

La traduction de cette page a été générée par traduction automatique [Lien]. Les traductions automatiques peuvent comporter des erreurs susceptibles de nuire à la clarté et à l'exactitude; le Médiateur décline toute responsabilité en cas de divergences. Pour obtenir les informations les plus fiables et pour assurer la sécurité juridique, veuillez consulter la version source en anglais dont le lien figure ci-dessus. Pour en savoir plus, veuillez consulter notre [politique linguistique et de traduction](#) [Lien].

Décision du Médiateur européen clôturant son enquête sur la plainte 1935/2008/FOR contre la Commission européenne

Décision

Affaire 1935/2008/FOR - Ouvert le 22/07/2008 - Décision le 14/07/2009

Le 10 juillet 2008, le Médiateur a reçu une plainte d'Intel. La plainte alléguait des erreurs de procédure commises par la Commission lors d'une enquête antitrust menée contre Intel au titre de l'article 82 du traité CE.

Selon le plaignant, la Commission n'a pas pris de procès-verbal d'une réunion avec Dell qu'elle a tenue le 23 août 2006, malgré le fait que la réunion concernait directement l'objet de l'enquête de la Commission sur Intel.

Dans sa décision du 14 juillet 2009, le Médiateur a constaté que la Commission avait effectivement recueilli des informations relatives à l'objet de son enquête lors de la réunion du 23 août 2006. Il a également constaté que la Commission n'avait pas pris bonne note de cette réunion et que le dossier d'enquête de la Commission n'incluait pas l'ordre du jour de la réunion. Le Médiateur a conclu que la Commission avait commis un cas de mauvaise administration. Le Médiateur n'a toutefois pas constaté si la Commission avait violé les droits de la défense d'Intel.

En outre, le plaignant a allégué que la Commission avait encouragé Dell à conclure un accord d'échange d'informations avec AMD. Selon le plaignant, cet arrangement avait pour effet de permettre à AMD d'obtenir des informations confidentielles sur Intel qui figuraient dans le dossier d'enquête de la Commission. Le plaignant a fait valoir que, en agissant de cette manière, la Commission a contourné les règles qui limitaient le droit d'accès d'AMD au dossier d'enquête.

En ce qui concerne cette deuxième allégation, le Médiateur a estimé qu'il n'aurait pas été



conforme aux principes de bonne administration si la Commission avait encouragé Dell à conclure un tel accord d'échange d'informations avec AMD. Toutefois, il a noté que la Commission n'avait aucune responsabilité, ni même aucun pouvoir, pour empêcher un tel arrangement.

Le Médiateur a constaté que la possibilité pour Dell de conclure l'accord d'échange d'informations avait d'abord été évoquée lors d'un appel téléphonique du 30 août 2007 entre des hauts représentants de Dell et des hauts représentants de la Commission. Toutefois, étant donné que la Commission n'avait pas pris de notes contemporaines sur le contenu de cet appel téléphonique, les éléments de preuve disponibles n'étaient pas suffisants pour que le Médiateur prenne position sur la question de savoir si Dell, ou la Commission, avait d'abord suggéré l'accord. Le Médiateur n'a donc fait aucune constatation de mauvaise administration en ce qui concerne la deuxième allégation du plaignant. Toutefois, l'Ombudsman a recommandé qu'à l'avenir, des notes internes appropriées soient prises concernant le contenu des réunions ou des appels téléphoniques avec des tiers concernant des questions de procédure importantes.

LES ANTÉCÉDENTS DE LA PLAINTÉ

1. Le plaignant représente Intel Corporation (ci-après «Intel»), une société qui produit des microprocesseurs.
2. Au moment où la plainte a été soumise au Médiateur, la Commission européenne enquêtait sur Intel à la suite d'une plainte qu'elle avait reçue d'AMD, un concurrent d'Intel. L'enquête de la Commission (affaire COMP/37.990) visait à vérifier si Intel avait enfreint l'article 82 CE [1] en recourant à des pratiques anticoncurrentielles pour exclure des concurrents du marché de certaines unités centrales de traitement. Au cours de son enquête, la Commission a obtenu de nombreuses informations auprès des fabricants d'équipements d'origine (OEM) qui ont acheté des unités centrales de traitement auprès d'Intel et/ou d'AMD. L'un de ces OEM était Dell.
3. Le 13 mai 2009, c'est-à-dire au cours de l'enquête du Médiateur, la Commission a pris une décision dans laquelle elle a constaté qu'Intel avait enfreint l'article 82 CE.

L'OBJET DE L'ENQUÊTE

4. L'objet de la plainte concerne de prétendues erreurs de procédure commises par la Commission au cours de ses enquêtes dans l'affaire COMP/37.990. Le Médiateur a compris que le plaignant alléguait ce qui suit:

(I) La Commission n'a pas pris de procès-verbal de la réunion avec les représentants de Dell du 23 août 2006, bien que celle-ci ait été directement concernée par l'objet de son enquête sur Intel, de sorte que la Commission n'a pas enregistré d'éléments de preuve potentiellement à décharge.



(II) La Commission a encouragé Dell et AMD à conclure un accord d'échange d'informations qui avait pour effet de permettre à AMD de contourner les règles limitant le droit d'AMD d'avoir accès au dossier d'enquête de la Commission.

5. Le Médiateur a compris que le requérant ne demandait aucun autre recours ou réparation dans le cadre de sa procédure.

L'ENQUÊTE

6. La plainte a été déposée le 10 juillet 2008. Le 22 juillet 2008, le Médiateur a ouvert une enquête sur la première allégation du plaignant, à savoir que la Commission n'aurait pas pris le procès-verbal de la réunion du 23 août 2006 avec les représentants de Dell, alors que la réunion portait directement sur l'objet de son enquête sur Intel. En conséquence, la Commission n'a pas fait état d'éléments de preuve potentiellement à décharge découlant de cette réunion. Le Médiateur a demandé à la Commission de présenter un avis au plus tard le 30 novembre 2008.

7. Afin de clarifier pleinement les questions soulevées par le plaignant en ce qui concerne la première allégation et la demande y afférente, le Médiateur, dans sa lettre d'ouverture de l'enquête, a suggéré à la Commission d'inclure dans son avis son point de vue sur les questions et questions spécifiques suivantes:

«I) Dans le cadre de l'élaboration de son avis, la Commission devrait notamment tenir compte du paragraphe 358 du TACA. [2] Dans ce contexte, le Médiateur note que l'annexe VII de la plainte du 10 juillet 2008 et l'annexe I de la lettre complémentaire du 10 juillet 2008, en liaison avec l'annexe VI de la plainte du 10 juillet 2008, semblent indiquer que la réunion du 23 août 2006 a pu traiter certaines questions que le plaignant juge potentiellement à décharge.

(II) La Commission était-elle l'auteur du document intitulé «Liste indicative des sujets à discuter avec la réunion Dell du 23 août 2006» [3] Le Médiateur croit comprendre que l'annexe VII de la plainte semble faire partie d'une réponse de Dell aux questions de suivi posées par la Commission en ce qui concerne les questions examinées lors de la réunion du 23 août 2006. Cette compréhension est-elle correcte?

(III) Les fonctionnaires de la Commission présents à la réunion ont-ils rédigé leurs propres notes personnelles de la réunion du 23 août 2006?

(IV) Pour que les notes d'une réunion constituent des «déclarations», conformément à l'article 19 du règlement no 1/2003, elles doivent être signées par la partie interrogée. La Commission a-t-elle demandé aux représentants de Dell de signer des notes préparées par les membres de l'équipe chargée de l'affaire? Dans la négative, la Commission peut-elle confirmer, s'il est encore possible, sur la base des notes des fonctionnaires de la Commission présents à la réunion, de demander à Dell de signer le procès-verbal de la réunion?»



8. En ce qui concerne la deuxième allégation, le Médiateur, dans sa lettre d'ouverture de l'enquête, a relevé que le plaignant n'avait fourni aucun élément de preuve à l'appui de son allégation selon laquelle la Commission aurait activement encouragé AMD et Dell à conclure un accord d'échange d'informations. Ainsi, dans sa lettre du 22 juillet 2008 ouvrant l'enquête, le Médiateur a informé le plaignant qu'il n'y avait pas de motifs suffisants pour ouvrir une enquête sur la deuxième allégation.

9. Le 19 septembre 2008, le plaignant a écrit au Médiateur. Il a inclus dans sa lettre une copie d'une lettre du conseil extérieur de Dell datée du 18 septembre 2008, dans laquelle l'avocat externe de Dell affirme que « *afin d'éviter un long débat sur les demandes de confidentialité, la Commission a suggéré à Dell de conclure un accord de non-divulgence avec les conseils et les économistes d'AMD pour le partage des documents Dell utilisés dans la [communication des griefs]* ». La lettre contenait également des copies de la correspondance entre la Commission et le conseil de Dell. À la lumière de ces informations, le plaignant a demandé au Médiateur de réexaminer sa position en ce qui concerne la deuxième allégation exposée dans sa plainte du 10 juillet 2008.

10. À la lumière de la nouvelle correspondance du plaignant, le Médiateur a décidé, le 26 septembre 2008, d'étendre son enquête à la deuxième allégation du plaignant. Dans sa lettre informant la Commission de l'extension du champ d'application de l'enquête, le Médiateur a demandé que, dans son avis au Médiateur, la Commission commente spécifiquement la déclaration du conseil de Dell selon laquelle la Commission a suggéré à Dell de conclure un accord d'échange d'informations avec AMD. Il a également demandé à la Commission de commenter spécifiquement une lettre du conseiller-auditeur [4] adressée au plaignant le 18 octobre 2007, dans laquelle il est indiqué que l'accord en question n'a pas été «notifié», sous quelque forme que ce soit, à l'équipe chargée de l'affaire.

11. Le 30 septembre 2008, la Commission a écrit au Médiateur pour l'informer que, sa lettre du 26 septembre 2008 ayant étendu le champ d'application de l'enquête, elle avait besoin d'un délai supplémentaire, à savoir, jusqu'au 15 janvier 2009, pour présenter un avis au Médiateur. Le 15 octobre 2008, le Médiateur a accepté cette demande.

12. Le 13 octobre 2008, le plaignant a écrit au Médiateur pour l'informer de deux demandes présentées par Intel au Tribunal de première instance le 10 octobre 2008. Le 5 novembre 2008, le Médiateur a écrit à la Commission à propos de cette correspondance.

13. Le plaignant a envoyé une correspondance au Médiateur le 30 décembre 2008, le 12 janvier 2009 et le 26 janvier 2009 concernant la plainte. Le Médiateur a transmis cette correspondance à la Commission pour information.

14. Le Médiateur a reçu l'avis de la Commission le 20 janvier 2009 et l'a transmis au plaignant pour observations. Le requérant a envoyé ses observations le 3 février 2009.

15. Le 16 février 2009, le Médiateur a demandé un nouvel avis à la Commission. Le 20 mars



2009, la Commission a adressé un nouvel avis au Médiateur, qui a été transmis au plaignant pour observations. Le plaignant a envoyé de nouvelles observations le 14 avril 2009 et le 16 avril 2009.

16. Dans ses observations, datées du 16 avril 2009, le plaignant a fourni au Médiateur de nouveaux éléments de preuve. En conséquence, le 23 avril 2009, le Médiateur a demandé à la Commission de lui communiquer, au plus tard le 31 mai 2009, toutes les observations qu'elle pourrait formuler au sujet de ces nouveaux éléments de preuve ou des informations pertinentes à cet égard. Il a également demandé à la Commission d'autoriser ses services à inspecter les documents internes de la Commission que le Médiateur avait jugés pertinents pour la présente enquête.

17. Le 28 mai 2009, le 29 mai 2009 et le 10 juin 2009, le Médiateur a procédé à une inspection des documents dans les locaux de la Commission. Une note concernant cette inspection a été envoyée au plaignant et à la Commission, pour information, le 6 juillet 2009.

18. Le 10 juin 2009, la Commission a envoyé au Médiateur sa réponse à sa lettre du 23 avril 2009. Ce nouvel avis a été transmis au plaignant, qui a envoyé d'autres observations le 15 juin 2009. Une annexe aux autres observations du plaignant du 15 juin 2009 a été reçue par le Médiateur le 29 juin 2009.

ANALYSE ET CONCLUSIONS DU MÉDIATEUR

Remarques préliminaires

Recevabilité de la plainte

19. Le 13 octobre 2008, le plaignant a écrit au Médiateur pour l'informer que, le 10 octobre 2008, Intel avait saisi le Tribunal d'un recours tendant à l'annulation des décisions de la Commission: (i) fixer un délai au 17 octobre 2008 pour qu'Intel réponde à la communication des griefs complémentaire de la Commission publiée le 16 juillet 2008; et ii) rejeter la demande d'Intel visant à ce que la Commission obtienne des documents supplémentaires d'AMD, qu'Intel croyait raisonnablement à décharge. Intel a également saisi le président du Tribunal de première instance d'une demande de mesures provisoires visant à suspendre la procédure de la Commission dans l'affaire COMP/37.990 dans l'attente d'une décision sur la demande principale [5]. Dans sa lettre du 13 octobre 2008, le plaignant a informé le Médiateur que les deux demandes n'étaient pas liées à l'affaire faisant l'objet de l'enquête dans la plainte 1935/2008/FOR. Le plaignant a joint à sa lettre une copie de deux documents, tous deux intitulés «Résumé de la demande».

20. Le 5 novembre 2008, le Médiateur a écrit à la Commission. Il a noté que l'article 1er, paragraphe 3, du statut du Médiateur européen dispose que le médiateur ne peut intervenir dans les affaires devant les tribunaux ni remettre en cause le bien-fondé de la décision d'une



juridiction. En outre, l'article 2, paragraphe 7, dispose que, lorsque, en raison d'une procédure judiciaire, en cours ou conclue, concernant les faits invoqués, doit déclarer une plainte irrecevable ou mettre fin à l'examen d'une telle plainte, le résultat des enquêtes qu'il a menées jusqu'à présent est définitivement déposé. Le Médiateur a noté qu'il avait examiné attentivement la lettre du plaignant datée du 13 octobre 2008 afin d'évaluer si l'objet des recours devant le Tribunal était le même que l'objet des allégations contenues dans la plainte 1935/2008/FOR. Le Médiateur a noté que la première allégation dans la plainte 1935/2008/FOR était que la Commission n'avait pas pris de procès-verbal d'une réunion avec Dell. En revanche, la requête adressée au Tribunal concernait une décision par laquelle la Commission refusait d'accepter une demande d'obtention de documents supplémentaires auprès d'AMD. Le Médiateur a ainsi conclu que, sur la base des informations qui lui avaient été soumises, la première allégation dans la plainte 1935/2008/FOR ne portait pas sur l'objet de la requête devant le Tribunal. En ce qui concerne la deuxième allégation, le Médiateur a conclu, sur la base des informations qui lui avaient été soumises, que les demandes du 10 octobre 2008 ne concernaient pas les faits avancés par le plaignant dans la plainte 1935/2008/FOR. Compte tenu de ce qui précède, le Médiateur a informé la Commission qu'il n'y avait pas lieu de clore son enquête concernant la première ou la deuxième allégation dans la plainte 1935/2008/FOR.

21. Dans son avis transmis au Médiateur le 20 janvier 2009, la Commission a fait valoir qu'Intel reliait ses deux requêtes devant le Tribunal à la plainte déposée devant le Médiateur. La Commission a souligné qu'Intel avait joint la plainte 1935/2008/FOR, ainsi que l'intégralité de la correspondance avec le Médiateur, en tant qu'annexes à la requête principale devant le Tribunal. Parmi d'autres arguments, Intel a indiqué dans la requête au principal que l'enquête de la Commission était « *discriminatoire et partielle* ». Afin d'étayer cette affirmation, Intel a fait référence à des exemples de ce qu'elle considérait comme une discrimination et une partialité dans l'enquête de la Commission. Ces exemples incluent une référence spécifique aux deux cas présumés de partialité sur lesquels le Médiateur a ouvert son enquête dans la plainte 1935/2008/FOR. Intel a inclus l'intégralité de la correspondance avec le Médiateur comme preuve. Sur cette base, la Commission a fait valoir que tous les faits avancés dans la plainte 1935/2008/FOR étaient maintenant pendants dans le cadre d'une procédure judiciaire devant le Tribunal. La Commission a également indiqué que lorsque, le 13 octobre 2008, Intel a informé le Médiateur des demandes présentées au Tribunal, Intel n'a présenté que des résumés de ces demandes. La Commission a noté que les résumés ne faisaient référence à aucun des arguments d'Intel mentionnés dans la plainte 1935/2008/FOR. La Commission a donc demandé au Médiateur de réexaminer l'appréciation faite dans sa lettre du 5 novembre 2008 en se fondant sur l'ensemble des faits exposés dans l'avis de la Commission du 20 janvier 2009 et de déclarer la plainte 1935/2008/FOR irrecevable dans son intégralité.

22. Dans ses observations du 3 février 2009, le plaignant a déclaré qu'il n'avait pas accepté les arguments de la Commission. Il a indiqué que l'objet de la plainte 1935/2008/FOR et l'objet de la procédure devant le Tribunal dans les affaires T-457/08 R et T-457/08 étaient tout à fait distincts. Il a déclaré que, bien qu'Intel ait fait référence à la plainte 1935/2008/FOR dans ses dépôts écrits au Tribunal de première instance afin d'informer le Tribunal de l'historique procédural complet de l'enquête de la Commission sur Intel, et afin de fournir des éléments de fond permettant d'apprécier la décision faisant l'objet de la demande d'Intel, Intel n'a pas



interjeté appel des deux actes de mauvaise administration qui font l'objet de la plainte 1935/2008/FOR. Il a déclaré que le fait qu'Intel cite, dans ses requêtes, a) l'absence, par la Commission, d'enregistrement complet d'un entretien avec de hauts représentants de Dell et b) son rôle consistant à fournir à AMD un accès aux documents confidentiels de Dell faisant partie du dossier de la Commission, à titre d'exemples de partialité et d'absence d'objectivité de la Commission, ne saurait être interprété comme signifiant que ces actes faisaient eux-mêmes partie de l'objet du pourvoi et de la demande de mesures provisoires d'Intel. Il a fait valoir que son point de vue était confirmé par le fait que le président de la Cour, dans son ordonnance du 27 janvier 2009 rejetant la demande de mesures provisoires d'Intel [6], a concentré son analyse exclusivement sur les deux décisions faisant l'objet du pourvoi et n'a mentionné nulle part les deux actes de mauvaise administration qui font l'objet de la plainte 1935/2008/FOR. Ainsi, selon le plaignant, les deux actes de mauvaise administration, qui font l'objet de la plainte 1935/2008/FOR, n'ont pas fait l'objet du pourvoi et de la demande de mesures provisoires dans les affaires T-457/08 et T-457/08 R.

