.eu) ou par téléphone (+32-2-29 74800).

La Commission a indiqué vouloir s'appuyer sur ce nouveau dispositif pour améliorer ses capacités de détection et de poursuite, mais également augmenter l'effet dissuasif de ses moyens d'enquête.

Au sein du réseau européen de concurrence (REC) (voir n° 1139), des dispositifs similaires existent déjà devant un certain nombre d'autorités nationales de concurrence, et notamment en Allemagne où ce système, lancé en 2012, a permis l'ouverture de procédures de sanction et, *in fine*, l'imposition d'amendes significatives (Bundeskartellamt, « *Effective cartel prosecution* », déc. 2016, p. 6). Au Royaume-Uni, la *Competition and Markets Authority* (CMA), pour rendre son système plus attractif, incite financièrement les lanceurs d'alertes par une récompense pouvant atteindre approximativement 111 615 euros (CMA, *Reward for information about cartels*, disponible à l'adresse suivante : <<https://www.gov.uk/government/publications/cartels-informant-rewards-policy>>).

## § 2. Le dépôt de plainte formelle

### 1136 Les informations requises par le formulaire C relativement au dépôt de plainte formelle

Conformément à l'article 7 § 2 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002, toute personne physique ou morale faisant valoir un intérêt légitime (voir n° 1137) peut déposer une plainte formelle devant la Commission. Toutefois, selon la Cour de justice, la Commission est en droit d'engager la procédure d'office, quelle que soit la légitimité de l'intérêt à agir des plaignants (CJCE, 12 juill. 1979, aff. C-32/78, BMW Belgium SA c/ Commission, EU:C:1979:191).

Cela suppose d'adresser une plainte répondant aux exigences 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 101 et 102 TFUE et reprises en annexe de la communication de la Commission (COM (2004) C 101/05, 27 avr. 2004) relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 101 et 102 TFUE.

Contrairement à une plainte informelle (voir n° 1134), la saisine formelle requiert une certaine exhaustivité. La communication C 101/05 précise ainsi que le plaignant doit fournir l'ensemble des copies des pièces dont il dispose et, à défaut, indiquer à la Commission où se procurer les éléments de preuve nécessaires. La Commission peut cependant dispenser certains plaignants de communiquer des pièces lorsque, du fait de circonstances particulières, elles ne leur sont pas accessibles. C'est le cas, par exemple, d'associations de consommateurs (Règl. n° 773/2004, préc., art. 5 § 1 ; COM (2004) C 101/05, 27 avr. 2004, pt. 31).

Contrairement à la plainte informelle, la première condition qui est requise dans le cadre de la plainte formelle concerne la révélation de l'identité du plaignant. Elle n'est pas sans conséquence, puisqu'elle entraîne des garanties procédurales et permet au plaignant d'avoir accès au dossier. Les plaintes doivent être aussi précises et détaillées que possible. Cela suppose en particulier que la société accusée d'avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles soit clairement identifiée de même que les pratiques qui lui sont reprochées ainsi que les marchés pertinents concernés. Le plaignant doit également préciser quelle doit, selon lui, être l'issue de la procédure et quelles seraient les mesures correctives à adopter par la Commission, sachant que ce dernier élément doit permettre à la Commission de se prononcer sur l'existence d'un intérêt légitime (voir n° 1137). Enfin, le plaignant doit préciser s'il a d'ores et déjà entamé des démarches auprès d'une autorité de concurrence d'un État membre ou devant une juridiction nationale et, le cas échéant, leurs stades d'avancement.



**Remarque**

À noter que si la plainte ne respecte pas le formalisme exigé par le règlement n° 773/2004, et en particulier ne contient pas les informations requises par le formulaire C, la Commission peut raisonnablement ne pas s'estimer saisie d'une plainte dénonçant une pratique anticoncurrentielle. Dans ces circonstances, un recours en carence contre la Commission ne pourra pas prospérer (v. Trib. UE, 19 mai 2011, aff. T-423/07, Ryanair c/ Commission, EU:T:2011:226, pts. 52-58, RLDA 2011/62, n° 3550, RLC 2011/28, n° 1866).

Sur un plan plus pratique, le formulaire doit être communiqué en trois copies papier. La plainte doit être signée par le plaignant ou son représentant. Il est par ailleurs recommandé d'adresser une version électronique.

Il est possible de demander à ce que la confidentialité de certaines informations soit garantie. Dans ce cas, une version non-confidentielle doit également être communiquée à la Commission.

En tout état de cause, les plaintes qui ne satisferaient pas à toutes les conditions posées par le règlement (CE) n° 773/2004 du 7 avril 2004 peuvent malgré tout être prises en compte à titre d'informations relatives au marché et, partant, sont également susceptibles de constituer le point de départ d'une enquête de la Commission (COM (2004) C 101/05, préc., pts. 4 et 32).

**1137****Le conditionnement du dépôt de plainte à un intérêt légitime**

L'article 5 du règlement (CE) n° 773/2004 du 7 avril 2004 prévoit que « les personnes physiques ou morales doivent faire valoir un intérêt légitime pour être habilitées à déposer une plainte [...] ». La notion d'« intérêt légitime » est entendue largement et, par conséquent, la Commission examine les plaintes de toute personne pouvant plausiblement se prévaloir d'un préjudice à la suite d'une violation des règles de concurrence (Commission, « *Dealing with the Commission* », 1997, pt. 2.2). Cette condition pose d'autant moins de difficulté lorsque la plainte est déposée par un État membre puisque ces derniers sont réputés avoir, par principe, un intérêt légitime pour toutes les plaintes qu'ils décident de soumettre à la Commission (COM (2004) C 101/05, 27 avr. 2004, pt. 33).

L'intérêt de la partie plaignante peut être en outre indirect puisque la Commission admet que les intérêts d'entreprises lésées par une pratique soient défendus par l'intermédiaire d'une association. Ainsi, une association d'entreprises peut faire valoir un intérêt légitime à introduire une plainte, en tant qu'entreprise opérant sur le marché en cause, quand bien même elle ne serait pas directement concernée par le comportement dénoncé, à condition toutefois qu'elle représente les entreprises qui la composent et que ces dernières soient, quant à elles, susceptibles d'être affectées par la pratique anticoncurrentielle alléguée (TPICE, 4 mars 2003, aff. T-319/99, FENIN c/ Commission, EU:T:2003:50 ; TPICE, 24 janv. 1995, aff. T-114/92, BEMIM c/ Commission, EU:T:1995:11). À l'inverse, est dépourvue d'intérêt légitime, l'association d'entreprises dont les membres ne sont pas actifs sur le marché sur lequel des prétendues pratiques anticoncurrentielles ont été mises en œuvre (TPICE, 16 sept. 1998, aff. T-133/95 et T-204/95, IECC c/ Commission, EU:T:1998:213, pts. 78-79).

Les associations de consommateurs peuvent, elles aussi, demander à la Commission de constater une infraction au droit de la concurrence (TPICE, 18 mai 1994, aff. T-37/92, BEUC c/ Commission, ECLI:EU:T:1994:54, pt. 36). En outre, la Commission estime que les clients finaux justifient d'un intérêt légitime dans la mesure où, étant des acheteurs de biens ou de services faisant l'objet d'une infraction, leurs intérêts économiques sont directement lésés (COM (2004) C 101/05, préc., pt. 37). La Cour de justice a même jugé, dans l'affaire *Österreichische Postsparkasse*, qu'un parti politique, en qualité de client d'une banque, pouvait justifier d'un intérêt légitime à présenter une plainte

visant à faire constater le caractère anticoncurrentiel de pratiques mises en œuvre par celle-ci. Le Tribunal a, quant à lui, précisé que « rien ne s'oppose à ce qu'un client final acheteur de biens ou de services puisse satisfaire la notion d'intérêt légitime » (TPICE, 7 juin 2006, aff. T-213/01 et T-214/01, *Österreichische Postsparkasse AG et Bank für Arbeit und Wirtschaft AG c/ Commission*, EU:T:2006:151, pt. 114, RLC 2006/8, n° 587, obs. G. Muguet-Poullennec).

En pratique, l'absence d'intérêt légitime conduit la Commission à considérer la plainte irrecevable, ce qui ne l'empêche toutefois pas de conserver les informations recueillies.

## SECTION 3

**Le filtrage initial effectué par la Commission****1138****L'intérêt communautaire et le pouvoir discrétionnaire de la Commission**

La Commission bénéficiant du principe d'opportunité des poursuites, elle n'est pas tenue d'instruire chaque plainte dont elle est saisie, ni *a fortiori*, de rendre une décision définitive quant à l'existence ou non de l'infraction alléguée aux articles 101 et 102 TFUE (COM (2004) C 101/05, 27 avr. 2004, pt. 41).

C'est en fonction de son appréciation de l'éventuel intérêt communautaire que représente une plainte que la Commission poursuivra ou non l'examen d'une affaire. Celui-ci se définit sur la base d'une pluralité d'éléments et d'indices pouvant, selon les cas, être appréciés par la Commission de manière cumulative (P. Cardonnel, *Le Tribunal confirme le rejet des plaintes contre les fabricants d'originaux de cartouches d'encre (EFIM/ Commission)*, Concurrences, 1-2012, p. 187-188).

Toutefois, puisque l'évaluation de l'intérêt communautaire s'apprécie au cas par cas, le juge européen considère qu'il ne convient ni de limiter le nombre de critères d'appréciation auxquels la Commission peut se référer, ni, à l'inverse, de lui imposer le recours exclusif à certains critères (Trib. UE, 11 janv. 2017, aff. T-699/14, *Topps Europe Ltd c/ Commission*, EU:T:2017:2, pt. 65). En outre, si l'absence d'intérêt communautaire constitue un motif de rejet fréquent, la Commission n'est néanmoins pas tenue d'écarter une plainte au motif de l'absence d'intérêt communautaire (COM (2004) C 101/05, préc., pt. 45 ; TPICE, 14 juill. 1994, aff. T-77/92, *Parker Pen Ltd c/ Commission*, EU:T:1994:85).

En premier lieu, la Commission porte son analyse sur la répartition des cas entre elle et les autorités et juridictions nationales, examinant ainsi si le plaignant peut s'adresser à une de ces dernières (Trib. UE, 15 déc. 2010, aff. T-427/08, *CEAHR c/ Commission*, EU:T:2010:517, pts. 173, 176, RLC 2011/27, n° 1808, obs. E. Barbier de la Serre ; TPICE, 21 janv. 1999, aff. T-185/96, *T-189/96 et T-190/96, Riviera Auto Service c/ Commission*, pts. 48-50). De la même manière, la Commission prendra en compte le fait qu'une juridiction nationale ou une autorité de concurrence est déjà saisie d'une affaire portant sur les mêmes pratiques. De façon générale, elle appréciera si les effets des infractions alléguées sont, pour l'essentiel, limités au territoire d'un

ou de plusieurs États membres (Trib. UE, 19 mars 2012, aff. T-273/09, Associazione "Giulemanidallajuve" c/ Commission, EU:T:2012:129, pts. 67-68 ; TPICE, 24 janv. 1995, aff. T-114/92, BEMIM c/ Commission, EU:T:1995:11).

En second lieu, elle pourra considérer qu'il n'y a pas ou plus d'intérêt communautaire en raison de la cessation des pratiques (CJCE, 4 mars 1999, aff. C-119/97 P, Ufex et a. c/ Commission, EU:C:1999:116, pt. 95) ou de l'engagement des entreprises à modifier leur comportement (CJCE, 16 sept. 1998, aff. C-449/98, IECC c/ Commission, EU:C:2001:7).

Enfin, la Commission évalue l'importance pour l'Union européenne qu'il y a à examiner certaines pratiques en fonction des effets possibles des pratiques alléguées et des bénéfices qui pourraient être retirés après leur cessation. Elle établit ainsi des degrés de priorité dans le traitement des différentes plaintes conformément aux pouvoirs que lui confère l'article 105 § 1 TFUE de veiller à l'application des articles 101 et 102 TFUE, et ainsi, de mettre en œuvre la politique de la concurrence de l'Union européenne (Trib. UE, 16 oct. 2013, aff. T-432/10, Vivendi c/ Commission, EU:T:2013:538, pt. 22, RLC 2014/38, n° 2451, obs. C. Robin). Dans ce cadre, elle prend en compte la gravité de l'infraction, la durée du comportement et la persistance éventuelle de ses effets (Trib. UE, 19 mars 2012, aff. T-273/09, Associazione "Giulemanidallajuve" c/ Commission, préc., pt. 59 ; CJUE, 19 mars 2013, aff. C-56/12, EFIM c/ Commission, EU:C:2013:575, pt. 79, RLC 2014/38, n° 2452, obs. C. Robin). Le Tribunal a ainsi précisé qu'il lui appartenait de « mettre en balance l'importance de l'infraction alléguée sur le fonctionnement du marché commun, la probabilité de pouvoir établir son existence et l'étendue des mesures d'investigation nécessaires, en vue de remplir, dans les meilleures conditions, sa mission de surveillance du respect des articles [101] et [102] du TFUE. » (Trib. UE, 15 déc. 2010, aff. T-427/08, CEHR c/ Commission, préc., pt. 158 ; Trib. UE, 7 mai 2012, aff. T-192/07, Comité de défense de la viticulture charentaise c/ Commission, EU:T:2012:116, pt. 65, RLC 2012/32, n° 2112, obs. M. Lavedan ; F. Aubry-Caillaud, Rejet d'une plainte pour défaut d'intérêt communautaire, JADE, 7 mai 2012, disponible à l'adresse suivante : <http://revue-jade.eu/article/view/351>). Les circonstances liées aux moyens devant être employés pour mettre à jour une infraction au droit de la concurrence pourront ainsi dissuader la Commission de poursuivre son examen. À ce titre, une plainte peut être rejetée « aux seuls motifs qu'il n'existe qu'une probabilité limitée d'établir une violation des articles 101 et 102 TFUE et que l'étendue des mesures d'investigation nécessaires est disproportionnée » (Trib. UE, 11 janv. 2017, aff. T-699/14, Topps Europe Ltd c/ Commission, préc., pt. 70 ; TPICE, 16 janv. 2008, aff. T-306/05, Scippacercola et Terezakis c/ Commission, EU:T:2008:9, pts. 187-190).

