

## Abstract

*The debate over the compatibility of EU competition enforcement with Article 6 ECHR is far from over. Whilst there has been a great - some would say excessive - deal of papers on due process issues, less, if none attention has been paid to the rules and remedies that govern conflicts of interests amongst lawyers, civil servants, legal secretaries and Members of the Court. This short paper seeks to open the discussion on this issue.*

*Le débat sur la compatibilité du système institutionnel et processuel d'application du droit européen de la concurrence avec la CEDH n'est pas clos. Assurément, les articles sur le sujet ont proliféré en doctrine contemporaine, spécialement sur la question du procès équitable. En revanche, la doctrine s'est peu intéressée à la question du régime juridique entourant les conflits d'intérêts entre avocats, fonctionnaires de la Commission, Référendaires et Membres de la Cour. Ce bref éditorial cherche à ouvrir le débat sur la question.*

# Ethique et conflits d'intérêts en droit européen de la concurrence

1. En doctrine contemporaine, les sujets institutionnels et processuels dominent les sommaires des gazettes de droit de la concurrence.<sup>1</sup> Depuis que se dessine, dans le moyen terme, une perspective concrète d'adhésion de l'Union Européenne ("UE") à la Convention européenne des droits de l'homme ("CEDH"), une quantité turgescente d'études s'intéresse en effet à l'article 6 de la CEDH, qui commande aux ordres juridiques membres de sanctionner le "droit à un procès équitable". La doctrine, spécialement celle émanant du barreau, vibronne à l'idée que, tôt ou tard, les procédures administratives devant la Commission européenne ("la Commission") et juridictionnelle devant le Tribunal soient – en tout ou partie – censurées par le juge de Strasbourg sur ce

<sup>1</sup> Comme si – cela est au reste regrettable – le droit matériel de la concurrence était désormais la seule affaire des économistes. Plus spécifiquement, dans cette revue et dans d'autres, l'action collective, la globalisation du droit antitrust, les programmes de clémence et les sanctions sont statistiquement les sujets les plus couverts en doctrine.

fondement. Et puisque prévenir vaut mieux que guérir, les articles explorant, *de lege ferenda*, de possibles pistes de réformes processuelles ont essaimé. Pas un aspect du droit positif n'a échappé aux appétences réformistes de la doctrine: cumul des fonctions d'investigation et de décision par la Commission, audition des entreprises, intensité du contrôle juridictionnel, délais de jugement, régime de sanction, etc.

2. Pas un, sauf peut-être le sujet des conflits d'intérêts. De quoi s'agit-il ?

3. Si le célèbre Huron imaginé par le Professeur RIVERO dans son article de 1962 visitait aujourd'hui les institutions européennes, il serait certainement déconcerté par la *proximité* entre les parties prenantes à la procédure en droit de la concurrence.<sup>2</sup> Car à Bruxelles et Luxembourg, hors des heures auxquelles s'exerce leur commerce, les avocats spécialisés, les procureurs et leurs juges se fréquentent, dînent et (parfois) nocent ensemble. Ils forment ainsi une grande tribu – dans certains réseaux d'anciens étudiants, on ne craint pas de parler de "mafia"... – qui transcende les professions, et dans laquelle tutoiement, accolades et autres familiarités sont de mise.

4. De même, le Huron s'étonnerait sans doute de la *porosité* des professions du droit de la concurrence. Les recrutements d'anciens hauts fonctionnaires au sein de grands cabinets d'avocats ou de consultants économiques – qui font les choux gras des médias spécialisés – sont devenus habituels sur la "place" bruxelloise. En sens inverse, nombreux sont les jeunes professionnels du secteur privé qui, éreintés par d'épuisantes cadences, aspirent à une reconversion au sein des institutions européennes. Sans compter les fréquents mouvements de va et vient entre la Commission (DG COMP ou Service juridique), censée décider, et la Cour de Justice (Juges ou Référendaires), censée la contrôler.<sup>3</sup>

5. Au quotidien, cette proximité-porosité profite à tous, ce qui explique que personne ne trouve quoi que ce soit à y redire. Dans la pratique, elle permet d'obvier aux lourdeurs de l'appareil bureaucratique. Combien de professionnels du "milieu" – et l'auteur de ces lignes en fait partie – n'ont pas, un jour, sollicité leurs "contacts" au sein de la Commission, en quête d'un "tuyau" sur une date ou pour mettre la main sur des documents non publiés ? Dans le même ordre d'idées, comment ne pas se réjouir de ce que l'expertise engrangée par les fonctionnaires ou avocats ne soit pas perdue au détour d'un changement de carrière ?

6. Nonobstant, ces liaisons dangereuses menacent l'impartialité objective et subjective des procédures, que

<sup>2</sup> J. RIVERO, "Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir", Dalloz, 1962, Chronique VI, p. 37-40.

<sup>3</sup> Dernier exemple en date, la nomination par la République d'Autriche de Viktor Kreuzschitz, ancien agent de la Commission, à la fonction de Membre du Tribunal de l'UE.

protège l'article 6(1) de la CEDH par une référence générale au droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue par un "tribunal indépendant et impartial". Plus prosaïquement, derrière ce concept, c'est (notamment) l'ensemble des problèmes bien connus de favoritisme, de népotisme ou encore de pantoufles que combat la jurisprudence strasbourgeoise.