23. Le plaignant a également fait valoir que l'allégation de la Commission selon laquelle l'allégation de mauvaise administration d'Intel était actuellement pendante devant le Tribunal de première instance était désormais dépassée par les événements et n'a pas été retenue. En effet, le plaignant a déclaré qu'Intel n'avait pas l'intention de faire appel de l'ordonnance du président du Tribunal du 27 janvier 2009. En outre, le 3 février 2009, Intel a formellement retiré son recours principal dans l'affaire T-457/08. Étant donné que la procédure devant le Tribunal, invoquée par la Commission comme s'opposant prétendument à l'instruction par le Médiateur de la plainte 1935/2008/FOR, n'était plus pendante, les objections de la Commission à cet égard étaient donc sans objet.

24. Le Médiateur note que, conformément à l'article 195, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité CE, le Médiateur ne mène pas d'enquête lorsque les faits allégués font ou ont fait l'objet d'une procédure judiciaire. L'article 1er, paragraphe 3, du statut du Médiateur européen dispose également que le médiateur ne peut intervenir dans les affaires devant les tribunaux ni remettre en cause le bien-fondé de la décision d'une juridiction. En outre, l'article 2, paragraphe 7, du statut du Médiateur européen dispose que, lorsque, en raison d'une procédure judiciaire, en cours ou conclue sur les faits invoqués, le Médiateur doit déclarer une plainte irrecevable ou mettre fin à l'examen de celle-ci, le résultat des enquêtes qu'il a menées jusqu'à ce point est définitivement déposé.

25. Le Médiateur souligne l'importance qu'il attache à ce que ses enquêtes n'empiètent en aucune façon sur le rôle des tribunaux. Si des faits ont été établis ou interprétés dans une décision d'un tribunal, l'Ombudsman ne réévaluera pas l'existence ou l'interprétation de ces faits.

26. Le Médiateur relève que, le 27 janvier 2009, le président du Tribunal a rendu une ordonnance relative à l'affaire T-457/08 R. [7] Dans son ordonnance, le président du Tribunal a conclu à l'irrecevabilité de la demande de mesures provisoires dans l'affaire T-457/08 R. À la suite d'un examen attentif de l'ordonnance du président du Tribunal, le Médiateur relève que l'ordonnance n'établit pas l'existence de faits allégués, ni n'évalue les faits qui font l'objet de la



présente enquête. À ce titre, le Médiateur conclut que l'ordonnance du président du Tribunal ne remet pas en cause la recevabilité de la plainte 1935/2008/FOR.

27. En outre, le 3 février 2009, Intel a retiré son recours dans l'affaire T-457/08, avant que le Tribunal ne puisse se prononcer sur l'un quelconque des faits ou faits allégués dont il était saisi dans le cadre de cette demande. En tant que tel, il n'est pas nécessaire à présent que le Médiateur se prononce sur la question de savoir si les faits allégués qui ont été portés à la connaissance du Tribunal dans le cadre de cette demande sont les mêmes que les faits allégués qui font l'objet de la présente enquête.

28. À la lumière de ce qui précède, le Médiateur considère que la présente affaire est recevable [8].

Retards allégués par la Commission

29. Dans ses observations du 3 février 2009, le plaignant s'est déclaré préoccupé par le fait que la Commission cherchait délibérément à retarder l'enquête du Médiateur sur la plainte 1935/2008/FOR. En résumé, il a fait valoir qu'il était difficile de croire que la Commission n'était pas en mesure de présenter son avis non factuel de cinq pages, qui se fondait sur un seul argument procédural (c'est-à-dire que la plainte était irrecevable), dans le délai initial du 30 novembre 2008, ou, à tout le moins, avant l'expiration du délai prolongé du 15 janvier 2009. Il a noté que les affaires T-457/08 R et T-457/08 avaient été déposées le 10 octobre 2008 et communiquées à la Commission le 14 octobre 2008 (pour la demande de mesures provisoires) et le 27 octobre 2008 (pour la demande principale). Compte tenu du caractère très limité de ses observations datées du 20 janvier 2009, la Commission aurait dû être en mesure de présenter ses observations peu de temps après avoir obtenu une copie de la requête principale d'Intel dans l'affaire T-457/08 le 27 octobre 2008, mais en tout état de cause dans le délai initial du 30 novembre 2008.

30. Le Médiateur note que le délai initial fixé pour la présentation d'un avis au Médiateur était le 30 novembre 2008. Le 30 septembre 2008, la Commission a écrit au Médiateur pour l'informer que, sa lettre du 26 septembre 2008 ayant étendu le champ d'application de l'enquête, la Commission avait besoin d'un délai supplémentaire, à savoir jusqu'au 15 janvier 2009, pour lui présenter un avis. Compte tenu de la complexité et de la sensibilité des allégations contenues dans la plainte 1935/2008/FOR, l'Ombudsman a accepté cette demande.

31. Le Médiateur relève que, la demande de la Commission du 30 septembre 2008 ayant été présentée avant les requêtes devant le Tribunal de première instance le 13 octobre 2008, la Commission devait avoir eu l'intention, lorsqu'elle a présenté la demande de prorogation, de fournir au Médiateur un avis sur le *fond* des allégations contenues dans la plainte 1935/2008/FOR.

32. Le Médiateur est d'avis que la Commission respecterait son obligation de coopérer avec le Médiateur dans la conduite d'une enquête, si, dans l'hypothèse où une telle prolongation n'était pas nécessaire pour répondre au Médiateur, elle décidait de ne pas recourir à la prorogation qui



lui avait été accordée.

33. L'avis de la Commission du 20 janvier 2009 reposait uniquement sur la question de la recevabilité examinée aux points 19 à 28 ci-dessus. L'avis ne comportait en effet que cinq pages. Le Médiateur ne peut toutefois exclure la possibilité que la Commission ne soit pas parvenue rapidement aux points de vue exprimés dans son avis du 20 janvier 2009. En résumé, le Médiateur ne saurait exclure la possibilité que la Commission n'ait pas été certaine du bien-fondé de ses arguments relatifs à la recevabilité de la plainte au cours de la période comprise entre le 27 octobre 2008 et le 15 janvier 2009, et a donc également envisagé de répondre au fond au 15 janvier 2009. Ce point de vue serait confirmé par le fait que, lorsque, le 16 février 2009, le Médiateur a fixé un délai très court pour la présentation d'un nouvel avis par la Commission sur le fond des allégations, la Commission a pu respecter ce délai très court [9]. La capacité de la Commission à respecter ce délai indiquerait que la Commission avait effectivement (au moins partiellement) utilisé la période comprise entre le 27 octobre 2008 et le 15 janvier 2009 pour examiner le fond des allégations formulées dans le cadre de la présente enquête. En outre, la Commission a répondu sans délai à la demande du Médiateur du 23 avril 2009 en vue d'un deuxième avis complémentaire. Enfin, le Médiateur note que la Commission a répondu rapidement et avec souplesse à la demande du Médiateur de procéder à une inspection des documents.

34. Le Médiateur n'est donc pas d'accord avec la déclaration du plaignant selon laquelle la Commission cherchait « *délibérément* » à retarder l'enquête du Médiateur sur la plainte 1935/2008/FOR.

A. L'allégation, et l'allégation connexe, selon laquelle la Commission n'aurait pas pris le procès-verbal de la réunion du 23 août 2006 avec les représentants de Dell, malgré le fait que la réunion était directement concernée par l'objet de son enquête sur Intel, et, par conséquent, que la Commission n'a pas enregistré de preuves potentiellement à décharge

Arguments présentés au Médiateur

35. Le plaignant affirme que, le 23 août 2006, l'équipe de la Commission chargée de traiter l'affaire COMP/37.990 a rencontré des représentants de haut niveau de Dell pour discuter de questions relatives à l'affaire COMP/37.990. Le plaignant soutient que la Commission n'a pas consigné et inclus dans le dossier une note détaillée de la réunion. Le plaignant estime qu'il s'agit là d'un acte très grave de mauvaise administration.

36. Le grief fait valoir que, lors de la réunion du 23 août 2006, M. A (un cadre supérieur chez Dell) aurait dû informer la Commission de faits qui, dans le cadre de l'affaire COMP/37.990, seraient à décharge d'Intel. À l'appui de cet argument, le plaignant a fourni au Médiateur une copie d'un document qui, selon lui, constitue l'ordre du jour de la réunion du 23 août 2006



(ci-après l'«ordre du jour»). Le plaignant affirme que l'ordre du jour a été préparé par l'équipe chargée des dossiers de la Commission. Selon le plaignant, l'ordre du jour indique clairement que l'objectif de la réunion du 23 août 2003 était de couvrir, entre autres, les questions suivantes:

- La prétendue exclusivité *de fait de* Dell avec Intel;
- Différences de performances entre Intel et AMD;
- Le système de remise Intel mis en place à la fin de 2001 et le *quid pro quo*, le cas échéant, de Dell;
- Le témoignage de M. A devant la Federal Trade Commission des États-Unis (ci-après la «FTC») concernant l'intérêt de Dell à garantir l'avantage de performance d'Intel sur AMD;
- Le modèle commercial du «single sourcing» de Dell, qui l'a amené à s'approvisionner uniquement auprès d'Intel;
- La «capacité d'Intel à riposter» si Dell devait commencer à s'approvisionner en microprocesseurs auprès d'AMD;
- Les incertitudes de Dell concernant la «feuille de route» d'AMD;
- [Les **remises d'Intel à Dell depuis avril 2004**].

37. De l'avis du plaignant, il est clair que, si l'ordre du jour était suivi [10] , la réunion du 23 août 2006 s'est concentrée sur les domaines clés du témoignage de M. A. FTC. Le plaignant affirme que le témoignage de la FTC de M. A exonère Intel et contredit les allégations contenues dans la communication des griefs [11] concernant les relations de Dell avec Intel. En résumé, le témoignage sous serment de M. A devant la FTC en 2003 [12] consistait en des informations relatives aux mêmes faits qui faisaient l'objet d'une enquête de la Commission dans l'affaire COMP/37.990. Le plaignant affirme que la Commission avait connaissance de ce témoignage depuis, au plus tard, le 18 juillet 2006.

38. De l'avis du plaignant, la réunion du 23 août 2006 a également couvert de nouveaux éléments qui n'étaient pas couverts par le témoignage de M. A, mais qui étaient également au cœur des allégations de la communication des griefs concernant Dell. Par exemple, la communication des griefs **[a formulé des affirmations sur les raisons pour lesquelles Dell n'a acheté qu'Intel]** . Il est clair, de l'avis du plaignant, que l'exactitude de cette allégation était un sujet central de l'ordre du jour.

39. De l'avis du plaignant, il est également raisonnable de supposer que, si les éléments de preuve fournis par M. A avaient incriminé Intel et étayé les allégations de la Commission, ils auraient été invoqués par la Commission dans la communication des griefs. Comme ce n'était pas le cas, il semble également raisonnable de supposer que la preuve de M. A était soit neutre, soit exonérée d'Intel.

40. La plaignante fait valoir que l'équipe chargée de l'affaire n'a pas fait de note détaillée de son entretien avec un témoin matériel qui (a) avait su, ou aurait dû le savoir à partir des documents déjà en sa possession, fourni des éléments de preuve à décharge contredisant bon nombre des principales hypothèses de la Commission, qui ont ensuite été incorporées dans la communication des griefs, et (b) avec lesquelles elle semble avoir discuté de questions centrales dans le dossier de la Commission.



41. Dans ce contexte, soutient le plaignant, il est clair que le fait que la Commission n'ait pas consigné et inclus dans le dossier une note détaillée des réponses de M. A aux questions de l'équipe chargée de l'affaire constitue un acte très grave de mauvaise administration et, en effet, remet en cause l'intégrité de l'ensemble de l'enquête de la Commission.

42. La plaignante affirme que, dans sa correspondance avec le plaignant, la Commission a d'abord nié l'existence de la réunion [13]. Elle a ensuite indiqué qu'une réunion avait eu lieu, mais qu'aucun procès-verbal de cette réunion n'avait été pris [14]. À une date encore ultérieure, elle a indiqué qu'une note du dossier relatif à cette réunion avait été créée et que la note serait maintenant inscrite au dossier officiel de l'affaire. Toutefois, le conseiller-auditeur de la Commission a ensuite informé Intel qu'il n'aurait pas accès à cette note, étant donné qu'il s'agissait d'un « *document interne* » et qu'il ne constituait pas un « *procès-verbal* » convenu de la réunion [15].

43. Le plaignant fait valoir que la création de procès-verbaux écrits des réunions est une bonne pratique administrative, qui respecte le principe de transparence dans les procédures administratives. Il garantit également l'impartialité dans le processus d'enquête. De l'avis du plaignant, l'absence de compte rendu de la réunion par la Commission constitue une mauvaise administration.

44. Le plaignant a fait référence à l'article 24 du code européen de bonne conduite administrative, qui impose à la Commission de « *tenir des registres adéquats de leurs courriers entrants et sortants, des documents qu'ils reçoivent et des mesures qu'ils prennent* ». Il s'ensuit que l'obligation de tenir des registres adéquats doit, de l'avis du plaignant, s'appliquer également à l'entretien d'un témoin matériel à décharge. L'omission de l'équipe chargée de l'affaire est, de l'avis du plaignant, également incompatible avec la bonne pratique administrative qui incombe à une institution dotée des pouvoirs étendus dont dispose la Commission.

45. Le plaignant fait également valoir, en ce qui concerne l'allégation, que la Commission n'a pas respecté le principe de transparence dans les procédures administratives. Il affirme que le refus de l'équipe chargée de l'affaire d'avoir interrogé un témoin clé et son déni initial selon lequel une note écrite de la réunion avait été produite — ensuite transformée par le conseiller-auditeur en déclaration *selon laquelle* « *aucun entretien conformément à l'article 19 du règlement no 1/2003 n'a eu lieu [...] et n'ont pas été pris pendant ou après la réunion qui font partie du dossier* » — sont incompatibles avec les faits définitivement établis et avec la nécessité d'assurer la transparence des procédures administratives. De l'avis du plaignant, le comportement de l'équipe chargée de l'affaire constitue une violation manifeste des articles 11 [16] et 12 [17] du code européen de bonne conduite administrative, qui imposent aux fonctionnaires de la Commission de faire preuve d'un comportement loyal et correct *et de « répondre aussi complètement et précisément que possible aux questions posées »*.

46. En ce qui concerne également son allégation, le plaignant soutient en outre que la Commission n'a pas été impartiale au cours du processus d'enquête. Il relève que la



Commission dispose de pouvoirs étendus et étendus en vertu du règlement no 1/2003 et fait valoir, en outre, que, dans les affaires de concurrence, la Commission agit comme « l'enquêteur, le jury et le juge » et qu'elle ne fait l'objet d'un contrôle juridictionnel qu'après avoir adopté une décision. En particulier, et contrairement au système en place dans certains États membres, comme la France, où les fonctions d'enquête et de jugement sont réparties entre deux agences, la Commission a le pouvoir à la fois de mener une enquête sur les faits et d'adopter une décision établissant l'existence d'une infraction aux règles de concurrence. De l'avis du plaignant, le caractère étendu des pouvoirs de la Commission exige que la Commission fasse preuve d'une vigilance particulière contre toute tendance à la partialité, à l'absence d'objectivité ou à des poursuites excessives dans l'exercice de ses fonctions d'enquête et d'arbitrage. À cet égard, selon le plaignant, l'équipe chargée de l'affaire a manifestement violé les articles 7, 8 et 9 du code européen de bonne conduite administrative en tentant 1) de dissimuler l'entretien du 23 août 2006; 2) tenter de nier qu'une note écrite ait été produite; 3) ne pas faire partie du dossier du contenu de l'entrevue; et 4) ne pas faire un compte rendu détaillé des questions posées à M. A et des réponses qu'il a fournies [18] .

47. Dans son nouvel avis au Médiateur du 20 mars 2009, la Commission indique que les membres de l'équipe chargée de l'enquête dans l'affaire COMP/37.990 ont eu une réunion le 23 août 2006 avec deux cadres supérieurs de Dell, M. A et M. B, ainsi qu'avec deux avocats externes de Dell. Selon la Commission, l'objectif de la réunion était de discuter d'un certain nombre de documents que Dell avait récemment soumis à la Commission [19] et de préparer la poursuite de l'examen de l'affaire par la Commission.

48. La Commission indique que, au cours de la réunion, les représentants de Dell ont discuté d'un certain nombre de questions avec la Commission. Selon la Commission, Dell a ensuite répondu formellement à ces questions dans une lettre datée du 22 septembre 2006.

49. La Commission indique également que, entre la réunion du 23 août 2006 et l'envoi de la première communication des griefs à Intel le 26 juillet 2007, Dell a présenté huit observations supplémentaires à la Commission concernant les questions clés de l'enquête. Selon la Commission, Intel a reçu un accès complet à toutes ces réponses lorsqu'elle a eu accès au dossier le 29 juillet 2007 et a donc eu connaissance de l'existence de la réunion depuis cette date. L'existence de la réunion a été confirmée par l'équipe chargée de l'affaire par courriel du 21 février 2008.