Cependant, l'irrecevabilité d'une plainte à un moment donné ne permet pas de conclure que les pratiques en cause ne seront pas sanctionnées, soit par la Commission elle-même, soit par une autorité nationale de concurrence.

### Remarques

Encore récemment dans l'affaire *Omnis*, le Tribunal a rappelé la marge d'appréciation importante dont dispose la Commission pour apprécier les degrés de priorité à accorder aux plaintes dont elle est saisie. En l'espèce, le Tribunal rappelle qu'afin de s'acquitter de la tâche qui lui est confiée de définir et de mettre en œuvre l'orientation de la politique de la concurrence de l'Union, la Commission est en droit d'accorder des degrés de priorité différents aux plaintes dont elle est saisie et dispose, à ce titre, d'un « large pouvoir discrétionnaire » (Trib. UE, 30 mai 2013, aff. T-74/11, *Omnis Group Srl c/ Commission* EU:T:2013:283, A.-L. Sibony, Rejet d'une plainte : Le Tribunal confirme la grande latitude dont dispose la Commission pour apprécier le degré de priorité à accorder aux plaintes dont elle est saisie (*Omnis*), Concurrences, 3-2013, p. 79).

## SECTION 4

# La coopération entre membres du réseau européen de la concurrence (REC)

## Les échanges d'informations entre les membres du Réseau européen de la concurrence

Les autorités nationales de concurrence font, avec la Commission, partie du Réseau européen de la concurrence (REC), mis en place par le règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002. Le REC doit permettre une coopération étroite entre les autorités des États membres et la Commission (Règl. (CE) n° 1/2003, préc., art. 11) afin de parvenir à une application cohérente, uniforme et décentralisée du droit européen de la concurrence.

À cette fin, des mécanismes d'information et de consultation réciproque ont été conçus. Cette collaboration se traduit notamment par un échange systématique d'informations entre les différentes autorités, sachant que les échanges peuvent avoir lieu soit entre une autorité de concurrence nationale et la Commission (coopération verticale), soit directement entre différentes autorités nationales de concurrence (coopération horizontale).

Un élément essentiel du fonctionnement du REC est la possibilité pour toutes les autorités de concurrence de s'échanger et d'utiliser les informations, qu'elles soient confidentielles ou pas (y compris les pièces, déclarations et informations sur support électronique), qu'elles ont recueillies au moment de la mise en œuvre d'une procédure en application des articles 101 et 102 TFUE (COM (2004) C 101/03, 27 avr. 2004, pts. 26 et 27 ; Règl. (CE) n° 1/2003, préc., art. 12).

Pour autant, la confidentialité des informations est assurée par l'article 28 § 2 du règlement (CE) n° 1/2003, imposant une obligation de secret aux autorités de concurrence ainsi qu'à leurs agents. Toutefois, cet article ne définit pas ce qui relève du « secret professionnel ». Il convient donc de se référer à la communication relative à la coopération au sein du REC qui précise que le « secret professionnel » est une notion de droit européen qui recouvre notamment les secrets d'affaires et autres informations confidentielles (COM (2004) C 101/03, préc., pt. 28).

À cet égard, l'article 16 du règlement (CE) n° 773/2004 du 7 avril 2004 permet à la Commission de demander aux entreprises ayant soumis des documents ou déclarations conformément au règlement (CE) n° 1/2003 de signaler les documents contenant des secrets d'affaires ou d'autres informations confidentielles les concernant et de désigner les entreprises vis-à-vis desquelles ces documents doivent demeurer confidentiels (Règl. (CE) n° 773/2004, préc., art. 16 § 3).

S'agissant en particulier de l'utilisation des documents ou informations recueillis, ceux-ci bénéficient, conformément à l'article 12 du règlement (CE) n° 1/2003, d'une double protection :

- le paragraphe 2 précise que les informations ne peuvent être utilisées qu'aux fins de l'application de l'article 101 ou 102 TFUE et pour l'objet pour lequel elles ont été spécifiquement recueillies par l'autorité qui transmet l'information. Toutefois, si le droit national est appliqué dans la même affaire et en parallèle à une procédure devant la Commission, aboutissant au même résultat, les informations échangées peuvent également être utilisées en application du droit national de la concurrence ;

— la deuxième protection concerne les personnes physiques qui peuvent être sanctionnées en cas de violation de l'article 101 ou 102 TFUE dans certains États membres en raison d'informations échangées entre autorités. L'article 12 § 3 du règlement (CE) n° 1/2003 et la communication relative à la coopération au sein du REC (COM (2004) 101/03, préc.) visent à garantir que les informations transmises dans le cadre des échanges d'informations ne puissent être utilisées d'une manière susceptible de porter atteinte à la protection, par nature plus étendue, des personnes physiques, notamment en matière de droits de la défense. Par exemple, les personnes physiques ont le droit de garder le silence, alors que les entreprises peuvent seulement refuser de fournir des réponses qui les conduiraient à s'auto-incriminer. Ainsi, les informations transmises ne peuvent être utilisées comme un moyen de preuve pour infliger une sanction à une personne physique que dans deux cas : (i) si la loi de l'autorité qui transmet l'information prévoit des sanctions similaires en cas de violation des articles 101 ou 102 TFUE, ou (ii) si les informations ont été recueillies d'une manière qui garantit le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire.

#### EXEMPLE

Sur la question de la communication des informations entre autorités nationales et la Commission, un arrêt de la Cour de justice du 27 avril 2017 précise que le droit européen ne s'oppose pas à la transmission d'informations concernant de potentielles infractions au droit de la concurrence par des autorités de poursuite nationales (autres que les autorités des concurrentes). Il s'agissait en l'espèce de la police douanière et financière italienne. Pour la Cour de justice, le principe de libre administration des preuves applicable en droit de l'Union permet d'utiliser des documents à d'autres fins que celles pour lesquelles ils ont été initialement recueillis (CJUE, 27 avr. 2017, aff. C-469/15 P, FSL Holdings, EU:C:2017:308, L. Idot, Cartels et utilisation de preuves transmises par des autorités nationales, Europe 2017, comm. 233, RLC 2017/62, n° 3195).

1140

### Les cas de suspension/réallocation d'une affaire au sein du Réseau européen de la concurrence

Le règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 ne fixe pas, de façon figée, le partage des compétences entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres. La répartition résulte donc d'une collaboration entre ces dernières avec pour objectif une répartition optimale des affaires à l'autorité de concurrence la mieux placée pour traiter une plainte. Pour ce faire, la communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence fixe les critères permettant de déterminer quelle est, dans un cas donné, l'autorité « bien placée » pour traiter une affaire. Celle-ci doit présenter trois caractéristiques cumulatives : (i) la pratique trouve son origine sur son territoire, (ii) l'autorité est compétente pour faire cesser l'infraction et (iii) elle est en mesure, éventuellement avec le concours d'autres autorités, de réunir les preuves permettant d'établir l'infraction (COM (2004) C 101/03, 27 avr. 2004, pt. 8). La Commission a ainsi considéré que la Croatie, nonobstant sa récente adhésion à l'Union européenne, était l'autorité la mieux placée pour examiner une pratique concernant le transport de passagers dans le secteur portuaire en raison de pratiques localisées sur le seul territoire croate (Trib. UE, 30 sept. 2016, aff. T-70/15, Trajektna Iuka Split, EU:C:2016:524, L. Idot, Rejet de plainte et traitement par une autorité nationale, Europe 2016, comm. 412).

Il s'ensuit que, sous réserve de la réunion des trois critères susmentionnés, plusieurs autorités de concurrence nationales peuvent, en théorie être « les mieux placées » pour traiter une

affaire au sens de la Communication relative au Réseau européen de la concurrence (REC). L'article 13 du règlement (CE) n° 1/2003 précise toutefois que « [l]orsque les autorités de concurrence de plusieurs États membres sont saisies d'une plainte ou agissent d'office au titre de l'article [101] ou [102] du Traité à l'encontre d'un même accord, d'une même décision d'association ou d'une même pratique, le fait qu'une autorité traite l'affaire constitue pour les autres autorités un motif suffisant pour suspendre leur procédure ou rejeter la plainte ».

L'expression « traiter l'affaire » ne signifie pas simplement qu'une autorité a été saisie de la plainte, mais qu'elle l'instruit. Cette précision permet d'éviter qu'une autorité qui a également été saisie s'abstienne d'instruire une affaire au motif qu'une autorité d'un autre État membre a également été saisie de cette même affaire. Ainsi, l'article 13 peut jouer lorsque l'accord ou la pratique porte sur la ou les mêmes infractions sur les mêmes marchés de produits et géographiques en cause (COM (2004) C 101/05, préc., pts. 20-21).

L'article 13 du règlement (CE) n° 1/2003 offre donc une possibilité aux autorités nationales de concurrence, leur laissant une marge d'appréciation suffisante pour prendre en compte les spécificités de chaque espèce. Il s'agit là d'une souplesse importante dans la mesure où le rejet d'une plainte ne s'impose pas forcément aux autres autorités membres du REC. En effet, une autorité peut ne pas vouloir réexaminer un dossier si une plainte a été rejetée à la suite d'un examen au fond par une autre autorité. Toutefois, si le rejet est fondé sur un autre motif, une autre autorité pourra réaliser sa propre enquête et traiter l'affaire si elle le souhaite (COM (2004) C 101/05, préc., pt. 22). La faculté de suspendre une procédure permet ainsi à l'autorité de conserver la faculté de décider ultérieurement de mettre un terme ou non à sa procédure.

#### EXEMPLE

Les enquêtes qui ont été menées en parallèle par plusieurs autorités nationales de concurrence dans le secteur de la réservation hôtelière constituent un exemple révélateur du fonctionnement du REC. Elles ont, en l'espèce, permis de détecter les effets restrictifs des clauses de parité tarifaire figurant dans les contrats conclus entre les plateformes de réservation hôtelière en ligne, telles qu'Expedia et Booking.com, et les hôtels. Ces clauses restreignaient la liberté tarifaire des hôtels en leur interdisant de proposer des conditions plus avantageuses ou de pratiquer des prix de nuitées plus bas sur les plateformes de réservation en ligne concurrentes ou par l'intermédiaire d'autres canaux de distribution.

Lors de l'instruction, l'autorité française de la concurrence a ainsi travaillé en étroite collaboration avec ses homologues suédoise et italienne ainsi que la Commission européenne. À la suite des engagements pris par les plateformes auprès de dix autorités de concurrence nationales différentes au total, ces dernières (l'Allemagne, la Belgique, la France, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, les Pays-Bas, la République tchèque, le Royaume-Uni et la Suède) et la Commission européenne, un sondage d'envergure a été organisé pour évaluer les effets des engagements souscrits. Cela a abouti à la rédaction d'un rapport commun publié en avril 2017 (disponible à l'adresse suivante : <[http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel\\_monitoring\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf)>) dont les conclusions suggèrent que le passage de clauses de parité « étendue » à des clauses de parité « restreinte » aurait augmenté la différenciation tarifaire entre plateformes de réservation en ligne dans la plupart des pays concernés. Toutefois, près de la moitié des hôtels interrogés ont indiqué ne pas être au courant des différentes modifications intervenues dans le secteur. La Commission européenne et les autorités nationales de concurrence ont donc décidé d'une orientation commune et coordonnée consistant à maintenir ce secteur sous surveillance.

## SECTION 5

## Le traitement des plaintes par la Commission

### § 1. La procédure de traitement des plaintes par la Commission

1141

#### Les différentes phases procédurales du traitement des plaintes par la Commission

Si la Commission n'est pas tenue d'instruire chacune des plaintes dont elle est saisie (voir n° 1138), elle est en revanche tenue d'étudier soigneusement les éléments de fait et de droit soulevés par le plaignant dans sa plainte (CJUE, 15 déc. 2010, aff. T-427/08, CEAHR c/ Commission, EU:T:2010:517, pt. 28).

Plusieurs phases doivent être distinguées dans la procédure d'examen des plaintes par la Commission.

Au cours d'une première phase, la Commission examine la plainte déposée et dresse la liste des pièces pouvant utilement la compléter. S'engage alors un échange informel avec le plaignant afin de préciser et clarifier les éléments de droit et de fait invoqués dans la plainte. Lors de cet échange, la Commission peut éventuellement faire part de ses premières impressions sur la plainte, permettant ainsi au plaignant de compléter son argumentation (COM (2004) C 101/05, 27 avr. 2004, pt. 55).