7. En droit européen, la matière des conflits d'intérêts est loin d'être laissée à l'état de friche juridique. Bien au contraire, il s'agit d'un sujet à forte densité réglementaire. En sus des règles de droit commun du statut de la fonction publique européenne sur les conflits d'intérêts,<sup>4</sup> la Direction Générale de la concurrence ("DG COMP"), comme souvent avant-gardiste, a adopté en mars 2010 un code sur l'éthique et l'intégrité de ses membres.<sup>5</sup> Elle a également investi un "Ethics Compliance Officer" de la mission de veiller à l'observation des règles consignées dans le code. Quant à la Cour de justice, son Statut, qui impose à ses Membres (les Juges et Avocats Généraux) un devoir général d'impartialité,<sup>6</sup> est complété par un Code de conduite spécifique.<sup>7</sup> Enfin, une décision du 17 février 2009 prévoit des "règles de bonne conduite" à charge des Référendaires.<sup>8</sup>

8. Il ne laisse de surprendre, toutefois, que la doctrine – pourtant très bruyante lorsqu'il est question de l'article 6 de la CEDH – ait si superbement ignoré cette problématique. La matière se prête pourtant à commentaires. Comment, d'abord, ne pas être heurté par l'absence de toute procédure formelle de récusation d'un Juge, d'un Référendaire ou d'un fonctionnaire de la Commission (DG COMP ou Service juridique) à la demande d'une partie ? En droit positif, les conflits d'intérêts sont traités sur le seul mode de l'autodiscipline : fonctionnaires, Référendaires et Membres de la Cour sont appelés à divulguer ou dénoncer tout conflit d'intérêts personnel (familial ou financier, notamment) ou professionnel (activité préalable pour le compte de l'une des parties) à leur autorité de nomination. Certes, les parties peuvent toujours saisir informellement la Commission ou la Cour en cas de conflit d'intérêts, et arguer d'une violation du principe d'impartialité, tel que reconnu par les principes généraux du droit, la Charte des droits fondamentaux de l'UE et la CEDH.

---

<sup>4</sup> Voir Statut des fonctionnaires des Communautés européennes, notamment aux articles 11 et 11 bis.

<sup>5</sup> Voir Code on Ethics and Integrity of DG COMP Staff, adopted on 28 June 2010. Ce code prescrit également des Règles sur le délit d'initiés, les cadeaux, les émoluments, les donations, la participation à des partis politiques, à des élections, les "fuites" d'informations sur des affaires, les déclarations à la presse, etc. Ce code est appelé à une révision prochaine, notamment en matière de dénonciation pour tenir compte des nouvelles règles en matière de cadeaux, ainsi que des nouvelles lignes directrices sur la dénonciation.

<sup>6</sup> Voir Protocole sur le Statut de la Cour de Justice de l'Union européenne, JOUE C 83 du 30 mars 2010, p. 210, notamment à l'article 2.

<sup>7</sup> Voir Cour de justice, Code de conduite, JOUE C223 du 22 septembre 2007, p.1.

<sup>8</sup> Voir Décision de la Cour du 17 février 2009 portant adoption des règles de bonne conduite des Référendaires.

Ceci étant, aucune règle formelle ne définit les motifs de récusation, les conditions de saisine, les délais et organes compétents pour statuer sur de telles demandes. De plus, faute de publicité de la composition des équipes traitant les affaires de droit de la concurrence, comment peut bien, dans les faits, s'exercer cette faculté?

9. Dans le même ordre d'idées, les règles dont il est ici question présentent des incohérences. Est-il logique, par exemple, d'interdire aux Juges et Avocats Généraux, trois ans après leur cessation de fonction, d'agir devant la Cour en qualité de représentants de parties, mais d'exonérer d'une même incompatibilité les Référendaires, qui, comme chacun le sait, sont les véritables rédacteurs des arrêts de la Cour ? Que penser encore de l'incohérence entre cette stricte interdiction générale et la procédure d'autorisation préalable plus souple, applicable aux fonctionnaires de la DG COMP en partance de l'administration européenne ? Enfin, on ne peut que céder à une certaine stupéfaction lorsque l'on apprend que le Service juridique de la Commission, pourtant très influent dans les affaires de droit de la concurrence, n'a pas, comme la DG COMP, adopté de code de bonne conduite.<sup>9</sup>

10. Cette tribune n'entend pas laisser accroître l'idée qu'un vice général d'impartialité corromprait les institutions et procédures d'application du droit européen de la concurrence. Son ambition est plus modeste. C'est celle d'ouvrir le débat sur une problématique inexplorée, et selon nous plus féconde que les descriptions "orwelliennes" de ces institutions et procédures qui, pour l'heure, continuent de se répandre dans les feuillets des revues juridiques spécialisées. ■

Nicolas PETIT

nicolas.petit@ulg.ac.be

Professeur ordinaire, Faculté de droit et de science politique, Université de Liège (ULg).

---

<sup>9</sup> Nos contacts auprès du Service juridique nous assurent toutefois que celui-ci applique *mutatis mutandis* le code éthique de la DG COMP.