50. En ce qui concerne le contenu réel de la réunion, la Commission indique qu'il n'existe pas de notes ou de documents autres que la note du 29 août 2006 dans le dossier de la Commission. Selon la Commission, la note du 29 août 2006 résume les impressions de l'un des gestionnaires présents à la réunion. Il intègre des informations provenant d'autres sources, des points de vue personnels et les points de vue du gestionnaire de l'affaire sur la stratégie d'enquête ultérieure. De l'avis de la Commission, la note n'a donc pas été rédigée dans le but d'être contresignée ou approuvée par d'autres participants à la réunion (et elle n'a en effet jamais été contresignée ou approuvée par d'autres participants à la réunion). Elle n'était pas censée faire partie, à aucun moment, des faits (à charge ou à décharge) résultant de l'enquête. Au contraire, la note du 29 août 2006 était un *aide-mémoire* pour le gestionnaire de l'affaire



pour la préparation de nouvelles mesures d'enquête.

51. En outre, la Commission a noté que la réunion avec Dell avait pour objet d'examiner d'autres mesures d'enquête liées à Dell. L'objectif n'était pas de recueillir des informations sous la forme de procès-verbaux contresignés ou de déclarations au titre de l'article 19.

52. La Commission indique que, bien qu'elle soutient qu'il n'y avait aucune obligation d'envoyer la note du 29 août 2006 à Intel, une version non confidentielle de ladite note, qui excluait les informations confidentielles relatives à Dell et aux considérations stratégiques de la Commission, a été transmise à Intel le 19 décembre 2008.

53. La Commission indique que, si, du fait de son accès au dossier, [20] Intel était au courant de la réunion, la Commission n'a pas initialement informé Intel de l'existence de la note du 29 août 2006, l'équipe chargée de l'affaire ayant considéré qu'elle ne faisait pas partie du dossier officiel de l'affaire COMP/37.990. Par décision du 7 mai 2008, le conseiller-auditeur a annulé cette position initiale et a demandé que la note au dossier du 29 août 2006 soit inscrite au dossier officiel de l'affaire COMP/37.990. Toutefois, dans le même temps, le conseiller-auditeur a refusé à Intel l'accès à la note du 29 août 2006 au motif qu'elle était un « *document interne* » et qu'elle n'était donc pas accessible à Intel.

54. En ce qui concerne le fait qu'Intel ait soumis au Médiateur un document qui « *apparaît* » [21] comme une liste de sujets à discuter lors de la réunion, la Commission a estimé qu'il n'est pas possible, à partir du document lui-même, de déterminer d'où provient ce document. La Commission indique qu'elle n'a pas été en mesure de localiser ce document et ne peut donc pas indiquer avec certitude d'où il provient. Le document en question est très probablement une note personnelle d'un gestionnaire de dossiers qui a été envoyée à Dell par courriel avant la réunion ou remise à Dell pendant la réunion. Ces notes servent normalement de préparation à la fois à l'équipe chargée de l'affaire et aux autres parties participant à une réunion afin de se familiariser avec d'éventuels sujets qui pourraient être discutés lors d'une réunion. Cependant, au cours d'une réunion, les discussions s'écartent souvent des sujets décrits dans ces notes, en fonction du temps limité disponible pour ces réunions et des sujets qui en découlent.

55. La Commission a noté qu'Intel soutient que le traitement par la Commission de la réunion du 23 août 2006 constitue un acte de mauvaise administration. La Commission croit comprendre que l'argument d'Intel repose sur trois motifs différents. Premièrement, Intel allègue que les sujets abordés lors de cette réunion étaient à décharge et que la Commission aurait donc dû les enregistrer. Afin d'étayer son affirmation, Intel soumet un document indiquant qu'elle « *semble être un ordre du jour préparé par l'équipe chargée de l'affaire pour la réunion* » et estime que les sujets énumérés dans ce document ont effectivement été discutés lors de la réunion. En outre, Intel fait référence au témoignage de M. A (l'un des participants à la réunion du 23 août 2006) devant la FTC du 26 mars 2003 et affirme que 1) le contenu de ce témoignage serait à décharge pour Intel et 2) que M. A aurait dû faire des déclarations similaires à celles de sa déposition de la FTC. Deuxièmement, Intel allègue que la Commission a caché le fait qu'une réunion avec des représentants de Dell a eu lieu et qu'une note sur cette réunion avait été préparée. Enfin, Intel en déduit que, en traitant la réunion avec Dell, la



Commission a utilisé ses pouvoirs à des fins qui n'ont aucun fondement en droit et ne sont pas motivées par l'intérêt public, et que la Commission n'a pas été impartiale et indépendante en prenant en considération tous les facteurs pertinents et en accordant à chacun d'eux son poids approprié.

56. En ce qui concerne ce qui précède, la Commission indique que l'article 12 de la communication sur l'accès au dossier [22] dispose que:

« Les services de la Commission n'ont pas l'obligation de rédiger des procès-verbaux de réunions avec une personne ou une entreprise. Si la Commission choisit de prendre note de ces réunions, ces documents constituent la propre interprétation de la Commission de ce qui a été dit lors des réunions, raison pour laquelle ils sont classés comme documents internes ».

57. La Commission indique que la jurisprudence qui sous-tend le point ci-dessus de la communication est exposée aux points 349 à 359 de l'arrêt TACA [23]. Elle relève que, au point 351 de l'arrêt TACA, le Tribunal déclare qu' *« il n'existe en revanche aucune obligation générale de la Commission d'établir des procès-verbaux de discussions lors de réunions ou de conversations téléphoniques avec les plaignants qui ont lieu dans le cadre de l'application des règles de concurrence du traité »*. La Commission ajoute que le Tribunal a confirmé cette conclusion dans l'affaire *Group Danone* [24].

58. La Commission ajoute ensuite que, au point 358 de l'arrêt TACA, auquel le Médiateur a fait référence dans sa lettre d'ouverture de l'enquête, et au point 67 de l'arrêt *Group Danone*, la Cour a jugé que *« selon la jurisprudence, les violations des droits de la défense doivent être examinées au regard des circonstances spécifiques de chaque cas d'espèce »*. Toutefois, dans les deux arrêts, le Tribunal poursuit en disant que:

« si la Commission a l'intention d'utiliser dans sa décision des éléments à charge fournis oralement par une autre partie, elle doit les mettre à la disposition de l'entreprise concernée afin de permettre à cette dernière de formuler des observations utiles sur les conclusions auxquelles la Commission est parvenue sur la base de ces éléments de preuve. Le cas échéant, il doit créer un document écrit à placer dans le dossier ».

59. En ce qui concerne les allégations d'Intel selon lesquelles, lors de la réunion en question, des informations à décharge ont été transmises à la Commission et qu'il existe une obligation d'enregistrer de telles informations, la Commission indique que le contenu de la réunion portait en partie sur des documents qui figuraient déjà dans le dossier de la Commission et ont partiellement servi à formuler des demandes d'informations ultérieures auxquelles Dell a ensuite répondu par lettre du 22 septembre 2006. En ce qui concerne les allégations d'Intel selon lesquelles la réunion devait avoir porté sur des informations à décharge qui ne figurent pas dans le dossier de la Commission, la Commission note que, pour étayer son affirmation, Intel renvoie au témoignage de M. A FTC présenté plus de trois ans avant la réunion du 23 août 2006 et à un document qui montrerait les sujets indicatifs à discuter lors de la réunion. La Commission indique qu'aucun de ces documents ne contient de preuves de ce qui a effectivement été discuté lors de la réunion. Sans préjudice de la question de savoir si des



déclarations faites à la FTC par M. A trois ans auparavant sont à décharge, le fait que de telles déclarations aient été faites par M. A à la FTC ne démontre pas que M. A a fourni des informations susceptibles d'être à décharge à la Commission. En fait, selon la Commission, la déclaration de M. A, faite devant la FTC, se rapporte en grande partie à une période antérieure aux pratiques auxquelles la Commission s'est opposée dans sa communication des griefs du 26 juillet 2007. [25] Cela est confirmé par les questions soulevées au cours de la réunion, auxquelles Dell a répondu par écrit et qui concernaient en grande partie les performances d'un produit AMD (Hammer) au cours de l'année 2002. De même, la liste indicative des sujets [26] n'implique pas que ces sujets ont effectivement été abordés (partiellement ou entièrement) lors de la réunion et, s'ils ont été abordés, avec quel niveau de détail. Par conséquent, l'« *appréciation préliminaire* » de la Commission est que la réunion ne couvrait aucune information à décharge [27]. De l'avis de la Commission, Intel n'a pas fourni d'éléments de preuve qui invalideraient cette appréciation préliminaire. La Commission a noté que la détermination définitive des informations qui seraient à décharge ou à charge ne peut être faite qu'une fois que la Commission aura terminé la phase d'enquête de la procédure.

60. Enfin, la Commission a souligné que la jurisprudence pertinente, qui établit à titre exceptionnel l'obligation de créer un document écrit pour le dossier en ce qui concerne les preuves à charge, n'est pas applicable en l'espèce parce que la réunion ne portait pas sur des informations que la Commission « *entendait utiliser dans [toute décision] possible* ». Elle a noté qu'aucune des deux communications des griefs envoyées en l'espèce ne se fonde sur le contenu de la réunion du 23 août 2006. En ce qui concerne la question de savoir si la réunion a porté sur des informations à décharge, il ne peut y avoir de réponse définitive qu'à l'avenir, une fois que la Commission disposera de toutes les informations nécessaires pour prendre une décision en l'espèce [28].

61. La Commission a noté que le fait qu'un gestionnaire d'affaires ait décidé de rédiger une note au dossier résumant, *entre autres*, ses impressions de la réunion ne fait pas de ce document purement interne un document accessible que la Commission était tenu de fournir à Intel. Cela a également été confirmé par le conseiller-auditeur et le document a donc été fourni à Intel le 19 décembre 2008 « *à titre de courtoisie seulement* ».

62. La Commission a ensuite examiné les questions soulevées par le Médiateur lors de l'ouverture de la présente enquête (voir point 7 ci-dessus). En ce qui concerne la première question soulevée par le Médiateur, la Commission conclut qu'elle a agi dans le plein respect de la communication sur l'accès au dossier et des arrêts de la Cour dans les affaires *TACA* [29] et *Groupe Danone* [30], lorsqu'elle n'a pas pris de procès-verbal de la réunion avec les représentants de Dell le 23 août 2006, étant donné que ces dispositions et arrêts ne l'obligeaient pas, dans le cadre de la présente affaire, à le faire.

63. En ce qui concerne la deuxième question soulevée par le Médiateur, la Commission conclut qu'il n'est pas possible d'établir l'identité de l'auteur du document « *Liste indicative des sujets à discuter* », mais que, très probablement, ce document a été soumis par un gestionnaire de dossiers de la Commission à Dell avant ou pendant la réunion. En règle générale, ces notes servent de moyen d'organiser la préparation des réunions et ne sont pas nécessairement



strictement suivies au cours de la réunion. En outre, la Commission confirme que les questions auxquelles Dell a répondu par écrit (dans son suivi écrit de la réunion) ont été «selon toute probabilité» discutées lors de la réunion du 23 août 2006.

64. En ce qui concerne la troisième question soulevée par le Médiateur, la Commission conclut qu'aucun procès-verbal de la réunion du 23 août 2006 n'a été adopté. La note du 29 août 2006 ne constitue pas un « *procès-verbal* », puisqu'elle n'a pas été rédigée en vue de fournir un résumé complet du contenu de la réunion, mais dans le but de préparer de nouvelles mesures d'enquête relatives à Dell. En outre, il n'est pas possible de déterminer quel contenu de la note du 29 août 2006 découle de la réunion et qui provient d'autres sources. La note du 29 août 2006 n'était pas non plus destinée à être contresignée par Dell. Les mesures d'enquête qui ont suivi cette note ont déclenché des soumissions volumineuses de Dell qui ont été entièrement mises à la disposition d'Intel.

65. En ce qui concerne la quatrième question soulevée par le Médiateur, la Commission conclut que les représentants de Dell n'ont pas été invités à signer un procès-verbal, étant donné que l'objectif de la réunion du 23 août 2006 n'était pas de produire une déclaration au titre de l'article 19. En outre, la note au dossier dont il est question dans les mêmes sections ci-dessus n'a pas pour objet de constituer un procès-verbal de la réunion et n'est pas conçue pour refléter fidèlement ou pleinement le contenu de la réunion. Par conséquent, il n'est pas possible, à ce stade, de demander à Dell de signer le procès-verbal de la réunion, étant donné qu'il n'existe pas de tel procès-verbal.

66. La Commission a fait valoir qu'elle ne cachait pas le fait qu'une réunion ait eu lieu. Intel a été informée d'une note au dossier relative à l'audience au cours de la deuxième étape de la procédure habituelle d'accès au dossier, où les décisions relatives à l'accès sont d'abord prises par la DG COMP et font ensuite l'objet d'un réexamen par le conseiller-auditeur.

67. Sur la base des faits décrits ci-dessus, la Commission soutient que le traitement de la réunion susmentionnée était pleinement conforme aux dispositions juridiques applicables et ne remet nullement en cause l'objectivité et l'équité de l'enquête de la Commission. Elle fait valoir que le compte rendu d'Intel sur les événements est inexact et incomplet. La Commission estime qu'il existe des éléments à l'appui de cette conclusion, à savoir la note du 29 août 2006 elle-même.

68. Dans ses observations du 14 avril 2009 et du 16 avril 2009, présentées en réponse à l'avis de la Commission du 20 mars 2009, le plaignant a indiqué que l'ordre du jour, qui avait été préparé par la Commission avant la réunion du 23 août 2006, présentait des sujets clés. Il a noté que bon nombre de ces sujets deviendraient le fondement des allégations de la Commission dans la communication des griefs du 26 juillet 2007. Le plaignant a déclaré que, avant la réunion du 23 août 2006, la Commission a examiné le témoignage de M. A en 2003 devant la FTC. En effet, comme l'indique l'ordre du jour, la Commission savait avant cette réunion qu'une grande partie du témoignage antérieur de M. A était intimement liée aux sujets de l'ordre du jour. En outre, la Commission savait parfaitement que M. A était **[un cadre supérieur de Dell]** et qu'il était **[l'exécutif de Dell]** responsable des relations de Dell avec



Intel. Par conséquent, il n'est tout simplement pas crédible que la Commission n'ait pas anticipé que M. A fournirait des éléments de preuve importants au cours de la réunion et, compte tenu du témoignage de M. A devant la FTC en 2003, que ces preuves seraient probablement à décharge d'Intel.

69. Le plaignant affirme que, dans ses observations, la Commission tente d'écarter la conclusion évidente selon laquelle l'entretien avec M. A s'est concentré sur les principales allégations de la Commission concernant Dell. La Commission tente de rejeter la fiabilité de l'ordre du jour de la réunion, en déclarant que «*de telles notes constituent un moyen d'organiser la préparation des réunions et ne sont pas nécessairement strictement suivies au cours de la réunion* ». Toutefois, dans son avis au Médiateur, la Commission admet également que «*les questions auxquelles Dell a répondu à l'annexe VII de la plainte d'Intel ont été, selon toute vraisemblance, discutées lors de la réunion du 23 août 2006.* » En outre, la note du 29 août 2006 elle-même confirme sans équivoque que la réunion a suivi de près l'ordre du jour proposé. Ainsi, par exemple, la note du 29 août 2006 indique clairement que «*les questions-réponses se sont concentrées sur le dépôt [de M. A] à la FTC* » et, en particulier, sur la «*stratégie des produits de Dell* », «*la décision de Dell de s'approvisionner auprès d'Intel et sa relation avec le programme de rabais d'Intel* » et «*[la réponse d'Intel, si Dell changeait d'approche]* ». Tous ces sujets sont identifiés dans l'Agenda.

70. Le plaignant affirme que la note du 29 août 2006 et le témoignage constant de M. A devant la FTC en 2003, ainsi que dans la poursuite civile d'AMD contre Intel dans [expurgée] 2009, démontrent sans équivoque que M. A a dû fournir, au cours de la réunion, des éléments de preuve que la Commission reconnaissait à l'époque comme étant à décharge d'Intel. En effet, l'une des parties non expurgées de la note [expurgée] soutient clairement l'un des arguments de défense centraux d'Intel et est donc clairement à décharge.

71. Le plaignant affirme qu'Intel a établi que M. A a fourni des éléments de preuve hautement à décharge dans son témoignage de 2003 devant la FTC sur précisément les mêmes sujets abordés lors de la réunion du 23 août 2006. L'argument de la Commission vise à rejeter la valeur probante du témoignage de la FTC de M. A, qui était à la fois hautement à décharge d'Intel et qui, de son propre aveu, constituait le «*centre* » de la réunion du 23 août 2006 en faisant valoir que «*les déclarations de M. A faites devant la FTC concernent en grande partie une période antérieure aux pratiques auxquelles la Commission s'est opposée dans le [déclaration des griefs]* ». En ce qui concerne la suggestion de la Commission selon laquelle les réponses de M. A à la réunion du 23 août 2006 auraient pu différer de son témoignage de la FTC, le plaignant déclare que: (i) Le témoignage de M. A a été donné sous serment; et ii) [expurgé] 2009, M. A a de nouveau fourni un témoignage sous serment confirmant que les points clés soulevés dans son témoignage de 2003 sur la FTC, selon lesquels Dell n'avait pas de relation exclusive avec Intel et qu'Intel ne «*menaçait* » pas ou ne «*priment pas* » Dell pour avoir envisagé une stratégie à double source, étaient également applicables tout au long de la période d'infraction alléguée.