Au cours d'une seconde phase, la Commission peut décider de poursuivre l'instruction de l'affaire en vue de l'ouverture d'une procédure au titre de l'article 7 § 1 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 à l'encontre des entreprises mises en cause. Si l'ouverture d'une procédure n'est pas envisageable, la Commission indique, dans un délai raisonnable suivant le dépôt de plainte et au moyen d'une lettre motivée, les raisons pour lesquelles elle considère que la plainte ne doit pas donner lieu à un examen plus approfondi. Le délai raisonnable est apprécié en fonction des circonstances propres à chaque espèce. La Commission précise également dans sa communication relative au traitement des plaintes (COM (2004) C 101/05, préc.) le délai dans lequel le plaignant peut lui communiquer ses éventuelles observations tout en rappelant qu'un défaut de réponse dans le délai fixé équivaut au retrait de la plainte. Ce délai ne peut, en tout état de cause, être inférieur à 4 semaines (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 17 § 2). Le plaignant peut dans ce cadre demander accès aux documents sur la base desquels la Commission a fondé son appréciation préliminaire (Règl. (CE) n° 773/2004, préc., art. 8). Précisons que ce droit d'accès ne revêt pas la même portée que le droit d'accès au dossier reconnu aux personnes, entreprises et associations d'entreprises auxquelles la Commission a adressé une communication des griefs. Ce dernier vise en effet l'ensemble des documents obtenus, produits ou assemblés par la direction générale de la Commission lors de l'enquête (voir n° 1092 et s.), tandis que le droit d'accès des plaignants se limite aux seuls documents sur lesquels la Commission a fondé son appréciation provisoire (Trib. UE, 11 janv. 2017, aff. T-699/14, Topps Europe Ltd c/ Commission, EU:T:2017:2, pt. 30). Les échanges avec la Commission à ce stade ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation (TPICE, 27 juin 1995, aff. T-186/94, Guérin automobiles c/ Commission, EU:T:1995:114).

Au cours de la troisième et dernière phase, la Commission prend en compte les observations communiquées par le plaignant à la suite de sa communication des motifs dans le délai qu'elle lui a fixé, sachant que seules les observations du plaignant reçues dans ce délai doivent être prises en compte par la Commission (Règl. (CE) n° 773/2004, préc., art. 7). Sauf les cas

où la Commission retient ces observations, si celles-ci ne conduisent pas à une appréciation différente de la plainte, elle adopte alors une décision de rejet, susceptible de faire l'objet d'un recours.

La décision de rejet de plainte ne statue pas de manière définitive sur l'existence ou l'inexistence d'une infraction aux règles du droit de la concurrence européen, les juridictions et les autorités nationales pouvant appliquer les articles 101 et 102 TFUE aux mêmes faits tout en se référant à l'appréciation que la Commission aurait pu effectuer des éléments de fait et de droit (COM (2004) C 101/05, préc., pt. 79). Cependant, la décision de rejet empêche le plaignant d'obtenir une réouverture de l'enquête, sauf le cas où il est en mesure de produire de nouveaux éléments de preuve significatifs.

#### Remarques

Le retrait d'une plainte n'empêche toutefois pas la Commission de poursuivre par la suite une enquête à l'encontre des entreprises en cause.

Ainsi, le retrait de la plainte de Sun Microsystems à l'encontre de pratiques de Microsoft n'a pas empêché la Commission d'instruire ces pratiques et, *in fine*, sanctionner cette dernière (Déc. Comm. CE, n° COMP/C-3/37.792, 24 mars 2004, Microsoft, JOCE 6 févr. 2007, n° L 32). Microsoft était en effet parvenue à conclure un accord transactionnel avec son concurrent à l'origine de la plainte peu de temps avant que la Commission ne rende sa décision.

De même, la Commission a sanctionné Visa alors même que Morgan Stanley avait retiré sa plainte suite à un accord transactionnel trouvé avec Visa à l'automne 2006 (Déc. Comm. CE, n° COMP/D1/37.860, 3 oct. 2007, Morgan Stanley/Visa International and Visa Europe, JOCE 5 août 2009, n° C 183).

### § 2. Les garanties procédurales au bénéfice du plaignant

1142

#### Obligation de motivation à la charge de la Commission dans l'appréciation de la plainte

Il ressort d'une jurisprudence constante que, lorsque les institutions, à l'instar de la Commission, disposent d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de procédures administratives, les garanties procédurales, conférées aux citoyens par l'ordre juridique de l'Union européenne, doivent être assurées de manière effective.

Parmi ces garanties figure notamment l'obligation pour l'institution compétente d'examiner avec soin et impartialité tous les éléments pertinents du cas d'espèce (TPICE, 17 déc. 2008, aff. T-462/04, HEG et Graphite India c/ Conseil, EU:T:2008:586, pt. 68 ; TPICE, 18 sept. 1992, aff. T-24/90, Automec c/ Commission, EU:T:1992:97).

La motivation des décisions contribue également au respect de ces garanties. Les décisions de rejet n'échappent pas à la règle puisque, lorsqu'elle les adopte, la Commission « est notamment astreinte à une obligation de motivation » (CJCE, 4 mars 1999, aff. C-119/97 P, Ufex et a. c/ Commission, EU:T:2000:141, pts. 90-91 ; CJUE, 31 mars 2011, aff. C-367/10 P, EMC Development c/ Commission, EU:C:2011:203, pt. 75).

La motivation « doit être de nature à permettre à son destinataire de connaître les justifications de la mesure prise, afin de faire valoir, le cas échéant, ses droits, et de vérifier si la décision est ou non bien fondée, et au juge communautaire d'exercer son contrôle » (TPICE, 24 janv. 1992, aff. T-44/90, La Cinq (SA) c/ Commission, EU:T:1992:5, pt. 42 ; Trib. UE,

19 mars 2012, aff. T-273/09, Associazione « Giùlemanidallajuve » c/ Commission, EU:T:2012:129, pt. 93 ; COM (2004) C 101/05, 27 avr. 2004, pt. 75).

La motivation d'une décision doit exposer, de façon claire et suffisante, le raisonnement adopté par la Commission. Les motifs doivent ressortir clairement de la décision sans que des explications orales ou écrites ultérieures ne soient nécessaires (TPICE, 12 déc. 1996, aff. T-16/91, Rendo NV, EU:T:1992:109, pt. 45). Cela n'implique pas pour autant pour la Commission de prendre position sur l'ensemble des arguments ou allégations présentées par les plaignants, « il suffit qu'elle expose les faits et les considérations juridiques revêtant une importance essentielle dans l'économie de la décision » (M.-C. Bergerès, L'erreur manifeste d'appréciation et le contrôle prétorien du rejet de la plainte par la Commission des communautés européennes en droit de la concurrence, Recueil Dalloz 1997, p. 243).

1143

### Contrôle juridictionnel du traitement des plaintes devant la Commission

Le pouvoir discrétionnaire de la Commission connaît des limites. À ce titre, si le juge européen est tenu de contrôler la motivation retenue par la Commission (voir n° 1142), il ne saurait substituer son appréciation à celle de cette dernière. En effet, le juge de l'Union « vérifie que la décision litigieuse ne repose pas sur des faits matériellement inexacts et qu'elle n'est entachée d'aucune erreur de droit ni d'aucune erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir » (TPICE, 18 sept. 1992, aff. T-24/90, Automec c/ Commission, EU:T:1992:97, pt. 80). Le juge peut donc être conduit à contrôler, par exemple, l'analyse de la Commission quant au marché pertinent sur lequel est mis en œuvre la pratique anticoncurrentielle alléguée (TPICE, 15 déc. 2010, aff. T-427/08, CEHR c/ Commission, EU:T:2010:517, RLC 2011/27, n° 1808, obs. E. Barbier de la Serre).

Le rapport entre la liberté de l'institution et le contrôle de ses décisions est inversement proportionnel : plus la marge d'appréciation dont dispose la Commission est grande, plus le contrôle du juge est restreint. Ce dernier ne peut par conséquent remettre en cause l'opportunité de prendre en compte tel ou tel élément et s'attache uniquement à vérifier que leur interprétation ne recèle pas d'erreur manifeste d'appréciation. Le juge contrôle également l'erreur de droit et le détournement de

pouvoir. Cependant, la jurisprudence, qui se limite à rappeler la possibilité de ces contrôles, ne permet pas de savoir quelles pourraient, en pratique, être les illégalités pouvant effectivement donner lieu à une annulation sur ce fondement.

Les contrôles opérés par le juge de l'Union concernant les décisions de rejet de plainte fondées sur l'article 13 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 (voir n° 1141) illustrent la nature du contrôle juridictionnel de la Cour. Rappelons que cet article permet à la Commission de rejeter une plainte lorsque l'affaire concernée est déjà traitée par une autre autorité. Dans un tel cas, la Cour vérifie alors que l'affaire traitée au niveau national, qui doit effectivement faire l'objet d'un examen, correspond bien à celle présentée à la Commission. Si ces conditions sont remplies, même dans l'hypothèse où la Commission serait mieux placée pour traiter une affaire, le juge ne peut remettre en cause sa décision de rejet (Trib. UE, 17 déc. 2014, aff. T-201/11, Si.mobil telekomunikacijske storitve c/ Commission, EU:T:2014:1096, Y. Utzschneider et C. Mussi, La Commission peut rejeter une plainte au motif qu'une autorité nationale de concurrence traite déjà l'affaire, AJCA 2015, p. 134-135, P. Cardonnel, Le Tribunal confirme deux rejets de plaintes par la Commission fondés sur le traitement de l'affaire par une autorité nationale de concurrence, Concurrences, 2-2015, p. 187-188).

#### Remarques

Toujours dans le cadre d'une décision de rejet prise sur le fondement de l'article 13 du règlement (CE) n° 1/2003, le Tribunal a été amené à contrôler la façon dont la Commission avait estimé que l'autorité nationale de concurrence avait déjà « traité l'affaire ». En l'espèce, la question posée au Tribunal par le plaignant était de définir le sens à donner à l'expression « plainte déjà traitée par une autorité de concurrence ». Pour le Tribunal, aucune décision d'une autorité nationale de concurrence n'est exigée pour autoriser la Commission à rejeter la saisine portant sur une même pratique. Le Tribunal juge donc que la lettre de l'article 13 permet en effet à la Commission de rejeter une plainte en cours de traitement sans attendre l'issue de l'examen de l'affaire par l'autorité déjà saisie. (Trib. UE, 21 janv. 2015, aff. T-355/13 easyJet Airline Co. c/ Commission, EU:T:2015:36, I. Luc, Rejet de plainte par la Commission : l'application rassurante de l'article 13 du règlement 1/2003, AJCA 2015, p. 178).

## CHAPITRE 3

La procédure contentieuse  
devant la Commission européenne

## SOMMAIRE

Bibliographie . . . . .	1144	Typologie des documents contenus dans le dossier et modalités d'accès : synthèse . . . . .	1156
Textes applicables . . . . .	1145	Accès général au dossier de la Commission : l'encadrement du règlement « transparence » . . . . .	1157
<b>SECTION 1</b>			
<b>La communication des griefs</b>			
Objet et finalité de la communication des griefs . . . . .	1146		
Structure de la communication des griefs . . . . .	1147		
Contenu de la communication des griefs et le dossier qui l'accompagne . . . . .	1148		
Communication des griefs complémentaire et exposé des faits . . . . .	1149		
<b>SECTION 2</b>			
<b>L'accès au dossier de la Commission</b>			
Les titulaires du droit à l'accès au dossier de la Commission . . . . .	1150		
Typologie des documents concernés par l'accès au dossier de la Commission . . . . .	1151		
Traitement des informations confidentielles contenues dans le dossier de la Commission . . . . .	1152		
Modalités et formes de l'accès au dossier de la Commission . . . . .	1153		
Accès au dossier organisé dans le cadre d'une procédure de divulgation négociée . . . . .	1154		
Accès au dossier organisé dans le cadre d'une « data room » . . . . .	1155		
<b>SECTION 3</b>			
<b>La réponse à la communication des griefs</b>			
§ 1. La réponse à la communication des griefs			
Réponse écrite à la communication des griefs . . . . .	1158		
Délai accordé aux entreprises pour répondre à la communication des griefs . . . . .	1159		
Accès à la version non confidentielle des réponses écrites des autres parties destinataires de la communication des griefs . . . . .	1160		
Autres titulaires du droit de réponse à la communication des griefs . . . . .	1161		
§ 2. Le déroulement de l'audition devant la Commission			
Nature et objectif de l'audition devant la Commission . . . . .	1162		
Participants à l'audition devant la Commission . . . . .	1163		
Préparation et organisation de l'audition devant la Commission . . . . .	1164		
Procédure à l'audition devant la Commission . . . . .	1165		
Le rapport du conseiller-auditeur . . . . .	1166		
Étapes principales de l'audition : synthèse . . . . .	1167		

- BARBIER DE LA SERRE et CHASSAING, Les Bonnes pratiques procédurales de la Commission et le nouvel élan donné au principe de bonne administration et au conseiller-auditeur, RLC, n° 30, janvier-mars 2012, pp. 67-73 ;
- BELLIS, Droit européen de la concurrence, Bruylant, 2014, pp. 59-64 ;
- BLANCO, EU Competition Procedure, Oxford University Press, 3<sup>e</sup> édition, 2013, pp. 403-443 ;

- KERSE, KHAN, EU Antitrust Procedure, Sweet & Maxwell VOGEL, Traité de droit économique, Droit de la concurrence, 2015, pp. 245-262 ;
- NOURISSAT, Accès au dossier dans les procédures de concurrence communautaires, Revue Lamy de la concurrence, n° 6, janvier 2006, p. 69 ;
- VAN BAEL, Due Process in EU Competition Proceedings, Wolters Kluwer, 2011, pp. 166-206 ;
- VOGEL, Traité de droit économique, Tome 1 : droit de la concurrence, Bruylant, 2015, pp. 440-457 ;

- W. P. J. WILS, *The Role of the Hearing Officer in Competition Proceedings before the European Commission*, 32 *World Competition : Law and Economics Review*, Vol. 35, N° 3, sept. 2012, pp. 397-430.

### 1145 Textes applicables

- Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE [devenus depuis 101 et 102 TFUE] ;
- 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 [devenus depuis 101 et 102 TFUE] ;
- Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission ;
- Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE [devenus depuis 101 et 102 TFUE], des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement n° 139/2004 du Conseil, 2005/C325/07, 22 déc. 2005 ;
- Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE, 2011/C 308/06, 20 oct. 2011 ;
- Décision du président de la Commission européenne du 13 octobre 2011 relative à la fonction et au mandat du conseiller-auditeur dans certaines procédures de concurrence, 2011/695/UE ;
- Antitrust Manual of Procedures, Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 and 102 TFEU ;
- The hearing officer for competition proceedings, Annual report 2015, disponible (uniquement en anglais) à l'adresse suivante : <[http://ec.europa.eu/competition/hearing\\_officers/annual\\_report\\_2015\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/hearing_officers/annual_report_2015_en.pdf)> ;
- Best practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU and under the EU Merger Regulation, 2015, (disponible uniquement en anglais) à l'adresse suivante : <[http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/disclosure\\_information\\_data\\_rooms\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/disclosure_information_data_rooms_en.pdf)>.

## SECTION 1

# La communication des griefs

### 1146 Objet et finalité de la communication des griefs

La communication des griefs a pour objectif d'informer les parties concernées des griefs qui leur sont reprochés en vue de leur permettre d'exercer leurs droits de la défense. La communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE précise que les parties concernées par la procédure reçoivent ainsi toutes les informations dont elles ont besoin

pour se défendre efficacement et réagir aux allégations dont elles font l'objet (COM (2011) C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 82).

Le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions financières, qu'il s'agisse d'amendes ou d'astreintes, constitue un principe fondamental du droit de l'Union européenne qui s'impose, y compris dans le cadre d'une procédure à caractère administratif (CJCE, 29 juin 2006, aff. C-308/04 P, SGL Carbon AG c/ Commission, EU:C:2006:433, pt. 94). Ce principe exige que les entreprises concernées soient mises en mesure, dès le stade de la procédure administrative, de faire connaître utilement leur point de vue sur la réalité et la pertinence des faits, des griefs et des circonstances allégués par la Commission (Trib. UE, 2 févr. 2012, aff. T-83/08, Denki Kagaku Kogyo Kabushiki Kaisha, Denka Chemicals c/ Commission, EU:T:2012:48, pt. 82 ; Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 27).

Le règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 énumère les cas dans lesquels la Commission est légalement tenue d'adopter une communication des griefs, en l'occurrence avant d'adopter une décision affectant les intérêts du destinataire, qu'il s'agisse d'une décision constatant l'existence d'une infraction aux articles 101 ou 102 TFUE et exigeant sa cessation (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 7), et/ou infligeant des amendes ou astreintes (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 23 et art. 24 respectivement).

La communication des griefs ne constitue pas, en elle-même, une décision susceptible d'un recours en annulation devant les juridictions de l'Union européenne. Selon la Cour de justice, une communication des griefs ne saurait en effet être considérée, de par sa nature et ses effets juridiques, comme une décision mais constitue à l'inverse un acte de procédure, préparatoire par rapport à la décision qui en constitue le terme ultime (CJCE, 11 nov. 1981, aff. 60/81, IBM c/ Commission, EU:C:1981:264, pt. 21). La Commission est ainsi en mesure d'abandonner les griefs contenus dans la communication des griefs, en tout ou en partie, ou encore, de les modifier pour autant que cela ne conduise pas à ce que la décision finale incrimine et sanctionne, quant à elle, les entreprises mises en cause pour des infractions différentes de celles initialement visées dans la communication des griefs (CJCE, 19 mars 2003, aff. T-213/00, CMA CGM c/ Commission, EU:T:2003:76, pt. 109 ; CJUE, 27 juin 2012, aff. T-445/07, Berning & Söhne c/ Commission, EU:T:2012:321, pt. 50). À cet égard, si la Commission fait part, au moyen d'une communication de griefs complémentaire (voir n° 1149), de son intention de renoncer à certains éléments de fait ou de droit initialement exposés dans la communication des griefs au détriment d'une ou de plusieurs parties, ou si elle cherche à se fonder sur de nouvelles preuves à charge, les parties concernées disposeront, en tout état de cause, du droit de faire valoir leurs observations (COM (2011) C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 86 ; voir n° 1158). À défaut, l'entreprise concernée disposera d'un moyen d'annulation (L. O. Blanco, *EU Competition Procedure*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, 2013, p. 405 ; CJCE, 31 mars 1993, aff. jtes. C-89/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 C-125/85 à C-129/85, EU:C:1993:120).

La réception d'une communication des griefs peut également être l'occasion pour une entreprise de modifier ses accords ou pratiques afin de se conformer au droit européen de la concurrence. Toutefois, « [u]ne communication des griefs ne crée pas, pour l'entreprise concernée, l'obligation de modifier ou de reconsidérer ses pratiques commerciales [...] » (CJCE, 11 nov. 1981, aff. 60/81, IBM c/ Commission, EU:C:1981:264, pt. 19). En effet, la communication des griefs n'étant que provisoire, celle-ci se borne à exposer la position préliminaire de la Commission au sujet de l'infraction présumée à l'article 101 et/ou à l'article 102 TFUE à laquelle elle est parvenue au terme d'une enquête approfondie (COM (2011) C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 82). Elle ne préjuge donc pas de l'issue finale de l'enquête, l'affaire pouvant être close sans qu'une décision d'interdiction ou rendant des engagements obligatoires ne soit adoptée (COM (2011) C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 77).

Enfin, afin d'accroître la transparence de la procédure, la Commission a pris, dans le cadre de ses bonnes pratiques,

l'engagement de publier « en règle générale », sur son site Internet, un communiqué de presse reprenant les principaux éléments de la communication des griefs peu après la réception de celle-ci par ses destinataires. Le communiqué précisera toutefois que l'envoi d'une communication des griefs ne préjuge pas de l'issue finale de la procédure au terme de l'audition des parties concernées (COM (2011) C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 91). En pratique, cela n'a été fait que dans les affaires les plus importantes, par exemple, dans l'affaire des produits dérivés de taux d'intérêt en euro (Comm. UE, communiqué n° IP/14/572, 20 mai 2014) ou dans l'affaire *Lundbeck* (Comm.UE, communiqué n° IP/12/834, 25 juill. 2012).

### 1147 Structure de la communication des griefs

En pratique, la communication des griefs comporte trois éléments : (i) la communication des griefs en elle-même, (ii) une lettre d'accompagnement, signée par le directeur général de la direction générale de la concurrence, et qui contient un certain nombre d'informations et, (iii) le dossier contenant les pièces sur la base desquelles la communication des griefs a été rédigée.

En général, la structure de la communication des griefs est similaire à celle d'une décision adoptée en vertu des articles 101 et 102 TFUE. Deux sections peuvent être ainsi distinguées : (i) une partie descriptive dans laquelle le secteur économique, les entreprises concernées ainsi que leurs positions respectives sur le marché en cause et les pratiques alléguées sont présentés et (ii) une partie juridique présentant les conclusions auxquelles la Commission est parvenue quant à la réalité de l'infraction (L. O. Blanco, *EU Competition Procedure*, 3<sup>e</sup> ed., Oxford, 2013, p. 407). Il s'agit pour la Commission d'expliquer les raisons et les preuves la conduisant à considérer qu'une infraction aux règles de concurrence a été commise et la façon dont il convient d'y remédier, en l'occurrence par l'imposition d'une sanction pécuniaire ou d'une injonction (voir n° 1260 et s.).

Par la lettre d'accompagnement de la communication des griefs, la Commission précise un certain nombre d'éléments dont les plus importants sont présentés ci-dessous (L. O. Blanco, *EU Competition Procedure*, 3<sup>e</sup> ed., Oxford, 2013, p. 407) :

- il est exposé de façon claire que cette communication est adressée aux intéressés conformément à l'article 27 § 1 du règlement (CE) n° 1/2003 qui précise qu'avant toute adoption d'une décision, la Commission leur donne l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus par cette dernière. Si la procédure n'a pas été formellement ouverte en vue de l'adoption d'une décision en application du Chapitre III du règlement (CE) n° 1/2003, une décision d'ouverture de la procédure sera adressée parallèlement à la communication des griefs (voir n° 1260 et s. (Commission, *Antitrust Manual of Procedures*, mars 2012, Section 11, 2.1, pt. 8) ;
- le fait que les destinataires peuvent exposer tous les faits dont ils ont connaissance et qui entrent en ligne de compte dans leur défense contre les griefs qui leur sont adressés (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 10 § 3) ;
- les modalités relatives à la soumission d'une réponse à cette communication des griefs telles par exemple, le nombre de copies à présenter et le format d'une telle réponse (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 10 § 3) ;
- le délai dans lequel les observations en réponse à la communication des griefs doivent, le cas échéant, être soumises (voir n° 1158 et s.) ;
- le fait que les destinataires peuvent demander à développer leurs arguments lors d'une audition (« *oral bearing* »), à condition d'en avoir fait la demande préalable dans leurs observations écrites (voir n° 1162 et s.) ;
- et le fait que les parties peuvent accéder au dossier de la Commission, sous réserve là encore, d'en avoir fait la demande au préalable, et les modalités relatives à l'accès au dossier (voir n° 1150 et s.).

### Contenu de la communication des griefs et le dossier qui l'accompagne

Aux termes de l'article 27 du règlement (CE) n° 1/2003, la Commission ne peut en effet fonder sa décision que sur les griefs auxquels les parties concernées ont pu répondre. C'est pour cette raison que la communication des griefs doit contenir « un exposé des griefs libellés dans des termes suffisamment clairs, seraient-ils sommaires, pour permettre aux intéressés de prendre effectivement connaissance des comportements qui leurs sont reprochés par la Commission » (TPICE, 28 févr. 2002, aff. T-86/95, *Compagnie Générale Maritime c/ Commission*, EU:T:2002:50, pt. 442 ; Trib. UE, 19 janv. 2016, aff. T-404/12, *Toshiba Corp. c/ Commission*, EU:C:2017:520, pt. 39).

Indépendamment du fait que les destinataires de la communication des griefs aient connaissance des faits et des documents mentionnés dans celle-ci, ils doivent être informés du comportement reproché et des documents sur lesquels la Commission prétend fonder sa décision. Toutefois, ce qui importe, ce ne sont pas les documents en tant que tels, mais les conclusions qu'en a tirées la Commission (Trib. UE, 28 avr. 2010, aff. T-446/05, *Amann & Söhne, Cousin Filterie c/ Commission*, EU:T:2010:165, pt. 314).

En principe, seuls les documents qui ont été cités ou mentionnés dans la communication des griefs constituent des moyens de preuve valables (TPICE, 17 déc. 1991, aff. T-8/89, *DSM c/ Commission*, EU:T:1991:76, pt. 37). Les documents qui sont annexés mais qui n'y sont pas mentionnés, peuvent cependant être retenus contre une entreprise destinataire de la décision si celle-ci a pu raisonnablement déduire à partir de la communication des griefs les conclusions que la Commission entendait en tirer (Trib. UE, 24 mars 2011, aff. T-379/06, *Kaimer c/ Commission*, EU:T:2011:110, pt. 35).

#### Remarque

Les annexes qui sont fournies par la Commission avec la communication des griefs constituent au sens de la jurisprudence, des « pièces à conviction sur lesquelles la Commission s'appuie et, partant, doivent être portées à la connaissance du destinataire telles qu'elles sont, de façon que celui-ci puisse connaître l'interprétation en a faite et sur laquelle elle a basé tant sa communication des griefs que sa décision » (TPICE, 20 mars 2002, aff. T-9/99, *HFB c/ Commission*, EU:T:2002:70, pt. 327).

En particulier, si la Commission considère qu'une amende doit être imposée, elle doit, d'une part, indiquer expressément dans la communication des griefs qu'elle examinera s'il convient d'infliger des amendes aux entreprises concernées (voir n° 1260 et s.) et, d'autre part, énoncer les principaux éléments de fait et de droit susceptibles d'entraîner une amende, tels que la gravité et la durée de l'infraction supposée et le fait d'avoir commis celle-ci de « propos délibéré ou par négligence » (CJCE, 28 juin 2005, aff. Jtes. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, *Dansk Rørindustri et autres c/ Commission*, EU:C:2005:408, pt. 428). Si tel est le cas, la communication des griefs devra préciser quels sont les éléments pouvant, en l'espèce, constituer des circonstances aggravantes ou atténuantes. La communication sur les bonnes pratiques précise par ailleurs que la Commission s'efforcera, sans toutefois y être légalement tenue, d'inclure dans la communication des griefs d'autres éléments utiles pour le calcul ultérieur des amendes (COM (2011) C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 85). La Cour de justice a d'ailleurs précisé, à cet égard, que la Commission n'est pas tenue, dès lors qu'elle avait indiqué les éléments de fait et de droit sur lesquels elle fonderait son calcul du montant des amendes, d'expliquer avec précision la manière dont elle utiliserait chacun de ces éléments pour déterminer le montant de l'amende éventuellement imposé (Trib. UE, 19 janv. 2016, aff. T-404/12, *Toshiba Corp. c/ Commission*, EU:C:2017:520, pt. 21). La Commission informe les parties qu'elle peut, sur demande, tenir compte de l'absence de capacité contributive d'une entreprise et réduire ou annuler



l'amende qui pourrait être imposée, si celle-ci est de nature à mettre irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise concernée (COM (2011) C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 87).