72. Le plaignant affirme que, dans ce contexte, il n'est tout simplement pas crédible que M. A ait témoigné sous serment en 2003 et 2009, mais qu'il ait fourni des preuves contraires sur les



mêmes questions à la Commission en 2006. En particulier, le témoignage de la FTC de 2003 ne laisse aucun doute sur le fait que les informations fournies par M. A à la Commission lors de la réunion du 23 août 2006 ont porté atteinte aux principales allégations de la Commission concernant Dell et étaient donc hautement à décharge d'Intel.

73. Le plaignant affirme que, étant donné que l'agenda et le témoignage de M. A sur la FTC étaient au centre de la réunion, la Commission aurait su au moment de la réunion que les éléments de preuve fournis par M. A à la FTC étaient à décharge d'Intel. Par conséquent, la Commission a été tenue soit de faire une transcription pendant la réunion, soit de préparer par la suite un compte rendu adéquat des éléments de preuve à décharge présentés. Toutefois, selon le plaignant, la Commission a reconnu sans ambiguïté qu'elle n'avait pas fait de dossier adéquat. En outre, le fait qu'il soit même nécessaire d'entamer une discussion sur ce qui a été dit lors de la réunion du 23 août 2006 est le résultat direct de la mauvaise administration de la Commission. Si la Commission avait pris une note complète, ou enregistré une transcription de la réunion du 23 août 2006, comme l'exige la bonne pratique administrative, il n'y aurait aucune incertitude quant à ce que M. A a dit et, par conséquent, aucun débat sur la question de savoir si les déclarations de M. A sont pertinentes pour les allégations de la Commission et/ou à décharge d'Intel.

74. En ce qui concerne les arguments juridiques de la Commission, le plaignant affirme que la Commission cherche à se soustraire à la gravité de l'absence de compte rendu complet de la réunion du 23 août 2006 en faisant valoir que « *la question de savoir si la réunion aurait couvert des informations à décharge ne peut que répondre de manière définitive lorsque la Commission disposera de toutes les informations pour se prononcer en l'espèce* ». En d'autres termes, la Commission semble soutenir qu'elle conserve à elle seule le pouvoir d'appréciation exclusif pour décider: i) la question de savoir si les éléments de preuve sont effectivement à décharge et devraient donc faire l'objet d'un procès-verbal détaillé; et ii) lorsque, si jamais, elle divulguera de telles preuves à décharge à un défendeur dans le cadre d'une enquête en cours. Il ne peut s'agir là d'une formulation correcte d'une procédure administrative acceptable. Premièrement, s'il n'est possible de déterminer si les éléments de preuve sont à décharge qu'après la clôture de l'enquête, il ne serait jamais possible pour la Commission de savoir quand il était nécessaire d'établir un compte rendu complet d'une réunion. Deuxièmement, si l'approche de la Commission était acceptée, la Commission pourrait, comme elle a cherché à le faire en l'espèce, dissimuler l'existence de preuves à décharge de la partie défenderesse. De l'avis du requérant, il est évident qu'une telle interprétation entraînerait une violation grave des droits de la défense du défendeur. Le plaignant affirme qu'il est de jurisprudence constante que « *dans le cadre d'une procédure contradictoire instituée par les règlements d'application des articles 81 CE et 82 CE, il n'appartient pas à la Commission seule de décider quels documents sont utiles à la défense des entreprises dans le cadre d'une procédure d'infraction aux règles de concurrence* ». [31] En particulier, eu égard au principe général d'«égalité des armes», il n'est pas acceptable que la Commission puisse décider elle-même d'utiliser ou non des documents à l'encontre de la requérante, lorsque la requérante n'y avait pas accès et n'est donc pas en mesure de décider si elle les utiliserait ou non pour sa défense.

75. Le plaignant affirme que la Commission cherche à donner l'impression qu'elle a attiré



l'attention d'Intel sur l'existence de la réunion avec M. A dans les documents qui lui ont été fournis dans le cadre de l'accès au dossier. En fait, selon le plaignant, la référence à la réunion avec M. A apparaissait dans un seul document Dell, parmi les centaines de milliers de pages de documents de dossier fournis à Intel. Intel n'a pas pris conscience que ce document contenait une référence à une réunion avec M. A avant la mi-janvier 2008, après qu'Intel ait déposé sa réponse à la communication des griefs. Le plaignant a déclaré que, s'il était nécessaire d'évaluer la crédibilité du point de vue de la Commission, il suffit de rappeler que, lorsqu'elle a été interrogée au sujet de la réunion, la Commission a d'abord nié qu'il y avait eu un entretien avec M. A et que toute note de cet entretien avait été préparée. De l'avis du plaignant, il ressort clairement de ces événements que la Commission a cherché à dissimuler et à supprimer des preuves à décharge. De même, selon le plaignant, cette faute (et l'absence de prise de note complète de la réunion qui aurait éliminé tout débat sur ce que M. A a dit) constitue un acte grave de mauvaise administration.

76. En résumé, il est clair, à la lumière de la jurisprudence des juridictions communautaires, que l'argument de la Commission selon lequel il appartient à la seule Commission de décider «de manière définitive» si les éléments sont à décharge et s'il doit être fourni à la défenderesse est intenable et a été rejeté par les juridictions communautaires.

77. Enfin, le plaignant affirme que la Commission fait valoir que la jurisprudence exigeant de la Commission qu'elle crée un dossier adéquat n'était pas applicable à la note du 29 août 2006, «*parce que la réunion ne portait pas sur des informations que la Commission a l'intention d'utiliser dans [éventuellement] décision*». Cet argument ne sert qu'à révéler l'incompréhension fondamentale par la Commission des questions pertinentes. L'aveu de la Commission qu'elle n'a pas l'intention d'utiliser les informations de la réunion avec M. A dans une décision finale souligne l'essence même de la première allégation du plaignant. Autrement dit, c'est précisément parce que la Commission n'a pas l'intention d'utiliser les preuves à décharge que les droits de la défense d'Intel ont été violés. Le défendeur doit avoir accès aux éléments de preuve à décharge afin qu'il puisse utiliser ces preuves pour sa propre défense. La position de la Commission porterait totalement atteinte aux droits de la défense d'Intel et empêcherait effectivement Intel, ainsi que toute autre partie défenderesse dans une affaire de concurrence, d'utiliser les éléments de preuve à décharge existants en sa possession. Ce résultat n'est ni acceptable ni conforme au droit communautaire. En résumé, la jurisprudence établit sans équivoque que, en ce qui concerne les preuves à décharge, il suffit que l'entreprise démontre qu'elle aurait pu utiliser les documents à décharge dans son mémoire en défense, en ce sens que, si elle avait pu s'en prévaloir au cours de la procédure administrative, elle aurait pu présenter des éléments de preuve qui n'étaient pas d'accord avec les constatations faites par la Commission à ce stade et auraient donc pu avoir une certaine influence sur l'appréciation de la Commission dans toute décision qu'elle aurait adoptée. L'approche de la Cour en matière de documents à décharge se reflète également dans la jurisprudence concernant l'obligation de la Commission de créer un compte rendu adéquat des réunions, au cours desquelles des informations à décharge ont été fournies.

78. Selon le plaignant, l'arrêt *TACA* (sur lequel la Commission cherche à se fonder dans son avis au Médiateur) confirme et étaye l'argument d'Intel selon lequel la Commission était tenue



de fournir un compte rendu adéquat de la réunion avec M. A. Dans *TACA*, le moyen des défendeurs tiré de l'absence de divulgation par la Commission du procès-verbal d'une réunion avec le plaignant a été rejeté sur la base des faits spécifiques de l'affaire. En résumé, dans l'affaire *TACA*, les défendeurs n'ont pas été en mesure de préciser les preuves à décharge demandées ou d'apporter la moindre indication de l'existence de tels éléments et, partant, de leur pertinence aux fins de cette affaire. En outre, le deuxième moyen invoqué par les parties défenderesses dans l'affaire *TACA*, à savoir que la Commission n'a pas établi le procès-verbal d'une réunion avec un tiers, a également été rejeté parce que les défendeurs ne pouvaient pas identifier les éléments à décharge en cause et n'ont apporté aucune preuve de leur existence et, partant, de leur utilité aux fins de cette affaire. Le plaignant a fait valoir qu'il ne fait aucun doute que, contrairement à la situation de *TACA*, Intel a suffisamment précisé les éléments de preuve à décharge demandés et qu'elle a également suffisamment démontré à la fois qu'elles existaient et qu'elles étaient pertinentes et utiles pour l'enquête de la Commission. Le plaignant a donc fait valoir que l'arrêt *TACA* ne modifie en rien la conclusion selon laquelle la Commission était clairement tenue i) de créer un dossier adéquat de l'entretien avec M. A étant donné le caractère apparemment à décharge des informations fournies par M. A au cours de la réunion et ii) de mettre ce dossier à la disposition d'Intel.

79. Dans son deuxième avis complémentaire, soumis au Médiateur le 10 juin 2009, la Commission fait valoir que, ainsi qu'elle l'a souligné dans l'avis de la Commission du 20 mars 2009, la question de savoir si des déclarations que M. A aurait pu faire le 23 août 2006 pouvait être tranchée avec certitude à la lumière des conclusions finales de la Commission sur les pratiques d'Intel, telles qu'exprimées dans une décision finale. Avant qu'une telle décision ne soit prise, la Commission, sur la base de son appréciation préliminaire de l'affaire qu'elle développe de manière continue, évalue quelles informations sont pertinentes pour l'affaire. Sur cette base, la Commission a, à tout moment, un point de vue préliminaire sur le caractère à décharge ou à charge des informations. Cependant, ce n'est qu'au moment de la décision finale que ce point de vue devient définitif. Par conséquent, ce n'est pas avant le projet de décision finale que la Commission a définitivement apprécié si des déclarations que M. A aurait pu faire le 23 août 2006 pouvaient être à décharge. La décision finale [32] traite en fait largement des dépositions de M. A faites aux États-Unis, dans la mesure où elles concernent les conditions attachées aux rabais qu'Intel a accordés à Dell. Dans ce contexte, la Commission conclut en substance que M. A, tout au long de ses témoignages, n'a pas modifié sa position concernant la question pertinente de savoir si les rabais d'Intel à Dell étaient conditionnels. En outre, la Commission conclut qu'aucune des déclarations de M. A faites lors de ses témoignages ne contredit les conclusions de la Commission concernant le comportement abusif d'Intel. Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas plausible de supposer que M. A aurait ajouté quelque chose de pertinent à l'affaire lors de la réunion du 23 août 2006, qui n'était pas déjà au dossier de la Commission. Rien n'indique qu'entre mars 2003 et février 2009, M. A aurait eu une raison de changer de position et de fournir à la Commission une version des faits différente de celle présentée devant la FTC et le Tribunal du Delaware. Rien ne permet de supposer que la Commission n'a pas tenu compte de faits supplémentaires pertinents pour le mémoire en défense d'Intel et qui lui ont été communiqués au cours de cette réunion.

80. La Commission a maintenu sa position juridique, exposée aux points 22 à 30 de ses



observations au Médiateur datées du 20 mars 2009, et reflétée aux considérants 39 à 49 de la décision du 13 mai 2009, selon laquelle elle n'avait aucune obligation d'enregistrer ou de prendre note de l'entretien avec M. A. Toutefois, cette question est dénuée de pertinence en l'espèce, Intel n'étant pas en mesure d'étayer la manière dont les faits prétendument présentés par M. A le 23 août 2006 auraient réfuté les conclusions de la Commission formulées dans la décision.

81. Dans ses observations du 15 juin 2009 concernant le nouvel avis de la Commission du 10 juin 2009, le plaignant a déclaré que la Commission avait, dans une large mesure, réitéré les arguments exposés dans la précédente communication de la Commission datée du 20 mars 2009. En particulier, la Commission a réaffirmé qu'elle disposait d'un pouvoir discrétionnaire exclusif pour décider: i) la question de savoir si les éléments de preuve sont à décharge et devraient donc faire l'objet d'un procès-verbal détaillé; et ii) quand, si jamais, elle divulguera de telles preuves à décharge à un défendeur. Selon la Commission, le caractère à décharge des déclarations faites par M. A lors de l'entretien du 23 août 2006 ne pouvait être déterminé que « *avec certitude à la lumière des conclusions finales de la Commission sur les pratiques d'Intel, telles qu'exprimées dans une décision finale* », de sorte que « *ce n'est pas avant le projet de décision finale que la Commission a définitivement apprécié si des déclarations que M. A aurait pu faire le 23 août 2006 pouvaient être de nature à décharge* ». Le plaignant affirme que, comme il l'a expliqué en détail dans ses observations du 14 avril 2009, la position de la Commission a été rejetée par les juridictions communautaires. [33] Le plaignant a de nouveau déclaré que le juge communautaire avait constaté sans équivoque qu'un défendeur devait pouvoir utiliser et s'appuyer sur des éléments à décharge « *au cours de la procédure administrative* » pour répondre aux constatations de la Commission « *à ce stade* » et afin de pouvoir « *avoir une certaine influence sur l'appréciation de la Commission dans la décision finale* » contredit directement l'argument de la Commission selon lequel elle peut retenir des éléments potentiellement exculpateurs jusqu'à la décision finale. Le plaignant a réitéré son argument selon lequel il n'appartient pas à la Commission seule de décider quels éléments de preuve sont utiles pour Intel dans son mémoire en défense. Il a réitéré son argument selon lequel, si la Commission avait fait une (bonne) note de la réunion du 23 août 2006, Intel aurait pu s'appuyer sur cette note dans son mémoire en défense.

L'évaluation du Médiateur

82. À titre liminaire, le Médiateur relève que le rôle de la Commission en tant que gardienne du traité, et plus particulièrement son rôle de garantie du respect des articles 81 CE et 82 CE, l'oblige à s'efforcer, une fois qu'elle a décidé d'ouvrir une enquête sur une infraction présumée à l'article 81 CE ou à l'article 82 CE, de s'informer de manière suffisante de tous les faits pertinents [34]. Si la Commission dispose d'une marge d'appréciation raisonnable [35] en ce qui concerne son appréciation de ce qui constitue un fait pertinent, la Commission, lorsqu'elle cherche à établir des faits pertinents, ne devrait pas faire de distinction entre les éléments de preuve susceptibles d'indiquer qu'une entreprise a enfreint l'article 81 CE ou l'article 82 CE (preuves à charge) et les éléments de preuve susceptibles d'indiquer qu'une entreprise n'a pas violé l'article 81 CE ou l'article 82 CE (preuves à décharge). En résumé, la Commission a le devoir de rester indépendante, objective et impartiale [36] lorsqu'elle recueille des informations



pertinentes dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête en vertu des articles 81 CE et 82 CE.

83. Les pouvoirs d'enquête de la Commission en ce qui concerne les articles 81 CE et 82 CE sont énoncés dans le règlement no 1/2003. [37] L'entrée en vigueur, le 1er mai 2004, [38] du règlement no 1/2003 a conduit à un renforcement des pouvoirs d'enquête de la Commission par rapport à ceux prévus par le prédécesseur du règlement no 1/2003, c'est-à-dire le règlement 17/62. [39] En ce qui concerne la prise de déclarations, le considérant 25 du règlement no 1/2003 se lit comme suit:

«La détection des infractions aux règles de concurrence est de plus en plus difficile et, afin de protéger efficacement la concurrence, les pouvoirs d'enquête de la Commission doivent être complétés. La Commission devrait notamment être habilitée à interroger toute personne susceptible d'être en possession d'informations utiles et à enregistrer les déclarations faites.»

84. L'article 19 du règlement (CE) no 1/2003 (pouvoir de prendre des déclarations) constitue la base juridique habilitant la Commission à procéder à des entretiens aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête. L'article 19, paragraphe 1, est libellé comme suit:

« Afin de s'acquitter des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement, la Commission peut interroger toute personne physique ou morale qui consent à être interrogée aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête. »

85. Dans ses avis au Médiateur [40], la Commission fait valoir qu'elle n'est pas tenue de rédiger un «procès - verbal» de réunions avec une personne ou une entreprise (soulignement ajouté par le Médiateur). Elle fait valoir que, conformément à sa propre communication sur l'accès au dossier, si elle, la Commission, choisit de prendre des notes de réunions, ces documents constituent sa propre interprétation de ce qui a été dit lors des réunions, raison pour laquelle ils sont qualifiés de documents internes. [41] La Commission affirme que son point de vue est conforme aux arrêts du Tribunal de première instance dans l'affaire TACA [42] et du groupe Danone. [43] En particulier, la Commission soutient que la réunion du 23 août 2006 n'était pas un « entretien » au sens de l'article 19 du règlement no 1/2003.

86. Le Médiateur relève que, lors de l'examen de la qualification d'un acte juridique, l'analyse ne peut se limiter à l'examen de l'intitulé officiel d'un acte, mais doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel. Ces éléments incluent, en particulier, le but et le contenu de la mesure [44]. Dans la mesure où le choix de la forme ne saurait modifier la nature d'une mesure, il y a lieu de vérifier si le contenu d'une mesure est entièrement conforme à la forme qui lui est attribuée par l'institution concernée [45].

87. Le Médiateur considère qu'un entretien [46] ne relèvera du champ d'application de l'article 19 du règlement (CE) no 1/2003 que s'il a pour objet de recueillir des informations relatives à l'objet d'une enquête. Ainsi, par exemple, une réunion qui a pour objet et pour contenu de déterminer si des informations déjà collectées doivent être qualifiées de secrets d'affaires



confidentiels, ou une réunion ayant pour objet et contenu l'organisation d'une étape procédurale dans le cadre de l'enquête, ne sont pas des « entretiens » au sens de l'article 19 du règlement (CE) no 1/2003 (ci-après dénommé « entretiens au titre de l'article 19 »). En outre, une réunion dont l'objectif et le contenu sont de *fournir* à un tiers des informations concernant le point de vue de la Commission ne sera pas un « entretien au titre de l'article 19 ». En outre, une réunion qui a pour but et contenu la collecte d'informations qui ne se rapportent pas à « l'objet d'une enquête » (par exemple, la collecte d'informations à utiliser dans l'évaluation de la politique de concurrence en général [47]) ne sera pas un « entretien au titre de l'article 19 ». [48]

88. Le Médiateur note également que la Commission dispose d'une marge d'appréciation raisonnable en ce qui concerne l'opportunité de procéder à un « entretien au titre de l'article 19 ». [49] Toutefois, lorsque la Commission exerce ce pouvoir d'appréciation et choisit d'interroger un tiers aux fins de recueillir des informations relatives à l'objet d'une enquête, la classification de l'entretien qui en résulte ne devrait pas être arbitraire, mais doit plutôt être fondée sur le but et le contenu de l'entretien.