De la même façon, lorsque la Commission a l'intention d'imposer des mesures correctives conformément à l'article 7 § 1 du règlement (CE) n° 1/2003, la communication des griefs doit préciser les mesures envisagées comme étant nécessaires pour mettre fin à l'infraction présumée (COM (2011) C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 83).

1149

### Communication des griefs complémentaire et exposé des faits

Il est possible que des faits sur lesquels les parties n'ont pas encore pu formuler leurs observations soient, postérieurement à l'envoi de la communication des griefs, portés à l'attention de la Commission. Ceci peut résulter par exemple d'une nouvelle plainte (voir n° 1134 et s.) ou des informations recueillies par la Commission dans l'exercice de ses pouvoirs d'enquête (voir n° 1092 et s.). Lorsque la Commission a l'intention de s'appuyer sur de nouveaux éléments de preuve ou de modifier son appréciation juridique au détriment des entreprises concernées, ces dernières ont le droit de présenter leurs observations sur ces éléments.

Dès lors, si de nouveaux griefs sont émis ou si la nature intrinsèque de l'infraction dont une entreprise est accusée est modifiée, les parties concernées en seront informées par le biais d'une communication des griefs complémentaire. Au préalable, la Commission propose en principe aux parties concernées la tenue d'une réunion-bilan (« *state of play meeting* ») (COM (2011) C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 110). L'envoi d'une communication des griefs complémentaire donne également le droit aux destinataires de solliciter une nouvelle audition.

Si les griefs déjà soulevés dans la communication des griefs sont simplement corroborés par les nouveaux éléments de preuve sur lesquels la Commission compte s'appuyer, cette dernière n'émettra qu'une simple lettre à titre d'information appelée un « exposé des faits » (« *letter of facts* ») et permettra aux destinataires d'émettre des observations écrites concernant les nouveaux éléments de preuve dans un délai déterminé (COM (2011) C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 111).

#### Remarque

Par une décision de janvier 2007, la Commission avait sanctionné des fabricants d'appareillages de commutation à isolation gazeuse (GIS) dont Toshiba. Cette décision a fait l'objet d'une annulation partielle par le Tribunal en raison d'une violation, par la Commission, du principe d'égalité de traitement dans le cadre du calcul de l'amende.

Préalablement à l'adoption d'une nouvelle décision lui imposant une amende, la Commission a envoyé à Toshiba une lettre des faits. Toshiba s'estimant victime d'une violation de ses droits de la défense au motif que la décision de la Commission n'avait pas été précédée d'une nouvelle communication des griefs a introduit un recours en annulation. La Cour de justice a précisé que c'est à juste titre que le Tribunal avait considéré qu'aucune violation des droits de la défense n'avait été commise dès lors que l'adoption de la décision de 2007 avait, quant à elle, été précédée par une communication des griefs. Selon la Cour de justice, la nouvelle décision s'inscrivait dans le prolongement de la procédure puisqu'elle prévoyait explicitement qu'elle constituait une décision modificative de la décision de 2007 (CJUE, 6 juill. 2017, aff. C-180/16 P, Toshiba Corp. c/ Commission, EU:C:2017:520, pt. 32).

## SECTION 2

# L'accès au dossier de la Commission

1150

### Les titulaires du droit à l'accès au dossier de la Commission

L'accès au dossier est l'une des garanties procédurales permettant d'assurer le respect du principe d'égalité des armes et, plus généralement, des droits de la défense. A cette fin, aussi bien dans les affaires relevant de l'article 101 TFUE que de l'article 102 TFUE, l'accès au dossier est donné aux personnes, entreprises ou associations d'entreprises qui en font la demande, et auxquelles la Commission adresse une communication des griefs conformément à l'article 27 du règlement (CE) n° 1/2003 et à l'article 15 du règlement (CE) n° 773/2004. Relevons par ailleurs que ce droit est également accordé dans les procédures de contrôle des concentrations (voir n° 472 et s.).

#### Remarques

Le droit d'accès au dossier se distingue du droit d'accès à l'information du plaignant (voir n° 1141) qui se limite aux seuls documents sur lesquels la Commission a fondé son appréciation provisoire quant à l'opportunité de rejeter une plainte (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 8).

Le droit d'accès au dossier se distingue également, d'une part, du droit d'accès aux « contributions essentielles » qui, conformément à la communication sur les bonnes pratiques, comprend, par exemple, les documents importants transmis par un plaignant ou des tiers intéressés (COM (2011) C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 73 ; E. Barbier de la Serre et E. Chassaing, Les bonnes pratiques procédurales de la Commission et le nouvel élan donné au principe de bonne administration et au conseiller-auditeur, RLC 2012/30, n° 1990) et, d'autre part, du droit général d'accès aux documents publics en vertu du règlement (CE) n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (voir n° 1157).

1151

### Typologie des documents concernés par l'accès au dossier de la Commission

Selon la communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier, le dossier de la Commission dans une procédure de concurrence se compose de l'ensemble des documents obtenus ou constitués par la direction générale de la concurrence au cours de l'enquête (COM (2005) C 325/07, 22 déc. 2005, pt. 8). Le terme « document » englobe toute forme de support de l'information, y compris électronique, et quel que soit le moyen de stockage.

Il se peut qu'au cours d'une enquête, la Commission obtienne certains documents dont un examen approfondi permet de constater qu'ils sont sans lien avec l'affaire en cause. Ces documents peuvent en conséquence être retournés à la partie en cause et ne figurent donc plus au dossier (COM (2005) C 325/07, 22 déc. 2005, pt. 9).

Deux catégories de documents peuvent être distinguées au sein du dossier de la Commission : (i) les documents accessibles et (ii) les documents non accessibles.

Les parties devant prendre connaissance des éléments figurant dans le dossier de la Commission, afin de pouvoir exercer leurs droits de la défense, tous les documents figurant dans le dossier leur seront donc accessibles. Selon la jurisprudence de

la Cour de justice, le dossier doit comprendre, tant les pièces à charge que celles à décharge (CJCE, 7 janv. 2004, aff. jtes. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, *Aalborg Portland c/ Commission*, EU:C:2004:6, pt. 68). En revanche, les documents internes de la Commission ou des autorités de concurrence des États membres et les documents contenant des secrets d'affaires d'autres entreprises ou d'autres renseignements confidentiels sont exclus de cette catégorie (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 27 § 2).

### Remarques

En matière de recours en annulation contre une décision de la Commission sur le fondement d'une violation des droits de la défense résultant de l'absence de communication d'un document, le caractère à charge ou à décharge dudit document influe sur le standard de preuve exigé par la Cour de justice.

S'agissant, en premier lieu, des documents à charge, l'entreprise concernée doit, afin d'en obtenir l'annulation, démontrer que le résultat auquel la Commission est parvenue dans sa décision aurait été différent « si devait être écarté comme moyen de preuve à charge un document non communiqué sur lequel [elle] s'est fondée pour incriminer cette entreprise » (CJCE, 7 janv. 2004, aff. jtes. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, *Aalborg Portland e.a. c/ Commission*, EU:C:2004:6, pt. 73). En conséquence, si les conclusions de la Commission sont spécifiquement supportées par d'autres éléments de preuve qui ont, quant à eux, été régulièrement communiqués à l'entreprise concernée, l'absence de communication du document en cause sera sans effet sur la validité de la décision (Trib. UE, 12 juill. 2011, aff. T-113/07, *Toshiba c/ Commission*, EU:T:2011:343, pt. 53).

S'agissant, en second lieu, d'un document à décharge, l'entreprise concernée doit simplement démontrer que ce document lui aurait été utile pour sa défense, et que, partant, sa non-communication a pu influencer, à son détriment, le déroulement de la procédure et le contenu de la décision (CJUE, 1<sup>er</sup> juill. 2010, aff. C-407/08P, *Knauf Gips c/ Commission*, EU:C:2010:389, pt. 23).

Les documents internes concernent des projets, avis ou notes des services de la Commission ou autres autorités publiques intéressées qui ne peuvent constituer ni des éléments à charge ni à décharge. Ce type de documents ne fait pas partie des preuves sur lesquelles la Commission fonde son appréciation de l'affaire. Puisque ces documents sont dénués de valeur probante, les exclure du droit à l'accès au dossier ne porte pas atteinte à l'exercice des droits de la défense des parties. Par ailleurs, les correspondances entre la Commission et d'autres autorités publiques, telles que les autorités nationales de concurrence ou des pays tiers font partie de cette catégorie particulière relative aux documents internes. La Commission pourra toutefois, de façon exceptionnelle, donner accès aux documents provenant des États membres, de l'Autorité de Surveillance de l'Association européenne de libre-échange (AELE) ou des États membres de l'AELE, sous réserve d'avoir consulté l'entité dont émane le document afin d'identifier et protéger les éventuels secrets d'affaires ou autres informations confidentielles.

S'agissant des documents contenant à la fois des secrets d'affaires et d'autres informations confidentielles, leur accès peut être partiellement ou totalement restreint. Un accès à une version non-confidentielle peut en effet être donné (voir n° 1152). Si la confidentialité ne peut pas être assurée, un résumé pourra être fourni.

### Remarques

Les services de la Commission ne sont en principe soumis à aucune obligation légale d'établir des comptes rendus des réunions tenues avec toute personne ou entreprise dans le cadre de l'application des règles de concurrence européennes (TPICE, 30 sept. 2003, aff. jtes. T-191/98, T-212/98 à T-214/98, *Atlantic Container Line c/ Commission*, EU:T:2003:245,

pt. 385). Ces derniers peuvent toutefois être amenés à rédiger des comptes rendus. Il s'agit en principe de documents internes puisque ceux-ci représentent l'interprétation de la Commission de ce qui s'est dit au cours de ces réunions. En revanche, ces comptes rendus peuvent faire partie des preuves que la Commission peut utiliser dans l'appréciation d'une affaire si ces derniers ont été approuvés par la partie en cause. L'accès sera par conséquent possible sous réserve de protéger les secrets d'affaires et autres informations confidentielles (COM (2005) C 325/07, 22 déc. 2005, pt. 13).

Il convient de souligner que si cette jurisprudence confirme le contenu de la communication relative aux règles d'accès au dossier, la question des modalités d'enregistrement de tout entretien s'est posée récemment, sur le fondement de l'article 19 du règlement (CE) n° 1/2003, devant la Cour de justice dans un arrêt *Intel* du 6 septembre 2017 (voir n° 1092 et s.). La Cour de justice a, dans cette affaire, considéré qu'il « pèse sur la Commission une obligation d'enregistrer [...] tout entretien mené par elle, au titre de l'article 19 du règlement n° 1/2003, aux fins de collecter des informations relatives à l'objet d'une enquête de sa part » (CJUE, 6 sept. 2017, aff. C-413/14 P, *Intel Corporation Inc. c/ Commission*, EU:C:2017:632, pt. 91). En l'espèce, bien qu'*Intel* ait eu accès à une note interne établie par la Commission en relation avec la réunion du rapporteur chargé de l'affaire avec un tiers, la Cour de justice juge que c'est à tort que le Tribunal a considéré que ceci était susceptible de corriger la lacune initiale de la procédure tenant à l'absence de l'enregistrement de l'entretien en cause dans son intégralité. Par conséquent, il ne peut être exclu que la Commission reconsidère, sur la base de cet arrêt, la position qu'elle retenait dans sa communication relative aux règles d'accès au dossier.

## Traitement des informations confidentielles contenues dans le dossier de la Commission

Les informations confidentielles concernent à la fois les secrets d'affaires et les autres informations à caractère confidentiel.

En premier lieu, constituent des secrets d'affaires, toutes informations concernant l'activité professionnelle d'une entreprise dont la divulgation peut gravement léser ses intérêts (TPICE, 18 sept. 1996, aff. T-353/94, *Postbank c/ Commission*, EU:T:1996:119, pt. 87). Il peut s'agir par exemple d'informations techniques et/ou financières relatives à son savoir-faire, ses secrets et procédés de fabrication, ses parts de marché, ses clients, etc. Ainsi, une protection spéciale doit être accordée à ce type d'informations et la Commission doit garantir l'intérêt légitime des entreprises concernées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

En second lieu, la catégorie dénommée autres informations comprend les informations, autres que les secrets d'affaires, considérées comme des informations confidentielles et dont la divulgation léserait gravement une personne ou une entreprise. À cet égard, la Cour de justice a d'ores et déjà reconnu le bien-fondé du refus de communiquer des correspondances intervenues avec des tiers dans la mesure où leur divulgation aurait pu déclencher des représailles. Il s'agissait en l'espèce d'une affaire d'abus de position dominante dans laquelle la Cour de justice a considéré qu'« une entreprise en position dominante sur le marché [était] susceptible d'adopter des mesures de rétorsion à l'encontre des concurrents, des fournisseurs ou des clients [ayant] collaboré à l'instruction menée par la Commission » (CJCE, 6 avr. 1995, aff. C-310/93 P, *BPB Industries et British Gypsum c/ Commission*, EU:C:1995:101, pt. 26). Par ailleurs, pour la Commission, la notion d'autres informations peut aussi englober toute information permettant aux parties d'identifier les plaignants ou d'autres tiers qui ont le souhait, légitime, de rester anonymes (COM (2005) C 325/07, 22 déc. 2005, pt. 19).

**EXEMPLES**

La Commission ne considère normalement pas les informations suivantes comme étant constitutives de secrets d'affaires ou d'autres informations à caractère confidentiel :

- informations relatives à une entreprise mais qui sont déjà connues en dehors de celle-ci (ou dans le cas d'un groupe, en dehors de celui-ci) ou en dehors de l'association à laquelle elles ont été communiquées par cette entreprise (COM (2005) C 325/07, 22 déc. 2005, pt. 23). En revanche, les secrets d'affaires ou autres informations confidentielles qui sont communiquées à une association d'entreprises par ses membres ne perdent pas, de ce seul fait, leur caractère de secret professionnel (CJCE, 29 oct. 1980, aff. jtes. 209 à 215 et 218/78, Heintz van Landewyck SARL et autres c/ Commission, EU:C:1980:248, pt. 6) ;
- faits en relation avec une demande de clémence ou de réduction d'amendes, dès lors que ces faits ont pour objet de fournir des preuves relatives à la commission d'une infraction, sauf à ce que leur divulgation soit de nature à porter atteinte à l'attractivité du programme de clémence de la Commission (voir n° 1169 et s.) (Commission, Antitrust Manual of Procedures, mars 2012, Section 12, pt. 31) ;
- noms ou fonctions des employés ou d'autres personnes impliqués dans l'infraction (Commission, Antitrust Manual of Procedures, mars 2012, Section 12, pt. 31) ; et
- informations ayant perdu leur importance commerciale, par exemple en raison de l'écoulement du temps. La Commission considère ainsi que les informations concernant les chiffres d'affaires, les ventes ou parts de marché et toute donnée similaire datant de plus de cinq ans ne sont plus confidentielles (COM (2005) C 325/07, 22 déc. 2005, pt. 23). Toutefois, de manière exceptionnelle, la partie qui sollicite la confidentialité d'informations considérées comme « historiques » peut démontrer qu'« en dépit de leur ancienneté, ces informations constituent encore des éléments essentiels de sa position commerciale [...] » (CJUE, 14 mars 2017, aff. C-162/15P, Evonik Degussa c /Commission, EU:C:2017:205, pt. 64).

Bien qu'une information soit considérée comme une information confidentielle, cette confidentialité ne sera assurée que sous réserve qu'une demande de traitement confidentiel ait été présentée et acceptée par la Commission.

La demande de confidentialité doit démontrer en quoi les informations constituent des secrets d'affaires ou autres informations confidentielles. Ces demandes ne peuvent normalement viser que les informations appartenant ou émanant de la personne qui fait la demande de confidentialité.

Dans les procédures relevant des articles 101 ou 102 TFUE, le caractère confidentiel d'une information n'interdit pas sa divulgation si celle-ci s'avère nécessaire pour apporter la preuve d'une infraction ou pour disculper une partie (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 27 § 2). C'est ainsi que la nécessité de préserver les droits de la défense des parties par l'accès le plus étendu possible au dossier peut l'emporter sur le souci de protéger les informations confidentielles d'autres parties. C'est dans ce cadre que la Commission devra apprécier tous les intérêts en présence en prenant notamment en compte : (i) la pertinence des informations pour déterminer l'existence ou non d'une infraction ainsi que leur force probante, (ii) leur caractère indispensable, (iii) leur niveau de sensibilité (si la divulgation peut nuire aux intérêts de la partie concernée), et (iv) la conclusion provisoire sur la gravité de l'infraction présumée (COM (2005) C 325/07, 22 déc. 2005, pt. 24).

Si la Commission considère nécessaire de divulguer les informations, la partie concernée aura la possibilité de fournir une version non confidentielle des documents en question qui les contiennent.

**1153****Modalités et formes de l'accès au dossier de la Commission**

L'accès au dossier est accordé à condition que les informations qu'il permet d'obtenir ne soient utilisées qu'aux fins de procédures judiciaires ou administratives dont l'objet est l'application des règles de concurrence européennes (COM (2015) C 256/03, 5 août 2015, pt. 8).

En pratique, l'accès est donné par l'intermédiaire d'un CD-Rom à la demande des destinataires de la communication des griefs. Cependant, selon les circonstances de l'espèce, il n'est pas exclu que la Commission considère approprié d'organiser une réunion avec les parties et ses avocats, dans les locaux de la direction générale de la concurrence leur permettant de prendre connaissance des éléments du dossier ou à tout le moins, de certains d'entre eux. Afin de préserver l'efficacité du programme de clémence de la Commission (voir n° 1169 et s.), les déclarations des entreprises qui sont, par nature, particulièrement incriminantes ne sont accessibles que dans les bureaux de la Commission et il n'est pas possible d'en prendre copie (COM (2006) C 298/11, 8 déc. 2006, pt. 7).

Deux procédures supplémentaires peuvent être mises en œuvre afin d'atténuer la charge que représente l'élaboration de versions non-confidentielles des déclarations : (i) la divulgation négociée à un groupe restreint de personnes (voir n° 1154) et (ii) la procédure de « data room » (voir n° 1155).

**1154****Accès au dossier organisé dans le cadre d'une procédure de divulgation négociée**

La Commission peut accepter dans certaines circonstances, notamment lorsque le dossier est volumineux, que les parties conviennent d'une procédure de divulgation négociée. Dans ce contexte, la partie autorisée à accéder au dossier et les entreprises fournissant des informations confidentielles conviennent, de manière bilatérale, que l'accès sera donné à tout ou partie des informations, y compris les informations confidentielles. L'accès sera limité à un cercle restreint de personnes, en pratique les avocats et économistes des sociétés mises en cause. Un tel accès négocié équivaut donc en pratique à limiter le droit d'accès d'une partie au dossier de l'instruction, ce qui suppose que la partie en cause accepte une restriction de son droit d'accès complet au dossier. En principe, la partie en cause se voit alors communiquer les informations concernées directement par la partie ayant fourni les informations confidentielles à la Commission.

**1155****Accès au dossier organisé dans le cadre d'une « data room »**

La direction générale de la concurrence peut organiser une procédure de « data room ». En pratique, cette procédure est notamment utilisée pour donner accès à des données économiques et financières qui sont utiles dans le contexte d'une analyse économétrique. Dans le cadre de cette procédure, des pièces du dossier (y compris des informations confidentielles), sont réunies dans une même pièce au sein des locaux de la Commission. De façon similaire que dans le cadre de la procédure précédente, l'accès à cette salle est autorisé à un groupe restreint de personnes, telles que les avocats et économistes des sociétés mises en cause, sous la surveillance d'un agent de la Commission. Avant d'avoir accès à la « data room », ces personnes devront avoir signé un accord de confidentialité qui rappelle les conditions d'accès à la « data room ». Ils peuvent utiliser l'information à laquelle ils ont accès aux fins de la défense de leur client, sans pour autant avoir la possibilité de leur communiquer directement ou indirectement lesdites informations confidentielles. Ils sont en outre autorisés à copier des documents ou à prendre des notes et peuvent également apporter tout document nécessaire à l'établissement d'un rapport final,

sous réserve de leur destruction à la fin de la procédure de « data room ». Ce rapport devra être vérifié par l'équipe chargée de l'affaire (COM (2011) C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 97). Par ailleurs, les parties intéressées par la procédure de « data room » peuvent se référer aux orientations données par la Commission dans son guide de bonnes pratiques concernant la divulgation de renseignements dans le cadre d'une « data room », dans les procédures relevant des articles 101 et 102 TFUE et de la réglementation européenne du contrôle des concentrations (dispo-

nible uniquement en anglais à l'adresse suivante : <[http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/disclosure\\_information\\_data\\_rooms\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/disclosure_information_data_rooms_en.pdf)>).

**1156** Typologie des documents contenus dans le dossier et modalités d'accès : synthèse

Dossier de la Commission					
Documents accessibles	Documents uniquement disponibles dans les locaux de la Commission	Documents non accessibles			
		Informations confidentielles (la demande doit être faite par les parties et acceptée par la Commission)		Documents internes (exclus en principe)	
		Secrets d'affaires	Autres informations confidentielles	Documents internes de la Commission	Correspondances avec d'autres autorités publiques, notamment les ANC
Documents exclus du dossier					
Documents sans lien avec l'affaire		Documents provenant d'autres services de la Commission (autres que les documents issus des consultations interservices)		Documents relevant du secret professionnel	

**1157** Accès général au dossier de la Commission : l'encadrement du règlement « transparence »

Le règlement (CE) n° 1049/2001, dit règlement « transparence », permet aux citoyens d'avoir un droit d'accès aux documents provenant des différentes institutions européennes, dont la Commission.

L'exercice de ce droit d'accès est toutefois soumis aux restrictions posées à l'article 4 § 2 du règlement « transparence » qui sont susceptibles de s'appliquer aux procédures relevant des articles 101 et 102 TFUE devant la Commission. Aux termes de cet article, l'accès à des documents peut en effet être refusé dès lors que leur divulgation est susceptible de porter atteinte à la protection des intérêts commerciaux d'une personne physique ou morale déterminée, ou des finalités des mesures d'inspection ou d'enquête, sauf à ce qu'un intérêt public supérieur justifie une telle divulgation.

Aux fins de l'application des restrictions de l'article 4 § 2 susvisé, la Commission n'est toutefois pas tenue de procéder à un examen concret et individuel de chaque document mais peut à l'inverse se fonder sur une présomption générale selon laquelle la divulgation des documents qu'elle recueille dans le cadre d'une procédure de concurrence porte, en principe, atteinte à la protection des intérêts commerciaux des entreprises impliquées ainsi qu'à la protection des objectifs de ses pouvoirs d'enquête (Trib. UE, 7 oct. 2014, T-534/11, Schenker c/ Commission, EU:T:2014:854, pt. 57).

Par conséquent, si le droit d'accès prévu par le règlement (CE) n° 1049/2001 est bien invocable dans des affaires de concurrence, notamment par des tiers, son application peut faire l'objet d'un certain nombre d'aménagements qui doivent s'interpréter conformément aux objectifs des régimes spécifiques d'accès organisés par les règlements (CE) n° 1/2003 et n° 773/2004 applicables en matière de concurrence (Trib. UE, 7 oct. 2014, T-534/11, Schenker c/ Commission, EU:T:2014:854, pt. 50).

SECTION 3

La réponse à la communication des griefs

§ 1. La réponse à la communication des griefs

**1158** Réponse écrite à la communication des griefs

En vertu de l'article 27 § 1 du règlement (CE) n° 1/2003, la Commission donne aux destinataires de la communication des griefs la possibilité de formuler des observations sur les griefs retenus à leur encontre. Dans leurs observations écrites, les parties peuvent exposer tous les faits dont elles ont connaissance et qui entrent en ligne de compte dans leur défense contre les griefs soulevés par la Commission (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 10 § 3). En pratique, cela veut dire que les parties peuvent intégrer dans leur réponse tous les éléments factuels, juridiques, matériels ou économiques qu'elles considèrent utiles à leur défense.

Les parties ne sont toutefois pas tenues de répondre à la communication des griefs de la Commission. L'absence de réponse à la communication des griefs ne les empêche d'ailleurs pas de pouvoir contester la décision de la Commission devant les juridictions européennes. La Cour de justice relève en effet qu'« aucune disposition du droit de l'Union n'impose au destinataire de la communication des griefs de contester ses différents éléments de fait ou de droit au cours de la procédure

administrative, sous peine de ne plus pouvoir le faire ultérieurement au stade de la procédure juridictionnelle » (CJUE, 1<sup>er</sup> juill. 2010, aff. C-407/08 P, *Knauf Gips c/ Commission*, EU:C:2010:389, pt. 89). Toutefois, en présence d'une reconnaissance expresse, claire et précise des faits par la partie en question, lorsque cette dernière a admis la matérialité des faits qui lui sont reprochés au cours de la procédure administrative, ces faits doivent être considérés comme établis, et la partie en cause ne sera plus en mesure par la suite de les contester dans le cadre d'une procédure contentieuse (voir n° 1416 et s.) (TPICE, 8 oct. 2008, aff. T-69/04, *Schunk, Schunk Kohlenstoff-Technik c/ Commission*, EU:T:2008:415, pts. 79 et 258 ; TPICE, 29 avr. 2004, aff. jtes. T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01, *Tokai Carbon e.a. c/ Commission*, EU:T:2004:118, pt. 108).