89. Le Médiateur a examiné attentivement les éléments de preuve relatifs à la réunion du 23 août 2006 et a noté ce qui suit:

a. L'ordre du jour de la réunion du 23 août 2006 indique que les questions à examiner lors de ladite réunion étaient liées à l'objet de l'enquête dans l'affaire COMP/37.990. À ce titre, il est clair que la Commission, en établissant cet agenda, avait pour objectif de recueillir des informations lors de la réunion du 23 août 2006.

B. La note du 29 août 2006 résume les impressions de l'un des gestionnaires présents à la réunion du 23 août 2006. Toutefois, si la note est un résumé, elle contient de nombreuses informations factuelles fournies par M. A (un cadre supérieur chez Dell) concernant au moins un certain nombre de questions examinées lors de la réunion du 23 août 2006. Il ressort de l'examen de la note du 29 août 2006 que le but et le contenu de cette réunion concernaient directement la collecte d'informations auprès de Dell, qui portaient sur l'objet de l'enquête dans l'affaire COMP/37.990. Plus précisément, la note du 29 août 2006 renvoie dans de nombreux cas aux questions posées à M. A par la Commission et aux réponses de M. A. À ce titre, force est de constater que la Commission, en posant des questions à M. A, avait pour objectif de recueillir des informations lors de la réunion du 23 août 2006. Ces réponses constituaient des informations directement liées à l'objet de l'enquête dans l'affaire COMP/37.990. Ainsi, le contenu de la réunion était des informations directement liées à l'objet de l'enquête dans l'affaire COMP/37.990.

C. Il ressort d'un examen du suivi écrit de Dell de la réunion du 23 août 2006 que le but et le contenu de ladite réunion concernaient directement la collecte auprès de Dell d'informations relatives à l'objet de l'enquête dans l'affaire COMP/37.990. La réponse de Dell est intitulée « Réunion avec [M. A] 23 août 2006 Suivi des requêtes orales soulevées par la Commission européenne ». Dans sa réponse, Dell fournit des réponses à huit questions posées par la Commission. Par exemple, le premier paragraphe de la réponse à la quatrième question indique clairement que, lors de la réunion du 23 août 2006, la Commission a posé à M. A des



questions directement liées à l'objet de l'enquête et que, lors de la même réunion du 23 août 2006, M. A a fourni des informations à la Commission en réponse à ces questions. Des conclusions similaires peuvent être tirées de l'examen du premier paragraphe de la réponse à la sixième question. À ce titre, force est de constater que la Commission, en posant des questions à M. A, avait pour objectif de recueillir des informations lors de la réunion du 23 août 2006. Le contenu de la réunion était des informations directement liées à l'objet de l'enquête dans l'affaire COMP/37.990.

90. Le Médiateur conclut donc que, lors de la réunion du 23 août 2006, la Commission a demandé à M. A des informations directement liées à l'objet de l'enquête dans l'affaire COMP/37.990, que les questions effectivement examinées lors de la réunion du 23 août 2006 concernaient directement l'objet de l'enquête dans l'affaire COMP/37.990 et que M. A a fourni à la Commission des informations concrètes qui étaient directement liées à l'objet de l'enquête dans l'affaire COMP/37.990. Compte tenu de ce qui précède, le Médiateur conclut que la réunion du 23 août 2006 aurait dû, compte tenu de son objectif et de son contenu, être qualifiée d'« *entretien au titre de l'article 19* ». Ayant abouti à cette conclusion, le Médiateur observe que les juridictions communautaires n'ont pas encore eu l'occasion de fournir une interprétation de l'article 19 du règlement no 1/2003. Il convient de rappeler que la Cour de justice est la plus haute autorité en matière de signification et d'interprétation du droit communautaire [50] .

91. Le règlement (CE) no 773/2004 établit des règles spécifiques concernant l'ouverture d'une procédure par la Commission, le traitement des plaintes et l'audition des parties concernées. L'article 3 du règlement (CE) no 773/2004 (pouvoir de prendre des déclarations) est libellé comme suit:

« 1. Lorsque la Commission interroge une personne avec son consentement conformément à l'article 19 du règlement (CE) no 1/2003, elle indique, au début de l'entretien, la base juridique et l'objet de l'entretien et en rappelle le caractère volontaire. Il informe également la personne interrogée de son intention de faire un procès-verbal de l'entretien.

2. L'entretien peut être mené par tout moyen, y compris par téléphone ou par voie électronique.

3. La Commission peut enregistrer les déclarations faites par les personnes interrogées sous quelque forme que ce soit. Une copie de tout enregistrement doit être mise à la disposition de la personne interrogée pour approbation. Le cas échéant, la Commission fixe un délai dans lequel la personne interrogée peut lui communiquer toute correction à apporter à la déclaration. »

92. L'article 3 du règlement (CE) no 773/2004 contient donc une série d'obligations que la Commission doit respecter *chaque fois* qu'une réunion, en raison de son but et de son contenu, doit être qualifiée d'« *entretien* » au sens de l'article 19 du règlement no 1/2003. Cette interprétation est corroborée par l'utilisation du cas impératif (« *doit* ») pour chacune de ces obligations. Il convient de souligner que l'article 3 du règlement (CE) no 773/2004 ne doit pas être interprété *en ce sens qu'il énonce les conditions qui doivent être remplies pour* qu'un entretien soit qualifié d'« *entretien au titre de l'article 19* », mais contient plutôt une série d'obligations qui doivent être respectées, *une fois* qu'un entretien est correctement qualifié d'«



entretien au titre de l'article 19 ». Ainsi qu'il ressort du point 88 ci-dessus, chaque fois que la Commission interroge un tiers *aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête*, l'entretien devrait, compte tenu de son but et de son contenu, être qualifié d'« *entretien au titre de l'article 19* ». En effet, le non-respect d'une obligation énoncée à l'article 3 du règlement (CE) no 773/2004 n'implique pas qu'un entretien cesse d'être un « *entretien au titre de l'article 19* », mais plutôt que la Commission n'a pas respecté une obligation relative à un « *entretien au titre de l'article 19* ».

93. Les obligations que la Commission doit respecter, chaque fois qu'une réunion doit être qualifiée d'« *entretien au titre de l'article 19* », comprennent l'obligation d'indiquer la base juridique et l'objet de l'entretien, ainsi que l'obligation de rappeler le caractère volontaire de l'entretien, au début de l'entretien. Il comprend également l'obligation pour la Commission d'informer la personne interrogée de son intention de faire un compte rendu de l'entretien.

94. L'article 3 du règlement (CE) no 773/2004 dispose que la Commission « peut *enregistrer les déclarations des personnes interrogées* sous quelque forme que ce soit » (soulignement ajouté). L'article 3 du règlement (CE) no 773/2004 donne donc clairement à la Commission un pouvoir d'appréciation quant à la *manière dont* elle enregistre un entretien au titre de l'article 19 [51]. L'article 3 du règlement no 773/2004 dispose également que, une fois l'enregistrement effectué, une copie de cet enregistrement doit être mise à la disposition de la personne interrogée pour approbation. Toutefois, le libellé de l'article 3 du règlement (CE) no 773/2004 n'est pas nécessairement aussi clair en ce qui concerne la question de savoir si la Commission est légalement tenue de consigner un entretien au titre de l' *article 19* [52]. *En résumé, l'article 3 du règlement no 773/2004 ne prévoit pas expressément qu'une copie de tout enregistrement doit être mise à la disposition de la personne interrogée pour approbation.* [53] En outre, l'article 3, paragraphe 3, du règlement no 773/2004 dispose que «une copie de *tout* enregistrement doit être mise à la disposition de la personne *interrogée* pour approbation».

95. Même s'il était admis que l'article 3 du règlement (CE) no 773/2004 n'impose pas l'obligation *légale* d'enregistrer un « *entretien au titre de l'article 19* » [55] mais laisse à la Commission un pouvoir d'appréciation quant à la question de savoir si elle consigne ou non un « *entretien au titre de l'article 19* », le Médiateur relève que, si le non-respect des règles juridiques est une forme de mauvaise administration, la notion de mauvaise administration est plus large que la notion de légalité. En particulier, lorsqu'elle exerce un pouvoir discrétionnaire, l'administration doit toujours avoir des raisons valables et légitimes de choisir une ligne de conduite plutôt qu'une autre [56].

96. Ainsi qu'il a été rappelé au point 82 ci-dessus, le rôle de la Commission, lorsqu'elle veille au respect des articles 81 CE et 82 CE, exige que, une fois qu'elle ouvre une enquête sur une infraction présumée à l'article 81 CE ou à l'article 82 CE, elle s'informe pleinement de tous les faits pertinents. Même s'il était admis que la Commission dispose d'une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne l'enregistrement d'un « *entretien au titre de l'article 19* » et, en effet, *même* si l'on soutenait qu'un entretien avec un tiers au cours duquel des informations relatives à l'objet d'une enquête sont recueillies ne devrait pas être qualifié d'« *entretien au titre de l'article 19* », le Médiateur estime qu'il dépasserait la marge d'appréciation de la



Commission, et, partant, violerait un principe de bonne administration, si la Commission utilisait cette marge d'appréciation d'une manière qui impliquerait qu'elle ne s'assure pas qu'un enregistrement approprié soit effectué, sous une forme ou une autre, de toutes les « *informations relatives à l'objet d'une enquête* » qui lui sont fournies dans le cadre d'une enquête, et que le dossier soit ensuite inclus dans le dossier.

97. Encore une fois, à *supposer* que la Commission dispose d'une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne la tenue d'un procès-verbal d'un entretien avec un tiers dans lequel des informations relatives à l'objet d'une enquête sont recueillies [57] , on peut soutenir qu'il pourrait y avoir, exceptionnellement, des situations dans lesquelles les principes de bonne administration pourraient ne pas nécessiter la rédaction d'une note d'entretien appropriée.

98. Premièrement, si les informations fournies à la Commission figurent déjà dans le dossier de la Commission, parce qu'elles ont été obtenues par la Commission auprès d'une autre source, il pourrait ne pas être nécessaire, conformément aux principes de bonne administration, de rédiger une note d'entretien appropriée. (Toutefois, si tel est le cas, la Commission devrait au moins rédiger une note interne indiquant que les informations fournies par les personnes interrogées figuraient déjà dans le dossier. [58]) Ce même raisonnement ne s'applique toutefois pas en ce qui concerne les informations que la Commission pourrait être en mesure d'*obtenir après l'entretien en question* . La capacité de la Commission à recueillir, à un stade ultérieur de son enquête, les informations précises qui lui ont déjà été fournies lors de l'entretien (non enregistré) est nécessairement incertaine. En tant que telle, il ne constituerait pas une bonne administration pour la Commission de risquer, par l'absence d'enregistrement approprié d'un entretien, de ne pas inclure dans le dossier « *des informations relatives à l'objet d'une enquête* » qui lui ont été fournies. Si les informations (non enregistrées) constituaient des éléments de preuve à charge, la Commission risquerait de perdre la possibilité de faire usage de ces éléments à charge dans sa décision finale. Cela limiterait la capacité de la Commission à garantir le respect des articles 81 CE et 82 CE. Si les informations (non enregistrées) constituaient des éléments à décharge, la Commission risquerait de porter atteinte aux droits de la défense de la partie faisant l'objet de l'enquête, au cas où elle adopterait une décision constatant que la partie faisant l'objet de l'enquête avait enfreint l'article 81 CE ou l'article 82 CE. Le Médiateur est d'avis que, indépendamment du fait que les risques décrits ci-dessus se matérialisent ou non par la suite [59] , il ne constitue pas une bonne administration pour la Commission d'encourir de tels risques en omettant de rédiger une note d'entretien appropriée lorsqu'elle obtient des preuves orales qui ne figurent pas déjà, sous une forme ou une autre, dans le dossier.

99. En outre, si, après analyse des informations recueillies auprès des personnes interrogées, il apparaît que les informations fournies ne sont pas en fait des informations relatives à l'objet d'une enquête, il ne serait pas nécessaire de rédiger une note d'entretien exhaustive. [60] Toutefois, si tel est le cas, la Commission devrait, à tout le moins, rédiger une note interne indiquant que les informations fournies par les personnes interrogées ne constituent pas des « *informations relatives à l'objet de l'enquête* ».

100. Un élément qui doit être pris en compte par la Commission, dans l'exercice de son pouvoir



d'appréciation quant à l'opportunité ou non d'enregistrer un entretien, sera l'identité de la ou des personnes interrogées. Le Médiateur note que l'importance de la réunion du 23 août 2006 pour l'affaire COMP/37.990 est renforcée par le fait que M. A était **[un cadre supérieur de Dell]** . [61] Il était également [l' **exécutif de Dell**] responsable des relations de Dell avec Intel. Il a donc été un témoin direct des circonstances qu'il a décrites. [62] Il était également accompagné de son avocat principal interne et d'un avocat externe chevronné. [63] Enfin, M. A savait que la Commission avait en sa possession des documents relatifs à son témoignage devant la FTC en 2003. Il a donc eu l'occasion de réfléchir à la réponse qu'il donnerait, au cas où la Commission lui poserait des questions sur ces questions. Il résulte de l'ensemble de ces circonstances que les déclarations de M. A doivent être considérées comme ayant été faites délibérément et après une réflexion mûre, les rendant ainsi particulièrement crédibles. Ces facteurs auraient rendu plus important l'enregistrement approprié de ces déclarations [64] .

101. Le Médiateur est également d'avis qu'un compte rendu approprié d'un entretien devrait décrire avec précision toutes les informations relatives à l'objet de l'enquête fournies à la Commission lors d'un tel entretien.

102. Afin de garantir que tel est le cas en ce qui concerne une « *note d'entretien au titre de l'article 19* », l'article 3, paragraphe 3, du règlement (CE) no 773/2004 impose l'obligation légale qu'une copie de tout enregistrement réalisé soit mise à la disposition de la personne interrogée pour approbation. Une « *note d'entretien au titre de l'article 19* » deviendra ainsi une « *déclaration au titre de l'article 19* », une fois approuvée par la ou les personnes interrogées. [65] Étant donné que l'objectif d'un entretien au titre de l'article 19 est de recueillir des informations auprès de tiers, une « *note d'entretien au titre de l'article 19* » ne devrait contenir que les informations fournies dans l'entretien [66] . Une note d'entretien au titre de l'article 19 ne devrait pas contenir, par exemple, les évaluations et les opinions personnelles de la Commission ou de ses services. La « *déclaration de l'article 19* » doit, une fois complétée (c'est-à-dire une fois qu'elle a été approuvée par la personne interrogée ou lorsque le délai d'approbation est écoulé), être incluse dans le dossier.

103. *Même s'* il était admis qu'un entretien avec un tiers au cours duquel des informations relatives à l'objet d'une enquête sont recueillies ne devrait pas être qualifié d'« *entretien au titre de l'article 19* », le Médiateur estime qu'il est de bonne pratique administrative de veiller à ce que les notes contenant des informations relatives à l'objet d'une enquête recueillies auprès de tiers soient exactes. Cela est d'autant plus important que la Commission exerce ses pouvoirs d'enquête en vertu des articles 81 CE et 82 CE et qu'elle dispose d'un pouvoir de sanction étendu. En tant que telle, si la Commission avait des doutes quant à l'exactitude d'une note d'entretien dans laquelle elle obtenait des informations relatives à l'objet d'une enquête, il lui appartiendrait de vérifier sa compréhension des faits avec la personne interrogée conformément aux principes de bonne administration.

104. Il est évident que, si, au cours d'une enquête, la Commission recueille des informations relatives à l'objet de l'enquête, elle doit ajouter ces informations au dossier. Tel est le cas indépendamment de la question de savoir si les informations sont reflétées dans une « *déclaration d'entretien au titre de l'article 19* » ou sous toute autre forme.



105. Le Médiateur est d'avis que, s'il existe un ordre du jour convenu pour un tel entretien, l'ordre du jour devrait être annexé à la «déclaration de l'article 19 » ou à toute autre note pertinente. Tel est le cas si l'ordre du jour a été préparé par la personne interrogée et envoyé à la Commission, ou préparé par la Commission et envoyé à la personne interrogée. En outre, si, dans le cadre d'un entretien, la Commission reçoit d'autres documents de la partie interrogée, elle devrait également les annexer à la note pertinente. Ces documents devraient également être inclus dans le dossier.

106. Selon la Commission, le document de l'ordre du jour [67] était «très probablement » une note personnelle d'un gestionnaire de dossiers qui a été envoyée à Dell par courrier électronique avant la réunion ou remise à Dell pendant la réunion. Premièrement, le Médiateur juge surprenant que la Commission ne puisse pas identifier catégoriquement la source de l'agenda. En tout état de cause, même s'il est supposé que la source de l'ordre du jour est la Commission, il n'est pas contesté que l'ordre du jour a été transféré aux représentants de Dell avant ou pendant la réunion. Deuxièmement, le Médiateur n'est pas d'accord sur le fait qu'un tel document, qui a été transmis à Dell dans le cadre d'une procédure administrative, puisse continuer à être qualifié par la Commission de « *document interne* » de la Commission, une fois qu'il a été remis à un tiers par les services de la Commission.