1159

### Délai accordé aux entreprises pour répondre à la communication des griefs

Les destinataires d'une communication des griefs doivent disposer d'un délai raisonnable afin de répondre aux griefs. Le délai de réponse tient compte à la fois du temps nécessaire à l'établissement des observations et de l'urgence de l'affaire. L'urgence de l'affaire est particulièrement caractérisée s'il existe un risque imminent qu'un plaignant subisse un dommage (C. Kerse & N. Khan, *EU Antitrust Procedure*, 6<sup>e</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2012, p. 249). Le délai minimal pour répondre est de 4 semaines en cas de mesures provisoires où le délai de réponse peut être ramené à 1 semaine ; Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 17 § 2). Un délai plus long peut être éventuellement accordé – pouvant généralement aller jusqu'à 2 mois (voire plus dans certains cas) au regard des circonstances de l'espèce – tout en prenant en compte, entre autres, les éléments suivants :

- la taille et/ou la complexité du dossier (par ex., le nombre d'infractions reprochées, la durée présumée des pratiques, la volumétrie du dossier, etc.) ; et/ou
- l'accès préalable éventuel à certaines informations (contributions essentielles, telle que par exemple une demande de clémence) obtenues à sa demande par le destinataire de la communication des griefs ; et/ou
- tout autre obstacle objectif que le destinataire de la communication des griefs aurait pu rencontrer au moment de sa demande lorsqu'il fait part de ses observations.

Afin d'obtenir une extension du délai, une demande motivée (« *reasoned submission* ») doit être adressée au conseiller-auditeur (« *bearing officer* »), qui est chargé de veiller au respect des droits procéduraux de toutes les parties concernées. Après analyse, ce dernier accordera, éventuellement, une extension du délai et en informera les parties concernées par écrit. Afin de garantir l'égalité de traitement entre les parties mises en cause (dans le cas d'un cartel par exemple), le conseiller-auditeur décidera en principe d'une extension du délai pour toutes les parties concernées par la procédure (I. Van Bael, *Due Process in EU Competition Proceedings*, Wolters Kluwer, 2011, p. 196).

En outre, le délai pour répondre ne peut commencer à courir que lorsque les destinataires de la communication des griefs ont à leur disposition tous les documents les plus importants du dossier leur permettant de préparer utilement leur analyse. Pour autant, le fait qu'il n'ait pas été donné accès à l'ensemble du dossier ne signifie pas automatiquement qu'aucun délai ne commence à courir. La jurisprudence considère en effet que dès lors que les parties ont accès aux documents les plus importants, celles-ci sont alors en mesure de commencer utilement leur analyse. Le délai commence à courir donc à partir de ce moment-là, et non pas à partir de la date à laquelle les parties auront eu accès à l'ensemble du dossier (TPICE, 8 juill. 2004, aff. T-44/00, *Mannesmannröhren-Werke c/ Commission*, EU:T:2004:218, pt. 65).

La Commission n'est pas tenue de prendre en considération les observations écrites reçues après l'expiration du délai de réponse (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 10 § 2).

1160

### Accès à la version non confidentielle des réponses écrites des autres parties destinataires de la communication des griefs

Lorsque les droits de la défense l'exigent ou que la Commission entend contribuer à la clarification des éléments de fait et des aspects juridiques pertinents pour le cas d'espèce, elle peut communiquer aux parties une copie de la version non confidentielle (ou de certains points de celle-ci) des réponses écrites fournies par les destinataires de la communication des griefs. En pratique, cela intervient préalablement à l'audition (voir n° 1162 et s.), de façon à offrir aux parties la possibilité de formuler des observations au cours de celle-ci. Dans ce cadre, les parties pourront disposer d'un délai supplémentaire suffisant pour faire connaître leur point de vue sur ces réponses (COM (2011) C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 103).

1161

### Autres titulaires du droit de réponse à la communication des griefs

Outre les destinataires de la communication des griefs, d'autres parties telles que les plaignants ou des tiers peuvent également soumettre des observations écrites.

Lorsque la Commission émet une communication des griefs relative à une affaire suite à une plainte, elle fournit en effet au plaignant une copie de la version non confidentielle de la communication des griefs et précise le délai dans lequel celui-ci pourra, lui aussi, présenter ses éventuelles observations par écrit (voir n° 1141) (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 6 § 1).

La Commission entend également les autres personnes physiques ou morales qui le souhaitent pour autant qu'elles puissent, conformément à l'article 13 du règlement (CE) n° 773/2004 du 7 avril 2004, justifier d'un intérêt suffisant au résultat de la procédure. Le conseiller-auditeur est la personne en charge de déterminer s'il convient d'admettre un tiers à la procédure. La Commission informe par écrit les personnes admises de la nature et de l'objet de la procédure et leur donne la possibilité de faire connaître leur point de vue par écrit dans un délai qu'elle établit. À la différence des plaignants, les tiers justifiant d'un intérêt suffisant n'ont pas le droit d'avoir accès à la version non confidentielle de la communication des griefs (COM (2011) C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 105).

Les plaignants et tiers peuvent solliciter une prorogation des délais fixés par la Commission par demande motivée adressée à cette dernière avant l'expiration du délai initial. En cas de refus d'une extension de ce délai, le plaignant ou le tiers peuvent en référer au conseiller-auditeur par demande motivée (COM (2011) C 308/06, 20 oct. 2011, pts. 104 et 105).

Enfin, lorsque la Commission ou l'autorité de concurrence compétente d'un État membre le jugent nécessaire, toute autre personne physique ou morale peut être invitée à exprimer son point de vue par écrit (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 27 § 3 ; Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 13).

#### Remarque

La réponse des parties à la communication des griefs et les observations écrites soumises par d'autres personnes en vertu de l'article 13 du règlement (CE) n° 773/2004 constituent des informations qui ne font pas partie du dossier de la Commission, auquel l'accès est donné. En principe, l'émission de la communication des griefs marque le terme de la phase d'enquête de la Commission (Commission, *Antitrust Manual of Procedures*, mars 2012, Section 13, 2.4, pt. 26).

## § 2. Le déroulement de l'audition devant la Commission

1162

### Nature et objectif de l'audition devant la Commission

L'objectif de l'audition est de permettre « aux parties auxquelles la Commission a adressé une communication des griefs et à d'autres parties intéressées de continuer d'exercer leur droit d'être entendues en exposant oralement leurs arguments devant la Commission [...] ». Elle doit offrir une possibilité supplémentaire de garantir la clarification, dans la mesure du possible, de tous les faits pertinents – qu'ils soient favorables ou défavorables – aux parties concernées, y compris les éléments factuels ayant trait à la gravité et à la durée de l'infraction présumée. L'audition doit également permettre aux parties d'exposer leurs arguments en ce qui concerne les aspects susceptibles de présenter un intérêt pour l'imposition éventuelle d'amendes » (Déc. Prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, JOUE 20 oct. 2011, n° L 275, pt. 19).

L'objectif de l'audition est donc principalement de donner aux parties auxquelles la Commission a adressé une communication des griefs la possibilité de développer, à nouveau, leurs arguments, si elles en ont fait la demande dans leurs observations écrites (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 12). Seuls les tiers intéressés justifiant d'un intérêt suffisant pour être entendus peuvent participer à l'audition.

Bien que la procédure devant la Commission soit une procédure principalement écrite, il est possible d'apporter de nouveaux arguments au stade de l'audition. La communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE précise en effet que « [...] l'audition permet aux parties de développer oralement les arguments qu'elles ont présentés par écrit et, le cas échéant, de compléter les preuves écrites ou de porter d'autres éléments pertinents à la connaissance de la Commission ». Par ailleurs, le fait que l'audition ne soit pas publique garantit à tous les participants la possibilité de s'exprimer librement (COM (2011) C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 107).

Il ne s'agit pas d'un acte de procédure d'enquête auquel les parties seraient tenues d'assister et de coopérer (voir n° 1092 et s.). Si d'autres participants à l'audition (y compris les services de la Commission, les autorités des États membres, les plaignants) peuvent effectivement poser des questions pendant celle-ci, la règle générale demeure toutefois que les parties ne sont soumises à aucune obligation d'y répondre.

#### Remarques

Dans l'affaire du cartel des ronds à béton, à la suite de l'annulation d'une première décision de la Commission datant de 2002 par le Tribunal, la Commission a adopté une nouvelle décision. Cette dernière a également été annulée, cette fois-ci par la Cour de justice, au motif d'une violation des droits de la défense. Bien que la Cour de justice ait considéré que l'annulation de la première décision de 2002 n'avait pas affecté la validité des actes préparatoires, il convenait néanmoins de rechercher si les parties avaient pu développer leurs observations lors d'une audition, conformément aux règlements (CE) n° 773/2004 et (CE) n° 1/2003 applicables au moment de l'adoption de la deuxième décision (CJUE, 21 sept. 2017, aff. C-85/15 P, Feralpi Holding c/ Commission, EU:C:2017:709, pt. 37).

La Cour de justice a considéré que le Tribunal avait commis une erreur de droit en jugeant que la Commission n'était pas tenue d'organiser une nouvelle audition. La Commission avait en effet considéré que l'audition ayant eu lieu en juin 2002 préalablement à l'adoption de la première décision était suffi-

sante à cet égard, dans la mesure où cette audition avait été conduite conformément aux règles du traité CECA applicables à cette date, lesquelles règles ne prévoyaient pas la participation des autorités de concurrence des États membres (CJUE, 21 sept. 2017, aff. C-85/15 P, préc.).

1163

### Participants à l'audition devant la Commission

Le conseiller-auditeur, membre des services de la Commission ne faisant toutefois pas partie de la direction générale de la concurrence, est, en tant que personne indépendante, celui qui a pour mission de garantir l'exercice effectif des droits procéduraux tout au long de la procédure devant la Commission fondée sur les articles 101 et 102 TFUE (Déc. Prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, JOUE 20 oct. 2011, n° L 275, pt. 9). C'est ainsi qu'il lui est dévolu le rôle d'organiser les auditions et, par conséquent, il invite les personnes qui doivent être entendues à assister à l'audition (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 14 ; Déc. Prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, JOUE 20 oct. 2011, n° L 275). C'est toutefois la demande des destinataires de la communication des griefs d'être entendues qui déclenche l'organisation de l'audition. Le conseiller-auditeur peut ainsi imposer à toutes les personnes qui sont invitées un délai pour communiquer la liste des participants qui assisteront à l'audition en leur nom (Déc. Prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, JOUE 20 oct. 2011, n° L 275, art. 11 § 4).

#### Remarque

Conformément à la lettre de l'article 14 § 4 du règlement (CE) n° 773/2004, les personnes invitées à se présenter comparaissent en personne ou sont représentées, selon le cas, par des représentants légaux ou statutaires.

Les personnes entendues peuvent être assistées par leurs avocats ou encore par d'autres professionnels comme des experts, des économistes, etc., sous réserve toutefois d'y avoir été autorisés par le conseiller-auditeur.

Les entreprises et associations d'entreprises peuvent aussi être représentées par un mandataire dûment habilité et choisi dans leur personnel permanent.

Une partie n'est en conséquence pas autorisée à se faire accompagner à l'audition par les représentants d'autres entreprises ou organisations (clients, fournisseurs, associations de consommateurs, etc.). Les parties peuvent toutefois proposer, dans leurs observations écrites, que la Commission entende des personnes susceptibles de corroborer les faits exposés dans celles-ci (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 10 § 3). Si la Commission accepte la proposition des parties, ces personnes seront alors invitées à exprimer leur point de vue au cours de cette audition (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 13 § 3).

Généralement, ni le Commissaire à la concurrence ni aucun autre commissaire ne participent *in personam* à l'audition. Il est toutefois de jurisprudence constante que cela n'est pas problématique dans la mesure où les membres de la Commission chargés d'adopter la décision sont informés des résultats de l'audition par des personnes qu'elles ont mandatées à cet effet (CJCE, 28 juin 2007, aff. T-406/10, Emesa-Trefileria SA c/ Commission, EU:T:2015:499, pt. 120 ; Hearing officer for competition proceedings, Annual Report 2015, p. 11). Toutefois, la Commission doit être représentée par la direction générale de la concurrence ainsi que par d'autres services participant à l'élaboration de ses décisions (Déc. Prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, JOUE 20 oct. 2011, n° L 275, pt. 19). En effet, selon la communication concernant les bonnes pratiques, en raison de l'importance de l'audition, un membre de l'encadrement supérieur de la direction générale de la concurrence (directeur ou directeur général adjoint), ainsi que de l'équipe d'agents de

la Commission chargée de l'enquête sont généralement présents, notamment dans les affaires de grande notoriété (COM (2011) C 308/06, 20 oct. 2011, pt. 108). L'équipe de l'économiste en chef et les services associés dont le service juridique, participent également à l'audition.

La Commission invite par ailleurs les autorités de concurrence des États membres à prendre part à l'audition. Elle peut aussi inviter les fonctionnaires et agents d'autres autorités des États membres (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 14 § 3).

Le conseiller-auditeur pourra également inviter les représentants des autorités de concurrence de pays tiers à assister à l'audition en qualité d'observateurs (Déc. Prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, JOUE 20 oct. 2011, n° L 275, art. 6 § 2).

Les plaignants, dont les droits procéduraux ont été rappelés précédemment (voir n° 1141 et n° 1161), sont étroitement associés à la procédure. Ils ont en effet accès à une version non confidentielle de la communication des griefs et peuvent, dans leurs observations écrites, demander à exprimer leur point de vue lors de l'audition des destinataires d'une communication des griefs (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 6 § 2). C'est ainsi que le conseiller-auditeur est doté du pouvoir de décider de donner aux plaignants la possibilité de faire connaître leur point de vue lors de l'audition, sous réserve d'avoir consulté le directeur de la direction générale de la concurrence chargé de l'instruction de l'affaire. Afin de parvenir à cette décision, le conseiller-auditeur doit déterminer s'il convient d'autoriser des plaignants à assister à l'audition, « eu égard à la contribution qu'ils peuvent apporter en vue de la clarification des faits pertinents du cas d'espèce » (Déc. Prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, JOUE 20 oct. 2011, n° L 275, pt. 13).

Par ailleurs, si des personnes physiques ou morales autres que les plaignants et les destinataires de la communication des griefs demandent à être entendues et justifient d'un intérêt suffisant, la possibilité de faire connaître leur point de vue pourra leur être accordée (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 13 § 1). Le conseiller-auditeur déterminera, après consultation du directeur général chargé de l'instruction de l'affaire, si les tiers doivent être ou non entendus. À ce titre, le conseiller-auditeur évalue si et dans quelle mesure, « le tiers est affecté de façon suffisante par les agissements visés par la procédure de concurrence [...] » (Déc. Pré. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, JOUE 20 oct. 2011, n° L 275, art. 5 § 2).

Ni les plaignants ni les tiers intéressés ne peuvent demander une audition. Ils peuvent uniquement demander à avoir l'occasion d'exprimer leur point de vue lors d'une audition si celle-ci a lieu à la suite de la demande des destinataires de la communication des griefs. Ni les plaignants ni les tiers intéressés n'ont un droit acquis de participer à l'audition : c'est au conseiller-auditeur qu'il revient, dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, de décider de l'opportunité de les autoriser à y assister.

Enfin, la Commission peut inviter toute autre personne à exprimer son point de vue par écrit et à assister à l'audition. À la différence des plaignants et des tiers intéressés, ces personnes étant invitées par la Commission, elles n'ont pas besoin de faire valoir un intérêt légitime ou suffisant. Elles peuvent de plus être invitées à y assister sans pour autant être autorisées à exprimer leur point de vue. En pratique cependant, il est rare que de telles personnes soient invitées par la Commission.

1164

### Préparation et organisation de l'audition devant la Commission

Lorsqu'une date est fixée pour une audition, il est important que la Commission ait disposé de suffisamment de temps pour tenir compte des réponses écrites à la communication des griefs, et que les parties aient pu se préparer à l'audition. L'audition a lieu quelques mois après la soumission des réponses à la communication des griefs.

Le conseiller-auditeur organise et préside les auditions qui, en pratique, peuvent durer plusieurs jours, sauf cas exceptionnels tenant à la complexité de l'affaire ou au nombre de parti-

cipants où l'audition peut durer plus longtemps. Après consultation du directeur général chargé de l'instruction de l'affaire, le conseiller-auditeur fixe la date, la durée et le lieu de l'audition. Ce dernier doit créer les conditions propices à une audition efficace, et prend notamment toute mesure préparatoire appropriée, parmi lesquelles la diffusion, en temps utile avant l'audition, d'une liste provisoire des participants, d'un ordre du jour provisoire ainsi que des temps de parole respectifs des participants (Déc. Prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, JOUE 20 oct. 2011, n° L 275, pt. 18). En particulier, le conseiller-auditeur peut, après consultation du directeur général chargé de l'instruction de l'affaire, communiquer au préalable aux personnes invitées à l'audition une liste des questions sur lesquelles elles sont notamment invitées à faire connaître leur point de vue (Déc. Prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, JOUE 20 oct. 2011, n° L 275, art. 11 § 1).

Le conseiller-auditeur décide discrétionnairement d'admettre de nouveaux documents en cours de l'audition et quelles personnes doivent être entendues dans l'intérêt d'une partie ou si des personnes doivent être entendues séparément, à huis clos (« *closed session* »), compte tenu de leur intérêt légitime à la protection d'informations confidentielles (y compris les secrets d'affaires) (Déc. Prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, JOUE 20 oct. 2011, n° L 275, art. 12 et 13 ; CJUE, 16 juin 2016, aff. C-154/14 P, SKW Stahl-Metallurgie c/ Commission, EU:C:2016:445, pt. 61).

Le conseiller-auditeur peut aussi autoriser les destinataires d'une communication des griefs, les autres parties intéressées, les plaignants, les tiers invités à l'audition, les services de la Commission et les autorités des États membres à poser des questions durant l'audition (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, art. 14 § 7).

1165

### Procédure à l'audition devant la Commission

La procédure habituelle d'audition comporte généralement les étapes suivantes :

- le conseiller-auditeur ouvre l'audition en invitant le rapporteur en charge de l'affaire à résumer brièvement les faits et les arguments principaux de la Commission (L. O. Blanco, *EU Competition Procedure*, 3<sup>e</sup> ed., Oxford, 2013, p. 433). À ce stade, les parties destinataires de la communication des griefs ont l'opportunité de prendre connaissance de l'avis préliminaire de la Commission concernant leurs réponses écrites à la communication des griefs ;
- les présentations orales des parties mises en cause constituent la principale étape de l'audition. Les parties auront donc à ce stade l'opportunité de clarifier certains points de leur réponse écrite et d'insister sur les points forts de leur défense. C'est ici que l'occasion de corroborer des faits peut se présenter et où le conseiller-auditeur se prononcera sur l'éventuelle recevabilité de nouveaux documents. Par ailleurs, les parties ne s'expriment pas sous serment et ne sont pas non plus tenues de répondre à une question posée lors de l'audition. Les parties ne sont à ce titre pas tenues aux mêmes obligations que celles prévues aux articles 18 et 20 du règlement (CE) n° 1/2003 s'agissant de la fourniture de renseignements inexacts ou dénaturés (voir n° 1092 et s.). Dans le cadre d'une audition, la protection des droits de la défense l'emporte en effet sur toute autre considération. Ni le règlement (CE) n° 1/2003 ni le règlement (CE) n° 773/2004 ne prévoient une faculté pour la Commission d'imposer une amende en cas de fourniture inexacte d'information. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que la Commission ne s'intéresse pas à la véracité des informations fournies. À ce titre, elle peut, en pratique, être amenée à poser des questions pour s'assurer de la crédibilité des explications fournies en cas d'informations contradictoires. Elle peut en outre par la suite adresser, par écrit, une demande de renseignements en vertu de l'article 18 du règlement (CE) n° 1/2003 et à laquelle les entreprises concernées seront tenues de répondre sous peine

de sanction en cas de renseignement inexact ou dénaturé (voir n° 1092 et s.) ;

- ensuite, la parole est laissée aux tiers. En pratique, ce sont les plaignants qui peuvent exprimer leur point de vue après les parties concernées par la communication des griefs ;
- le conseiller-auditeur autorise les parties, les plaignants et les tiers, les services de la Commission et les représentants des États membres à poser des questions pendant l'audition à tous les participants. Si de manière exceptionnelle, un des participants n'est pas en mesure de répondre, le conseiller-auditeur peut l'autoriser à soumettre une réponse par écrit dans un délai déterminé. En particulier, si la Commission décide de poser des questions, celles-ci seront liées aux présentations orales des parties et pourront consister à demander des clarifications par exemple sur un argument donné. Il n'est pas exclu que la Commission pose des questions même avant la présentation orale des parties sur un point spécifique contenu dans leur réponse écrite à la communication des griefs. La Commission ne peut donc pas utiliser l'audition à des fins d'obtention d'informations qu'elle aurait pu obtenir efficacement, au cours de la procédure d'instruction grâce à ses pouvoirs d'enquête. L'audition ne saurait constituer un substitut à une communication des griefs complémentaire. Si la Commission soulève des faits essentiels ou arguments nouveaux par rapport à ceux développés dans la communication des griefs, elle sera tenue d'adresser une communication des griefs complémentaire (voir n° 1149) ou au moins un exposé des faits (voir n° 1149) ;
- avant la clôture de l'audition par le conseiller-auditeur, ce dernier invite les parties à exposer leurs conclusions ou remarques finales. À moins que les parties n'aient expressément demandé au conseiller-auditeur l'autorisation de présenter des propos conclusifs, elles ne peuvent normalement aborder que des points évoqués ou soulevés à la suite de leur présentation. S'il est nécessaire d'adresser de nouveaux éléments ou de réagir à une quelconque des présentations par une autre partie ou par la Commission, les parties seront en mesure de le faire. Si une partie n'a pas pu répondre à une question posée par la Commission et qu'elle souhaite fournir une réponse écrite, ou si elle considère que d'autres documents auraient dû être fournis, la partie concernée devra le préciser à ce stade et convenir avec la Commission d'un délai dans lequel cette réponse et/ou ces informations supplémentaires seront fournies ;
- les représentants d'autres autorités de concurrence des États membres sont invités par le conseiller-auditeur et autorisés à poser des questions aux parties ;
- enfin, le conseiller-auditeur pourra clôturer l'audition.

Conformément à l'article 14 § 8 du règlement (CE) n° 773/2004, les déclarations faites par chaque personne entendue sont enregistrées. L'enregistrement de l'audition est mis à la disposition des personnes qui y ont assisté.

L'audition ne conclut pas nécessairement l'investigation. La décision doit en effet encore être rédigée. Pour ce faire, il n'est pas exclu que la recherche des éléments de fait supplémentaires soit nécessaire. Des échanges et discussions supplémentaires peuvent avoir lieu, dans une optique de présentation d'engagements (voir n° 1228 et s.). S'il est nécessaire pour la Commission d'adresser une communication de griefs complémentaire après l'audition, une deuxième audition pourra avoir lieu.

sions auxquelles il parvient s'agissant du respect de l'exercice des droits procéduraux (Déc. Prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, JOUE 20 oct. 2011, n° L 275, art. 14). Les observations dans ce rapport concernent, entre autres aspects procéduraux, le respect du droit d'être entendu ou le bon déroulement de l'audition.

En pratique, il s'agit d'un rapport court de 4 ou 5 pages environ et constitué de 4 sections. La première section comprend des observations générales sur le déroulement de l'audition. La deuxième section concerne tout problème procédural éventuellement rencontré pendant le déroulement de l'audition, tel que par exemple l'utilisation de nouveaux arguments présentés lors de l'audition qui n'auraient pas été soumis. La troisième section, qui est généralement la section la plus développée, concerne les questions substantielles. Elle comprend un résumé des principales questions soulevées par la Commission dans sa communication des griefs, décrit les arguments mis en avant par les parties et les tiers, ainsi que tout développement intervenu au cours de l'audition. La quatrième section comprend, quant à elle, l'analyse de l'affaire par le conseiller-auditeur, dans laquelle il peut se prononcer sur la valeur probante des preuves et l'opportunité d'une sanction pécuniaire (C. Kerse & N. Khan, *EU Antitrust Procedure*, 6<sup>e</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2012, p. 260).

Une copie du rapport intermédiaire est remise au directeur général de la concurrence, au directeur général chargé de l'instruction de l'affaire et aux autres services compétents de la Commission. (Déc. Prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, JOUE 20 oct. 2011, n° L 275, art. 14).

Le conseiller-auditeur sera en mesure de préparer son rapport final après avoir eu accès au projet de décision de la Commission.

Le conseiller-auditeur n'est pas tenu de rassembler tous les griefs d'ordre procédural qui ont été avancés par les intéressés au cours de la procédure administrative. En effet, tel que le précise le Tribunal « [il] n'est tenu de communiquer au collège des membres de la Commission que les griefs pertinents pour l'appréciation de la légalité du déroulement de la procédure administrative » (Trib. UE, 29 avr. 2004, aff. jtes. T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01, Tokai Carbon et autres c/ Commission, EU:T:2004:118, pt. 53). Ce rapport doit aussi indiquer si le projet de décision ne retient que les griefs au sujet desquels les parties ont eu l'occasion de faire connaître leur point de vue (Déc. Prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, JOUE 20 oct. 2011, n° L 275, art. 16). En pratique ce rapport est plus court que le rapport intermédiaire. Celui-ci est soumis au directeur général de la concurrence et au directeur général chargé de l'instruction de l'affaire (Déc. Prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, JOUE 20 oct. 2011, n° L 275, art. 16).

Le rapport final du conseiller-auditeur est présenté à la Commission conjointement avec le projet de décision afin de lui permettre d'adopter une décision en étant pleinement informée de tous les éléments pertinents concernant le déroulement de la procédure, et en particulier du respect de l'exercice des droits procéduraux (Déc. Prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, JOUE 20 oct. 2011, n° L 275, art. 17 § 1).

Avant l'adoption de la décision par la Commission, le conseiller-auditeur pourra faire évoluer son rapport final à la lumière des modifications éventuelles du projet de décision devant être soumis au comité consultatif (voir n° 1260 et s.) (I. Van Bael, *Due Process in EU Competition Proceedings*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 202-203). La décision ainsi que le rapport final sont communiqués par la Commission aux destinataires de la décision. Le rapport final est publié au Journal officiel de l'Union européenne en même temps que la décision (Déc. Prés. Comm. n° 2011/695/UE, 13 oct. 2011, JOUE 20 oct. 2011, n° L 275, art. 17). Il est également accessible sur le site Internet de la Commission.

Après l'audition, le conseiller-auditeur présente au membre de la Commission chargé de la concurrence un rapport intermédiaire concernant le déroulement de l'audition et les conclu-



1167

Étapes principales de l'audition :  
synthèse