107. Selon la Commission, la note du 29 août 2006 «récapitule» les impressions de l'un des gestionnaires d'affaires présents à la réunion du 23 août 2006 [68] . Elle intègre «des informations provenant d'autres sources, des points de vue personnels et le point de vue du responsable de l'affaire sur une nouvelle stratégie d'enquête». De l'avis de la Commission, la note n'a pas été rédigée dans le but d'être contresignée ou approuvée par d'autres participants à la réunion (et, en fait, elle n'a jamais été contresignée ou approuvée par d'autres participants à la réunion). Selon la Commission, elle n'était pas censée faire partie, à aucun moment, des faits résultant de l'enquête. De l'avis de la Commission, la note du 29 août 2006 était plutôt un *aide-mémoire* pour le gestionnaire de l'affaire pour la préparation de nouvelles mesures d'enquête. À ce titre, conclut le Médiateur, la note du 29 août 2006 ne peut être qualifiée de « *note d'entretien au titre de l'article 19* ».

108. Le Médiateur partage donc l'avis de la Commission selon lequel, dans la mesure où la note du 29 août 2006 constitue la propre interprétation de la Commission de ce qui a été dit lors des réunions, cette note a été correctement qualifiée de « *document interne* ».

109. Le Médiateur est d'avis que, étant donné que la note du 29 août 2006 n'est qu'un résumé et contient des informations provenant d'autres sources, ainsi que les points de vue du responsable de l'affaire qui a rédigé la note, celle-ci n'a pas pu, compte tenu de sa structure et de son contenu spécifique, être transformée par la suite en procès-verbal approuvé de la réunion pour présentation, pour contresignature, aux autres participants à la réunion. Le Médiateur fait observer que la Commission partage ce point de vue (voir point 65 ci-dessus).

110. Selon la Commission, il n'existe pas de notes ou de documents autres que la note du 29 août 2006 dans le dossier du Conseil.



111. Aux points 96 à 98 ci-dessus, le Médiateur a relevé que, même s'il était supposé que l'article 3 du règlement 773/2004 ne crée pas une obligation légale d'enregistrer un « *entretien au titre de l'article 19* » en toutes circonstances [69] et, en effet, *même s'il* était admis qu'un entretien avec un tiers dans lequel des informations relatives à l'objet d'une enquête sont recueillies ne doit pas être qualifié d'« *entretien au titre de l'article 19* », les principes de bonne administration exigent que la Commission veille à ce qu'un enregistrement approprié soit effectué, sous une forme ou une autre, et ensuite inclus dans le dossier, de toutes les « *informations relatives à l'objet d'une enquête* » qui ont été recueillies par la Commission dans le cadre d'une enquête. Il a également fait observer que, sous réserve de certaines exceptions, il est à tout le moins discutable que les principes de bonne administration n'exigent pas nécessairement qu'il y ait toujours un enregistrement des informations fournies à la Commission, lorsque ces informations figurent *déjà* dans le dossier de la Commission. [70]

112. Le Médiateur relève, dans ce contexte, qu'il ressort des réponses de Dell figurant dans la note du 29 août 2006 [71] que toutes les informations fournies par Dell lors de la réunion du 23 août 2006 ne figuraient pas déjà dans le dossier de la Commission avant le 23 août 2006. [72] Par exemple, un examen de la note du 29 août 2006 indique que, lors de cette réunion, M. A a mis à jour la Commission en ce qui concerne la politique de Dell, en lui fournissant des informations relatives aux **[2005, 2006 et 2007]** .

113. En outre, un examen du suivi écrit de Dell à la réunion du 23 août 2006 confirme que les faits survenus à la *suite* du témoignage de M. A en mars 2003 ont également été examinés lors de la réunion du 23 août 2006. Le suivi écrit consiste en 1) la compréhension par Dell des questions posées par la Commission au cours de la réunion du 23 août 2006 [73] et 2) la réponse de Dell à ces questions. La plupart des questions de la Commission, exposées dans le suivi écrit de Dell, font référence au témoignage de M. A. FTC. Le suivi écrit de Dell indique que, lors de la réunion du 23 août 2006, la Commission a également demandé des informations complémentaires et actualisées (qui seraient fournies par Dell dans son suivi écrit de la réunion). Par exemple, la première question fait référence à une demande de la Commission adressée à M. A. « *de confirmer* » lorsqu'un développeur de logiciels identifié a lancé un projet particulier. Il ressort de ce libellé que la Commission a souhaité que M. A. « *confirme* » les informations qui avaient *déjà* été fournies, à tout le moins en détail, lors de la réunion du 23 août 2006. Il ressort également d'un examen du suivi de Dell que les informations « *confirmées* » se rapportent à des événements qui se sont produits jusqu'à **[Redacted]** 2005. Ainsi, bien que les questions examinées lors de la réunion du 23 août 2006 aient pu être fondées sur le témoignage de la FTC, leur portée doit s'étendre au-delà de ce que M. A a fourni dans son témoignage de la FTC. Il existe de nombreux autres exemples dans le suivi écrit de Dell, dont des conclusions similaires peuvent être tirées. Dans ce contexte, le Médiateur conclut provisoirement du suivi de Dell que toutes les informations fournies par Dell lors de la réunion du 23 août 2006 ne figuraient pas déjà dans le dossier de la Commission avant cette date [74] .

114. Ainsi, lors de la réunion du 23 août 2006, la Commission a *effectivement* recueilli des informations relatives à l'objet de son enquête, dont certaines ne figuraient pas au dossier à l'époque (voir points 111 et 113 ci-dessus). La Commission n' a *pas pris* bonne note de cette



réunion, que ce soit sous la forme d'une « *note d'entretien au titre de l'article 19* » ou autrement. L'ordre du jour de la réunion *n'est pas* inclus dans le dossier. Dans ce contexte, le Médiateur conclut que, en choisissant de ne pas rédiger une note appropriée de la réunion du 23 août 2006, la Commission a commis un cas de mauvaise administration.

115. Il est rappelé que, dans ses avis au Médiateur [75], la Commission a fait valoir qu'elle n'était pas tenue de rédiger un « *procès-verbal* » de réunions avec une personne ou une entreprise et que, si elle *choisit* de prendre note de ces réunions, ces documents constituent sa propre interprétation de ce qui a été dit lors des réunions. Pour cette raison, ils sont classés comme documents internes. La Commission affirme que son point de vue est conforme aux arrêts du Tribunal de première instance dans les *affaires TACA* [76] et *Group Danone* [77].

116. Le Médiateur relève que, tant dans *TACA* que dans le *groupe Danone*, les requérantes ont demandé l'*annulation* des décisions de la Commission, au motif que leurs droits de la défense avaient été violés en raison du non-respect par la Commission d'une forme substantielle, à savoir le droit d'accès des requérantes au dossier [78]. Pour apprécier pleinement la pertinence de la jurisprudence citée ci-dessus, il est nécessaire que la présente enquête du Médiateur souligne, d'une part, que toutes les irrégularités procédurales ne suffiront pas à vicier une décision de la Commission. Il s'agit d'un principe général de droit communautaire selon lequel un requérant tendant à l'annulation d'une décision administrative pour des motifs d'irrégularité procédurale doit démontrer à tout le moins une possibilité que l'issue de la procédure administrative ait été différente, mais pour l'irrégularité procédurale reprochée [79]. En ce qui concerne plus particulièrement les droits de la défense, une irrégularité ne peut entraîner l'annulation d'une décision que si elle est de nature à affecter effectivement les droits de la défense du requérant, et, partant, le contenu de cette décision. [80] Même si, par exemple, une partie faisant l'objet d'une enquête n'a pas eu la possibilité de formuler des observations sur certains éléments de preuve à charge, ce vice n'entraînera l'annulation de la décision à cet égard que si les allégations concernées ne peuvent être étayées à suffisance de droit sur la base d'autres éléments de preuve figurant dans la décision sur laquelle la partie concernée a eu la possibilité de présenter ses observations [81]. Le Médiateur relève que la jurisprudence citée ci-dessus doit être comprise comme renvoyant aux exigences procédurales qui, en cas de violation, entraîneront l'*annulation* de la décision. Il est clair que tout manquement à la divulgation des documents ne conduira pas à l'annulation de tout ou partie de la décision de la Commission en question [82]. Le Médiateur relève toutefois que *toute* irrégularité procédurale peut constituer un cas de mauvaise administration, même si cette irrégularité procédurale ne constitue pas, finalement, dans un cas particulier, un motif d'annulation d'une décision. En tant que telle, la constatation figurant au point 114 ci-dessus n'est en aucun cas remise en cause par la jurisprudence *TACA et Groupe Danone*.

117. Le plaignant allègue que le fait que la Commission n'ait pas dûment pris note du contenu de la réunion viole ses droits fondamentaux, à savoir ses droits de la défense. Bien que le mandat du Médiateur soit d'identifier *tout* cas de mauvaise administration [83], il est nécessaire de noter à ce stade que la gravité d'un cas particulier de mauvaise administration sera effectivement aggravée si le cas de mauvaise administration comporte une violation d'un droit fondamental, tel que les droits de la défense. Ces droits ne sont pas seulement des



principes fondamentaux du droit communautaire, mais sont également consacrés à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme.

118. Le Médiateur relève que les requérantes dans *TACA* ont fait valoir que leurs droits de la défense avaient été violés parce que la Commission n'avait pas inclus dans le dossier des procès-verbaux de discussions ou d'appels téléphoniques qu'elle avait eus avec un tiers pertinent. Dans l'arrêt *TACA*, le Tribunal a déclaré que:

« [...] le droit d'accès au dossier dans les affaires de concurrence vise à permettre aux destinataires des communications des griefs de prendre connaissance des éléments de preuve figurant dans le dossier de la Commission. En revanche, la Commission n'a pas d'obligation générale d'établir des procès-verbaux de discussions lors de réunions ou de conversations téléphoniques avec les plaignants qui ont lieu dans le cadre de l'application des règles de concurrence du traité. » [84] (soulignement ajouté)

Le Médiateur comprend, à partir de ce qui précède, que les droits d'accès au dossier et, par extension, les droits de la défense ne seront pas *automatiquement* violés si la Commission n'établit pas de procès-verbaux de réunions ou de conversations téléphoniques qui ont eu lieu dans le cadre de l'application des règles de concurrence du traité. Les violations des droits d'accès au dossier et, par extension, les droits de la défense, par l'absence d'établissement de procès-verbaux de réunions ou de conversations téléphoniques, doivent être examinées au regard *des circonstances particulières* de chaque cas d'espèce.

119. Les droits de la défense d'une partie faisant l'objet d'une enquête seront certainement violés si la Commission n'établit pas de procès-verbaux de réunions ou de conversations téléphoniques et qu'elle invoque ensuite, dans sa décision, des preuves à charge fournies oralement lors de telles réunions ou conversations téléphoniques [85].

120. Il s'ensuit que les droits de la défense d'une partie faisant l'objet d'une enquête ne seront pas violés si la Commission n'établit pas de procès-verbaux de réunions ou de conversations téléphoniques dans lesquels aucune *information* n'est fournie à la Commission. Tel peut être le cas lorsque les réunions ou les conversations téléphoniques ont pour objet de discuter de questions purement procédurales [86].

121. Il s'ensuit également que, même si, dans le cadre d'une réunion ou d'un appel téléphonique, la Commission obtient des preuves à charge et omet d'établir et d'inscrire au dossier un compte rendu d'une telle réunion ou d'un tel appel téléphonique, elle ne portera pas atteinte aux droits de la défense de la partie faisant l'objet de l'enquête, à condition qu'elle ne fasse pas usage, dans sa décision finale, de ces éléments à charge [87].

122. Il s'ensuit également que, si, dans le cadre d'une réunion ou d'un appel téléphonique, la Commission obtient des preuves à charge qui sont *déjà* incluses dans le dossier (par exemple, parce qu'elles ont déjà été obtenues de la même source ou d'une autre source), la Commission ne portera pas atteinte aux droits de la défense de la partie faisant l'objet de l'enquête, si elle omet d'établir et d'inscrire au dossier un compte rendu d'une telle réunion ou d'un tel appel



téléphonique. Tel sera le cas, même si la Commission s'appuie sur les éléments de preuve à charge dans sa décision finale.

123. Il se peut également que la Commission omet de faire un procès-verbal des preuves à charge obtenues lors d'une réunion ou d'un appel téléphonique, mais qu'elle obtienne par la *suite* les mêmes preuves à charge (de la même source ou d'une autre source) et qu'elle inclut les éléments à charge (obtenus ultérieurement) au dossier. La Commission ne portera pas atteinte aux droits de la défense de la partie faisant l'objet de l'enquête, même si elle se fonde sur les éléments de preuve à charge (obtenus ultérieurement) dans une communication des griefs et dans sa décision finale [88] .

124. En ce qui *concerne les preuves à décharge* , une requérante ne saurait faire valoir avec succès que ses droits de la défense ont été violés, si elle se borne à se référer, en termes généraux, à la possibilité que de telles preuves à décharge aient été fournies à la Commission par des tiers. Cela implique que, dans le cadre d'une procédure judiciaire, il existe une obligation pour une partie qui allègue que des preuves à décharge lui ont été refusées de fournir, dans ses mémoires devant le Tribunal, des arguments spécifiques concernant l'existence des preuves à décharge et des arguments spécifiques selon lesquels les éléments à décharge ont été fournis à la Commission (mais non inclus dans le dossier de la Commission).

125. Le Médiateur relève également que, même si des arguments spécifiques sont avancés en ce qui concerne l'existence de preuves à décharge et que des arguments spécifiques sont avancés selon lesquels les preuves à décharge ont été fournies à la Commission au cours d'une réunion (non enregistrée) ou d'un appel téléphonique, les droits de la défense de la partie faisant l'objet de l'enquête n'auront pas été violés, si ces éléments à décharge avaient déjà été versés au dossier, lors d'une réunion ou d'un téléphone. En outre, les droits de la défense de la partie faisant l'objet de l'enquête ne seront pas violés si les preuves à décharge en question sont ensuite obtenues auprès d'une autre source, puis ajoutées au dossier.

126. Le Médiateur rappelle que l'allégation du plaignant est que (a) la Commission n'a pas pris de procès- verbal de la réunion tenue avec les représentants de Dell le 23 août 2006, malgré le fait que la réunion portait directement sur l'objet de son enquête sur Intel et que, par conséquent, (b) la Commission n'a pas enregistré de preuves potentiellement à décharge (c'est nous qui soulignons).

127. Le Médiateur a examiné attentivement les éléments de preuve mis à sa disposition dans le cadre de la présente enquête. Après examen de l'ordre du jour, de la note du 29 août 2006 et du suivi écrit par Dell de la réunion du 23 août 2006, le Médiateur conclut qu'il ne saurait être exclu que, au moins en partie, la réunion du 23 août 2006 concernait **[des preuves]** [90] [91] de nature à être potentiellement à décharge d'Intel.

128. Le Médiateur note que, le 19 décembre 2008, la Commission a donné accès à Intel à une version expurgée de la note du 29 août 2006 et a demandé à Intel de présenter ses observations à ce sujet.



129. Le Médiateur note que la note du 29 août 2006 ne fait que résumer les impressions de l'un des gestionnaires présents lors de la réunion du 23 août 2006. Outre le suivi écrit de Dell, la Commission a informé le Médiateur qu'il n'y avait pas d'autres documents dans le dossier relatifs à la réunion du 23 août 2006. Le Médiateur n'a pas vu et n'a pas connaissance de tout autre document du dossier qui fournirait des informations complémentaires sur le contenu précis de la réunion du 23 août 2006 [92] .

130. Le Médiateur a déjà indiqué qu'une analyse minutieuse du suivi écrit de Dell à la réunion du 23 août 2006 indique qu'il y a effectivement eu des questions qui ont été discutées lors de la réunion du 23 août 2006 qui ne sont pas exposées dans la note du 29 août 2006, au moins au niveau de détail que le suivi écrit de Dell indique qu'ils ont été discutés lors de la réunion du 23 août 2006. [93] Après un examen attentif des documents qui lui ont été communiqués, le Médiateur note, en particulier, que la Commission a posé une question dans le cadre de la réunion du 23 août 2006 concernant une discussion de la pièce 12 du témoignage de M. A. [94] La pièce 12 est un courriel de M. Dellred [95] .

131. Il est certain que les informations qui n'ont pas été incluses dans la note du 29 août 2006 (du moins en détail), mais qui sont mentionnées dans le suivi écrit de Dell comme ayant été discutées lors de ladite réunion du 23 août 2006, sont des *informations* qui figurent dans le dossier (elles figurent dans le suivi écrit de Dell). Le Médiateur note toutefois qu'il ne peut pas confirmer si M. A a discuté d'autres questions pertinentes lors de la réunion du 23 août 2006. Le Médiateur tient à souligner qu'il ne peut pas le faire précisément parce qu'il n'y a pas de compte rendu exhaustif de la réunion du 23 août 2006 [96] .

132. Le Médiateur partage l'avis du plaignant selon lequel, si la Commission avait fait un compte rendu ou une transcription de la réunion du 23 août 2006, il n'y aurait pas eu d'incertitude quant à ce que M. A a dit lors de la réunion du 23 août 2006 et, par conséquent, aucun débat sur la question de savoir si les déclarations de M. A seraient pertinentes pour les allégations de la Commission et/ou seraient à décharge d'Intel. Le Médiateur rappelle également que les juridictions communautaires ont déclaré que « *dans le cadre d'une procédure contradictoire instituée par les règlements d'application des articles 81 CE et 82 CE, il n'appartient pas à la seule Commission de décider quels documents sont utiles pour la défense des entreprises dans le cadre d'une procédure d'infraction aux règles de concurrence* » [97] .

133. Le Médiateur estime toutefois qu'une constatation selon laquelle les droits de la défense ont été violés dans une affaire particulière de concurrence nécessiterait une analyse minutieuse de l'ensemble du dossier, réalisée conjointement avec une analyse minutieuse de la ou des communications des griefs et, à terme, de la décision [98] . Un tel examen du dossier viserait, *entre autres* , à établir, s'il y avait des informations, ailleurs dans le dossier, ce qui clarifierait le contenu précis de la réunion du 23 août 2006. Dans le cadre de la présente enquête, le Médiateur n'a pas examiné l'ensemble du dossier ou les communications des griefs émises [99] . Il ne saurait donc exclure, dans le cadre de la présente enquête, que d'autres documents puissent figurer dans le dossier de la Commission qui seraient pertinents pour l'analyse.

134. Ainsi que le Médiateur l'a relevé au point 115 ci-dessus, *toute* irrégularité de procédure



peut constituer un cas de mauvaise administration, même si cette irrégularité procédurale n'a pas été démontrée, dans le cadre de la présente enquête, comme constituant une violation des droits de la défense. Le Médiateur a conclu ci-dessus que la Commission n'avait pas pris bonne note de la réunion du 23 août 2006. En tant que tel, et sans tirer aucune conclusion concernant une éventuelle violation des droits de la défense d'Intel par la Commission [100], le Médiateur conclut que la Commission a commis un cas de mauvaise administration en ne prenant pas bonne note de la réunion du 23 août 2006.

135. L'article 3, paragraphe 5, du statut du Médiateur dispose que « [l]e Médiateur cherche, dans la mesure du possible, une solution auprès de l'institution ou de l'organe concerné afin d'éliminer les cas de mauvaise administration et de répondre à la plainte ». Dans sa lettre d'ouverture de la présente enquête, le Médiateur a demandé à la Commission s'il était encore possible, sur la base des notes établies par les fonctionnaires de la Commission présents à la réunion, de demander à Dell de signer le procès-verbal de la réunion du 23 août 2006. Dans un autre avis, la Commission a répondu que la note du 29 août 2006, qui est le seul document exposant ce qui a été discuté lors de la réunion du 23 août 2006, « récapitule les impressions de l'un des gestionnaires de dossiers présents à la réunion » (c'est nous qui soulignons). Il souligne ensuite que la note n'a pas été rédigée dans le but d'être contresignée ou approuvée par d'autres participants à la réunion. Elle n'était pas censée faire partie, à aucun moment, des faits résultant de l'enquête. Au contraire, la note du 29 août 2006 n'était qu'un *aide-mémoire* pour le gestionnaire de l'affaire. En outre, le Médiateur note que la Commission a maintenant, par décision du 13 mai 2009, clôturé son enquête sur l'affaire COMP/37.990. En tant que telle, elle ne peut pas à présent corriger ces lacunes. Dans ce contexte, le Médiateur ne considère pas qu'une solution à l'amiable soit possible en l'espèce. Le Médiateur clôturera donc son enquête en formulant une remarque critique ci-dessous.

B. L'allégation et l'allégation connexe selon lesquelles la Commission aurait encouragé Dell et AMD à conclure un accord d'échange d'informations ayant pour effet de permettre à AMD de contourner les règles limitant le droit d'AMD d'avoir accès au dossier d'enquête de la Commission

Contexte

136. AMD était le plaignant dans l'affaire COMP/37.990. Un plaignant dans une enquête de la Commission aux fins de l'application de l'article 81 CE ou de l'article 82 CE ne dispose d'aucun droit d'accès au dossier au cours de l'enquête. Le plaignant n'a accès qu'à une version expurgée de la communication des griefs (c'est-à-dire une version de la communication des griefs dont les « informations confidentielles », telles que les secrets d'affaires, ont été supprimées), afin de lui permettre, à savoir le plaignant, de faire connaître son point de vue à la Commission [101].

137. Au cours de son enquête, la Commission a obtenu divers documents de Dell. Les



informations provenant de certains de ces documents ont été utilisées par la Commission dans la communication des griefs envoyée à Intel le 26 juillet 2007. Intel et la Commission ont immédiatement entamé le processus de détermination du contenu précis de la version expurgée de la communication des griefs qui serait envoyée à AMD. Intel a fait valoir que certaines des informations obtenues de Dell et utilisées dans la communication des griefs devraient être qualifiées de secrets d'affaires confidentiels d'Intel. Intel s'est donc opposée à l'inclusion de telles informations dans la version expurgée de la communication des griefs.

138. Le 10 décembre 2007, le conseiller-auditeur a rendu sa décision finale sur l'acceptabilité des expurgations proposées par Intel. Sur la base de cette décision, la version finale non confidentielle et expurgée de la communication des griefs a été créée puis transmise à AMD le 21 décembre 2007 ou aux alentours de cette date.

Arguments présentés au Médiateur [102]

139. Le plaignant allègue que la Commission a contourné les règles applicables en matière d'accès au dossier en aidant et/ou en encourageant Dell et AMD à conclure un « *accord d'accès aux fichiers* ». Selon le plaignant, **[l'accord]** était illégal et permettait à AMD d'accéder aux « *documents confidentiels du dossier* » que Dell avait, au cours de l'enquête de la Commission, fournis à la Commission. Le plaignant allègue que, à tout le moins, la Commission a «toléré» l'**accord AMD/Dell en permettant** à AMD d'utiliser ces documents lors d'une audition tenue à la suite de la publication de la communication des griefs à Intel [103] .

140. Le plaignant a fait valoir que, sans l'intervention de la Commission pour identifier les extraits de la communication des griefs qu'elle souhaitait communiquer à AMD, et que **[l'accord]** qu'elle encourageait, AMD n'aurait jamais eu accès à certains éléments clés qu'elle a utilisés lors de l'audition. De l'avis du plaignant, **[l'utilisation de ces documents]** viole clairement les droits de la défense d'Intel.

141. À titre de preuve à l'appui de son allégation, le plaignant a fait référence à une lettre adressée au Médiateur par le conseil extérieur de Dell le 18 septembre 2008, dans laquelle le conseil de Dell déclare que:

«[Dell] a compris qu'un certain nombre de citations provenant de documents Dell fournis à la Commission [...] ont été utilisées par la Commission dans la communication des griefs [...] Dell a été interrogée par la Commission et a autorisé l'utilisation de telles citations — dont certaines contenaient des secrets d'affaires confidentiels — à l'égard d'Intel sur la base d'un accord de non-divulgence conclu avec Intel. Dell a également fourni à la Commission une version expurgée et non confidentielle de ces citations pour AMD et d'autres tiers [...] Afin d'éviter un long débat sur les demandes de confidentialité, la Commission a suggéré à Dell de conclure un accord de non-divulgence avec les conseils et les économistes d'AMD pour le partage des documents Dell utilisés dans le [déclaration des griefs] ».

142. De l'avis du plaignant, la Commission a donc encouragé Dell à fournir des extraits de la communication des griefs à AMD, en violation de l'article 8, paragraphe 1, du règlement (CE) no



773/2004 et de l'article 9 du mandat du conseiller-auditeur. De l'avis du plaignant, cette faute porte atteinte à l'affirmation de la Commission selon laquelle Dell a agi de sa propre initiative. Cela était d'autant plus grave que la Commission savait qu'à l'époque où elle encourageait Dell à mettre ces documents à la disposition d'AMD, les demandes de confidentialité d'Intel étaient toujours à l'étude.

143. Le plaignant a également fourni au Médiateur un courriel du conseil externe de Dell (M. C) daté du 3 septembre 2007, dans lequel M. C informe un collègue qu'un fonctionnaire de la Commission (M. D) avait téléphoné à M. C pour lui demander si Dell « envisagerait d'utiliser un [accord d'échange d'informations] avec AMD similaire à celui [de Dell] contracté avec Intel pour les citations [de la communication des griefs] ». [104]

144. Le plaignant a également fourni au Médiateur une lettre du conseil extérieur de Dell à la Commission datée du 14 août 2007. Selon le plaignant, la lettre confirme que, dès le 9 août 2007, la Commission a fourni à Dell une liste de citations tirées de la version confidentielle de la communication des griefs. Dans ladite lettre, le conseil de Dell a expliqué à la Commission que les informations pour lesquelles Dell demandait la confidentialité concernaient, *entre autres*, « les relations commerciales confidentielles et les négociations de Dell avec Intel ». En d'autres termes, selon le plaignant, les informations pour lesquelles Dell a demandé un traitement confidentiel n'étaient pas uniquement liées à Dell, mais concernaient plutôt des transactions et négociations confidentielles entre Dell et Intel. Cela reflétait une affirmation qu'Intel a également formulée dans ses discussions sur la rédaction de la communication des griefs avec l'équipe chargée de l'affaire et le conseiller-auditeur. Selon le plaignant, cette lettre prouvait que la Commission avait déjà été informée par Dell que les citations sélectionnées contenaient non seulement des secrets d'affaires Dell, mais aussi des secrets d'affaires d'Intel et/ou d'autres informations confidentielles (dont la divulgation à AMD, Dell n'était pas en mesure d'autoriser) lorsque, le 3 septembre 2007, la Commission a suggéré à Dell de conclure **[l'accord]** avec AMD.

145. Le plaignant a également fourni au Médiateur un courriel interne de M. C (avocat externe Dell) daté du 23 août 2007. Le courriel concerne une conversation téléphonique entre M. C et un fonctionnaire de la Commission (M. D) dans laquelle M. C a expliqué que « la plupart des citations provenaient soit de négociations confidentielles avec Intel, soit d'évaluations internes de la stratégie d'approvisionnement de Dell ». Selon le plaignant, ce courriel corrobore la conclusion selon laquelle, au moment où la Commission a suggéré que Dell conclu[ait] **[l'accord]** avec AMD et lui fournirait des citations sélectionnées dans la version confidentielle de la communication des griefs, la Commission savait que les informations à divulguer à AMD en vertu d'un tel accord contiendraient également des secrets d'affaires Intel ou d'autres informations confidentielles.

146. Le plaignant a également transmis au Médiateur des courriels entre M. C et M. D des 25 et 26 septembre 2007. Selon le plaignant, cet échange de courriels confirme que la Commission a encouragé Dell à conclure **[l'accord]** avec AMD et à lui fournir des éléments confidentiels de la communication des griefs. Dans un courriel daté du 26 septembre 2007, M. D a remercié M. C « pour votre aide constructive à ce sujet ». Selon le plaignant, la gratitude de M. D pour « l'aide



constructive » de Dell établit incontestablement que la Commission s'est félicitée du fait que Dell était disposée à conclure **[l'accord]** avec AMD, et que la Commission avait effectivement promu et encouragé l'accord.

147. Selon le plaignant, le 16 octobre 2007, la Commission a envoyé à Intel une contre-proposition pour une version expurgée de la communication des griefs. Dans cette même lettre, la Commission a expliqué à Intel que « *certaines des équipementiers ont décidé* » de fournir à AMD des informations confidentielles qui « *peuvent être citées dans la communication des griefs et peuvent être expurgées dans la version de la communication des griefs que la Commission fournira à AMD* ». Le plaignant a déclaré que, bien qu'ayant déjà reçu une copie de l'accord AMD/Dell, la Commission a informé Intel que « *si la Commission était informée d'un tel échange d'informations, elle ne considérerait plus les informations concernées comme étant confidentielles vis-à-vis d'AMD* ». Intel a ensuite envoyé un courriel à la Commission et contacté le conseiller-auditeur au sujet de la lettre de la Commission du 16 octobre 2007 et des implications qu'une telle approche aurait sur les dispositions de confidentialité régissant l'enquête [105] .

148. Toutefois, selon le plaignant, lorsque le conseiller-auditeur a interrogé l'équipe chargée de l'affaire sur l'existence de tels accords, l'équipe chargée de l'affaire a nié qu'un tel accord lui avait été communiqué. Le plaignant estime qu'il s'agissait là d'un mépris flagrant de la correspondance antérieure de M. D avec Dell. Le conseiller -auditeur a signalé à Intel le 18 octobre 2007, près d'un mois après la présentation par Dell du projet final à M. D, qu'aucun **[accord]** de ce type n'avait été notifié sous quelque forme que ce soit à l'équipe chargée de l'affaire, comme cela m'a été confirmé . Le plaignant a déclaré que, en tout état de cause, le conseiller-auditeur a suggéré à Intel que les accords bilatéraux conclus entre des parties privées pour échanger certaines informations puissent ne pas relever du champ d'application de la procédure administrative [106] .

149. À titre de preuve, le requérant a également déclaré que, lors de l'audience orale du 12 mars 2008, l'avocat externe d'AMD a déclaré ce qui suit:

« **[Expurgée]** »

150. Selon le plaignant, la Cour de justice a ordonné qu'« *un tiers qui a introduit une plainte ne puisse en aucun cas avoir accès à des documents contenant des secrets d'affaires* ». [107] Selon le plaignant, il est incontestable qu'AMD a été autorisée à utiliser des documents confidentiels du dossier Dell lors de l'audition **[expurgée]** .

151. Le plaignant a fait valoir que la Commission n'a pas adopté une telle « *approche assouplie* » à l'égard d'autres arrangements avec des tiers, lorsqu'elle a estimé qu'elle convenait à ses intérêts pour ne pas le faire. Au contraire, la Commission a supervisé très attentivement les accords d'accès aux fichiers conclus entre Intel et les équipementiers [108] .

152. De même, la Commission s'est opposée à ce qu'Intel fournisse une copie de la communication des griefs à la FTC en réponse à des demandes informelles et formelles de la



FTC visant à obtenir une copie de la communication des griefs. Dans ces deux cas, la Commission a exercé ses pouvoirs en tant que dépositaire du dossier et gardien de la confidentialité du dossier, contrairement à la position qu'elle a adoptée concernant l' **accord AMD/Dell** .

153. Le plaignant a fait valoir que le fait que la Commission n'ait pas protégé la confidentialité de son dossier et respecté les règles relatives à l'accès aux dossiers prévues à l'article 287 CE, au règlement (CE) no 1/2003 et au règlement (CE) no 773/2004 constitue une violation grave et intentionnelle de l'obligation de la Commission de respecter le traité CE. Selon le plaignant, cette violation des obligations de la Commission en vertu du traité constitue également une violation de l'article 4 du code européen de bonne conduite administrative (qui impose aux fonctionnaires d'agir conformément à la loi et d'appliquer les règles et procédures prévues par la législation communautaire), ainsi que de l'article 10 (attentes légitimes), de l'article 8 (partialité et indépendance) et de l'article 9 (objectivité).

154. Dans ses avis au Médiateur du 20 mars 2009 et du 10 juin 2009, la Commission a noté que c'est Dell elle-même qui a échangé ses informations avec AMD de manière bilatérale. Elle a indiqué que rien dans les documents fournis par Dell et Intel au Médiateur ne démontre que la Commission a elle-même communiqué des informations à AMD en violation de l'article 287 CE. La Commission a fait valoir qu'Intel n'avait fourni aucune preuve au Médiateur des raisons pour lesquelles Intel avait un intérêt juridique à un échange d'informations entre Dell et AMD. Une telle preuve serait nécessaire, étant donné que la Commission n'a accepté définitivement aucune demande de confidentialité d'Intel relative à ces informations.

155. La Commission a conclu que Dell avait, de sa propre initiative, décidé d'échanger ce qu'elle considère comme ses propres informations exclusives avec AMD. Il était sans importance pour l'appréciation de la mauvaise administration que Dell ait elle-même été inspirée par des échanges antérieurs avec Intel, où la Commission n'était impliquée que dans un premier temps et qui ont ensuite été entreprises par Dell de sa propre initiative. La Commission a fait valoir que Dell était entièrement libre de fournir les informations dans une version non confidentielle selon la procédure normale de la Commission. Cependant, elle a choisi d'échanger ses informations de manière bilatérale avec AMD. La Commission a déclaré que Dell n'avait pas consulté la Commission avant de conclure l'accord avec AMD. De l'avis de la Commission, cela ne laissait aucune place à l'attribution de cet échange à la Commission, ce qui serait pertinent en vertu de l'article 287 du traité CE.

156. Le 14 avril 2009 et le 16 avril 2009, le plaignant a présenté des observations sur l'avis de la Commission du 20 mars 2009. Le plaignant a fait référence à ce que, selon lui, étaient les tentatives de la Commission de nier son rôle concernant l' **accord AMD/Dell**. Il a déclaré que, dans son avis du 20 mars 2009, la Commission avait cherché à remettre en cause la description des événements contenue dans la lettre du 18 septembre 2009 du conseil extérieur de Dell. Toutefois, elle n'a fourni aucun élément de preuve à l'appui de son affirmation. Au contraire, la Commission s'est contentée d'affirmer qu'elle avait « *vérifié ses dossiers* » et n'avait « *aucune indication qu'une telle suggestion ait été faite ni même qu'un tel appel téléphonique [comme celui décrit à partir du 3 septembre] [109] ait eu lieu* ». Sur cette base, la Commission



a poursuivi en « *concluant* » que Dell avait conclu l'accord « *de sa propre initiative* ». Cette conclusion non étayée était, de l'avis du plaignant, contredite par la description des événements fournis par l'avocat externe de Dell et par les courriels échangés entre l'avocat externe de Dell et M. D du 25 au 26 septembre 2007. À l'inverse, de l'avis du plaignant, la Commission n'a fourni aucun élément prouvant qu'elle avait interrogé M. D ou d'autres membres de l'équipe chargée de l'affaire au sujet de ces événements; il ne précise pas quels dossiers ont été vérifiés et s'ils incluent les enregistrements téléphoniques des membres de l'équipe concernée; et elle ne fournit aucune preuve documentaire étayant sa « conclusion » selon laquelle l'avocat de Dell, sans motif apparent, aurait inventé ou déformé les faits pertinents.

157. Le plaignant a également déclaré que, bien que la Commission ait indiqué, dans son avis du 20 mars 2009, qu'elle avait préparé une note relative à une « *conversation téléphonique de haut niveau* » du 30 août 2007 avec Dell, la Commission n'a pas expliqué comment les détails d'une conversation qui a eu lieu le 30 août 2007 pouvaient réfuter des éléments de preuve manifestes qu'elle a suggérés, reçus et examinés [**l' accord**] AMD/Dell.

158. Le plaignant a également déclaré que, dans son avis du 20 mars 2009, la Commission admet que (a) elle a examiné l'accord AMD/Dell (contraignant ainsi son affirmation au conseiller-auditeur selon laquelle aucun document de ce type n'a été « *notifié* » [sic] à elle), b) le document apparemment destiné à accorder à AMD « *l' accès au dossier* » et c) la Commission a par la suite tenté de communiquer des suggestions concernant l'accord à Dell. Compte tenu de ces faits, la « *conclusion* » de la Commission selon laquelle Dell « *n'a pas consulté la Commission avant de conclure l'accord avec AMD* » n'est tout simplement pas crédible.

159. Enfin, le plaignant a noté que, dans son avis du 20 mars 2009, la Commission a déclaré qu'elle « *n' a pas d'indication que AMD ait reçu autre chose que des informations correspondant à son droit, à savoir des extraits de la communication des griefs de la Commission du 26 juillet 2007* ». Selon le plaignant, l'affirmation de la Commission est manifestement fautive, puisque i) avant la finalisation de la rédaction de la communication des griefs, en décembre 2007, AMD n'avait pas le droit de recevoir des documents de communication des griefs; et ii) AMD a, comme la Commission le sait, avoir accès à des documents qui ont, en fait, été expurgés de la communication des griefs. Selon le plaignant, les actions de la Commission ont donc effectivement servi à éliminer la protection accordée aux informations confidentielles dans les procédures de la Commission et à nier le rôle du conseiller-auditeur en tant qu'arbitre final des demandes contradictoires de confidentialité. En outre, la Commission a ensuite aggravé sa faute en permettant à AMD d'utiliser [**ces éléments lors de l'audition**] .

160. Dans son deuxième avis du 10 juin 2009, la Commission a expliqué que le cadre juridique régissant l'accès au dossier par les destinataires d'une communication des griefs de la Commission est prévu à l'article 27, paragraphe 2, du règlement no 1/2003 et à l'article 15, paragraphe 2, du règlement (CE) no 773/2004. Conformément à ces dispositions, Intel avait le droit d'accéder à toutes les informations contenues dans le dossier de la Commission « *à l' exception des documents internes, des secrets d'affaires d'autres entreprises ou d'autres informations confidentielles* ». L'établissement des versions non confidentielles visées dans le règlement (CE) no 773/2004 est un exercice complexe parce que la confidentialité de chaque



information doit être justifiée et doit être mise en balance avec les droits de la défense respectifs du destinataire de la communication des griefs. L'exercice était particulièrement difficile et intensif en l'espèce, étant donné que le dossier contenait plusieurs centaines de milliers de pages.

161. La Commission a déclaré que, dans l'affaire Intel, elle a mis en œuvre les dispositions ci-dessus en appliquant une « *procédure négociée* ». Une telle procédure a été utilisée pour la première fois pour l'accès d'Intel au dossier après la première communication des griefs du 26 juillet 2007 (il a été suggéré à la Commission par un autre OEM qui avait fourni des informations à la Commission au cours de son enquête). [110] La raison d'une telle action était le fait que l'OEM aurait autrement été obligé de consacrer beaucoup de temps et de ressources à la suppression de sa contribution volumineuse au dossier de la Commission. L'élément essentiel de cette procédure était que, au lieu de n'avoir accès qu'à une version expurgée des mémoires que certains « *fournisseurs d'informations* » ont mis à disposition pour être inclus dans le dossier de la Commission, Intel a conclu des accords pour recevoir l'intégralité, ou les parties principales, des communications de ces « *fournisseurs d'informations* » dans un format non expurgé (c'est-à-dire, y compris les informations confidentielles dans son intégralité). En échange, Intel a accepté de limiter l'accès à ces informations à un cercle restreint de personnes (à savoir les conseils externes et les conseillers économiques d'Intel et, dans certains cas, certains conseils internes). En résumé, la solution convenue entre Intel et les « *fournisseurs d'informations* » excluait l'accès d'Intel aux informations par les employés qui s'occupaient des activités quotidiennes de l'entreprise. De tels accords sont, a déclaré la Commission, largement utilisés dans les affaires d'ententes et d'abus de position dominante aux États-Unis, comme dans celui actuellement en cours entre Intel et AMD devant le tribunal de district du Delaware. La Commission a noté que, dans l'affaire Intel, diverses raisons exprimaient cette approche, *notamment* a) le dossier volumineux, ce qui aurait entraîné des retards importants dans la procédure et des coûts disproportionnés pour les fournisseurs d'informations pour établir des versions non confidentielles des documents fournis, et b) des procédures de découverte dans le cadre du litige AMD/Intel aux États-Unis, où les mêmes informations étaient en grande partie échangées dans des conditions similaires aux accords conclus par Intel dans le cadre de la procédure de la Commission [111].

162. La Commission a indiqué que plusieurs parties avaient conclu de tels accords avec Intel. L'accord conclu entre Intel et Dell était toutefois différent des autres en ce que celui-ci ne couvrait qu'une partie limitée des informations fournies par Dell. Peu après, la Commission a constaté, d'après les observations d'Intel, que Dell avait effectivement fourni à Intel beaucoup plus d'informations sous une forme non expurgée. La Commission a demandé à Dell pourquoi c'était le cas et a appris que Dell avait conclu un autre accord avec Intel.

163. À la lumière de tout ce qui précède, la Commission a noté que la possibilité de conclure des accords d'échange d'informations était une option qui avait été discutée et explorée par Dell bien avant le 30 août 2007, date à laquelle, selon la Commission, un appel téléphonique de haut niveau avec Dell a eu lieu. À ce moment-là, ou peu après, Dell, de sa propre initiative, a procédé à de tels échanges d'informations avec AMD.



164. La Commission a ensuite fait référence au fait que, dans sa lettre du 18 septembre 2008 adressée au Médiateur, le conseil de Dell indique que « *la Commission a suggéré à Dell de conclure également [un accord d'échange d'informations] avec les conseils et les économistes d'AMD* ». Selon la Commission, il convient tout d'abord de souligner que Dell était entièrement libre d'opter pour un tel accord. Les motifs de Dell pour conclure cet accord ne sont pas connus de la Commission. Une incitation possible pour un OEM à conclure un tel accord était d'éviter de justifier et de justifier à la Commission chaque demande *de confidentialité à l'égard d'AMD* (il convient de rappeler, a souligné la Commission, qu'AMD avait le droit de recevoir une version non confidentielle « *significative* » de la communication des griefs). Selon la Commission, d'autres incitations sont imaginables et auraient pu jouer un rôle pour Dell. En tout état de cause, selon la Commission, c'est-à-dire la Commission, elle n'a pas obligé Dell à conclure un accord avec AMD. Toutefois, comme c'était le cas pour les accords bilatéraux entre Intel et les fournisseurs d'informations, la Commission ne pouvait pas simplement ignorer la possibilité de tels accords.

165. Selon la Commission, la Commission a commencé à discuter en interne de la possibilité d'un accord entre Dell et AMD à la suite d'un appel téléphonique de haut niveau avec Dell le 30 août 2007. [112] M. B (avocat général de Dell) et les avocats externes de Dell (dont l'un était l'associé prétendument appelé par la Commission deux jours ouvrables plus tard) ont participé à cet appel. L'ordre du jour de cet appel téléphonique, qui a été envoyé à Dell avant cette réunion [113], montre clairement que la Commission entendait examiner en détail les demandes de confidentialité de Dell *vis-à-vis* d'AMD et sur la base de la procédure standard de la Commission au titre du règlement (CE) no 773/2004. Il n'y avait aucune mention d'une autre option dans cet ordre du jour. Selon la Commission, diverses options ont été discutées au cours de cet appel téléphonique, y compris un accord d'échange d'informations que Dell connaissait, sur la base de son accord bilatéral existant et récemment conclu avec Intel. Il est plausible que, dans cet appel téléphonique, soit M. B, soit l'avocat externe de Dell, aient d'abord mentionné l'option d'un échange bilatéral d'informations avec AMD, car l'ordre du jour établi par la Commission et envoyé à Dell avant l'appel téléphonique ne mentionnait pas ce point. En tout état de cause, il est certain que, dans cet appel téléphonique, l'idée d'un accord d'échange d'informations AMD-Dell a été lancée. Comme l'ont confirmé les courriels internes de la Commission, ce n'est qu'après cet appel téléphonique que la Commission a commencé à discuter en interne des différentes questions dans le cadre d'un tel échange AMD-Dell. Il s'agissait *notamment* de discussions avec le service juridique de la Commission. Ainsi, la description par Intel de la façon dont l'idée d'un accord Dell-AMD est née et de son utilisation de certaines informations sélectives soumises sur une base échelonnée par Dell dénature les faits afin de donner l'impression que la Commission aurait suggéré un accord Dell-AMD. En réalité, la Commission a été confrontée à cette option pour la première fois lors de l'appel téléphonique avec Dell le 30 août 2007 et n'a alors commencé qu'à l'analyser en interne.

166. Selon la Commission, Dell a envoyé un accord signé à la Commission le 25 septembre 2007, c'est-à-dire avant que la Commission n'ait achevé son analyse interne. Il s'agissait de la seule version d'un accord que la Commission avait vu jusqu'au 8 juin 2009. Toutefois, cet accord était largement contraire à la portée plus limitée du droit d'accès à l'information d'un plaignant en vertu du droit communautaire. Cela s'explique notamment par le fait que l'accord



faisait référence à « l'accès au dossier » par AMD. Toutefois, AMD, en tant que plaignante, ne disposait pas d'un droit d'accès au dossier de la Commission, mais seulement d'un droit d'obtenir une version non confidentielle de la communication des griefs. Si les « *déclarations terminologiques* » d'un tel accord ne concernaient pas directement la Commission sur le plan juridique, elles auraient conduit les parties contractantes à des arrangements qui étaient, à première vue, contraires à la procédure administrative. Le conseil externe Dell qui l'a envoyé à M. D de l'équipe chargée du dossier de la Commission a expliqué que l'accord n'avait pas encore été exécuté. Cela se reflète dans le courriel interne envoyé par M. D à ses supérieurs après réception de l'accord. Le Conseil a informé Dell que l'accord reçu était en contradiction avec sa position dans plusieurs appels téléphoniques, mais il n'y a pas de compte rendu écrit de ces communications.

167. Selon la Commission, AMD a informé la Commission, par lettre du 13 novembre 2007, qu'elle avait conclu un accord d'échange d'informations avec Dell, sans lui communiquer l'accord exécuté en tant que tel. Cela est conforme à la lettre du conseiller-auditeur du 18 octobre 2007 adressée à Intel, qui indique que « *les accords [d' Intel] n'ont pas été portés à l'attention du conseiller-auditeur. Ils n'ont pas non plus été notifiés sous quelque forme que ce soit à l'équipe d'affaire, car il m'a été confirmé* » et la lettre du conseiller-auditeur à Intel du 7 mai 2008 indiquant que « *un tel accord, dont le texte ne m'a pas été notifié, conclu par une partie qui, en tant que telle, n'a aucun droit de défense ou droit d'accès au dossier, est purement bilatéral et n'oblige ni n'habilite la Commission*».

168. Afin de clarifier la chaîne d'événements pour le Médiateur, la Commission a donc demandé à AMD de lui fournir la copie finale de l'accord qui a finalement été conclu entre Dell et AMD et en vertu duquel des informations ont été échangées entre les deux sociétés. [114] La Commission a également demandé à AMD de décrire les étapes à suivre à la suite de la conclusion du projet d'accord initial entre AMD et Dell et en vue de la signature et de l'exécution ultérieures de l'accord final. AMD l'a fait par lettre du 8 juin 2009, qui a été inspectée par le Médiateur le 10 juin 2009. **[Expurgée]**. Il ressort clairement de l'accord exécuté joint à la lettre d'AMD que Dell et AMD ont ensuite conclu et exécuté un accord fondamentalement différent de celui qui a été envoyé à la Commission par Dell trois semaines plus tôt. **[Expurgée]** [115]

169. La Commission a ensuite mis en œuvre l'accès d'AMD à une version non confidentielle de la communication des griefs selon la procédure habituelle. Dans le cadre de cette procédure, AMD a reçu une version non confidentielle de la communication des griefs par lettre du 21 décembre 2007.

170. La Commission a pris acte de l'argument d'Intel selon lequel, étant donné que les informations fournies par Dell à AMD constituent des « *secrets d'affaires d'Intel* », elle a un intérêt dans l'accord d'échange d'informations conclu entre Dell et AMD. La Commission a d'abord présenté des arguments détaillés au Médiateur concernant les raisons pour lesquelles, selon elle, les arguments d'Intel en matière de confidentialité ne sont pas, en fait, bien fondés. La Commission a ensuite rappelé que Dell était entièrement libre de disposer de ses informations comme elle le souhaitait. La Commission a également noté qu'elle n'obligeait pas Dell à mettre ses informations à la disposition d'AMD.



171. En ce qui concerne l'allégation de mauvaise administration d'Intel formulée dans ses observations du 10 juillet 2008, du 18 septembre 2008 et du 14 avril 2009, la Commission a indiqué qu'Intel affirmait qu'elle avait donné à AMD « l'accès à son dossier », en violation de l'article 8, paragraphe 1, du règlement no 773/2004, de l'article 28 du règlement no 1/2003 et de l'article 287 du traité CE. Toutefois, dans ses observations du 14 avril 2009, Intel allègue également que la Commission a encouragé Dell à fournir des extraits de la communication des griefs du 26 juillet 2007 à AMD en violation de l'article 8, paragraphe 1, du règlement (CE) no 773/2004 et de l'article 9 du mandat du conseiller-auditeur.

172. En ce qui concerne l'organisation par la Commission de l'audition des 11 et 12 mars 2008, la Commission a relevé qu'AMD n'était pas autorisée à assister aux sessions *à huis clos* au cours desquelles les faits soumis par Dell à la Commission ont été discutés avec Intel.

[Expurgée] [116]

173. La Commission a poursuivi en faisant valoir que les dispositions juridiques citées par Intel à l'appui de son argumentation contiennent une variété de règles et de principes liant la Commission et que chacune de ces règles et principes comporte des conditions et des limites. L'article 287 du traité CE et les dispositions pertinentes du règlement (CE) no 1/2003 et du règlement (CE) no 773/2004 [117] imposent aux fonctionnaires communautaires l'obligation de ne pas divulguer d'informations couvertes par le secret professionnel. L'article 8, paragraphe 1, du règlement (CE) no 773/2004, qui, selon la Commission, semble constituer le fondement principal d'une demande de mauvaise administration d'Intel, traite des obligations de la Commission en cas de rejet d'une plainte. Elle n'est donc pas applicable en l'espèce, car l'obligation de la Commission de fournir à AMD une copie non confidentielle de la communication des griefs résulte de l'article 6 du règlement (CE) no 773/2004. L'article 16 du règlement (CE) no 773/2004 détermine les règles sur la base desquelles la Commission identifie les informations confidentielles figurant dans son dossier, qui « *ne sont pas communiquées ou rendues accessibles par la Commission* ». Enfin, l'article 9 du mandat du conseiller-auditeur [118] établit la procédure selon laquelle la Commission divulgue des informations, si elle constate que ces informations ne sont pas protégées en tant que secret d'affaires, ou si elle constate l'existence d'un intérêt supérieur justifiant la divulgation malgré leur caractère confidentiel, à savoir, par une procédure qui, dans un premier temps, nécessite une décision motivée qui est communiquée à l'entreprise concernée.

174. Intel ne conteste pas que, en l'espèce, c'est Dell, et non la Commission, qui a transmis des informations à AMD et que, partant, l'échange d'informations a eu lieu *entre parties*. Toutes les obligations énumérées ci-dessus ne s'appliquent clairement qu'à une situation dans laquelle la Commission elle-même divulgue des informations. Des échanges d'informations *inter partes* ont lieu régulièrement parallèlement à des procédures antitrust. En l'espèce, la Commission a eu connaissance de tels échanges potentiels et a exprimé son point de vue sur leur pertinence **[expurgée]**. Cela ne saurait toutefois être considéré comme une action sur la base de laquelle les échanges *inter partes* réels pourraient être imputés à la Commission.

175. Par conséquent, de l'avis de la Commission, lorsque Intel reproche à la Commission que «



AMD a eu accès à des informations confidentielles auxquelles elle n'avait pas le droit d'avoir accès » ou qu'« AMD n'avait pas le droit de recevoir des éléments de communication des griefs », Intel confond deux questions, à savoir les actions en dehors de la procédure administrative, d'une part, et les droits et obligations dans le cadre de cette procédure et le rôle de la Commission, d'autre part. Conclure du fait que, du fait de l'échange bilatéral de certaines informations entre Dell et AMD, la Commission a agi illégalement est erroné et trompeur. En effet, le caractère confidentiel de toute information existe exclusivement dans le cadre de la procédure administrative de la Commission. Au-delà de la procédure, il n'y a pas de « droit » abstrait, positif ou négatif, à « l'information » comme le présuppose l'argument d'Intel. Le fait que, avant toute décision finale du conseiller-auditeur, AMD n'ait pas été légalement en droit de recevoir des informations dans le cadre de la procédure administrative et aurait donc pu recevoir des informations de Dell dans le cadre de l'accord d'échange d'informations Dell-AMD qu'elle n'aurait pas reçu de la Commission, ne concerne pas la Commission, étant donné que ni les droits ni les obligations pour la Commission ne découlent de l'accord Dell-AMD. En ce qui concerne le rôle de la Commission et sa procédure administrative, la seule question, selon elle, est de savoir si la Commission a divulgué de quelque manière que ce soit des informations en sa possession. Ainsi qu'il ressort de ce qui précède, la Commission n'a à aucun moment divulgué, directement ou indirectement, des informations confidentielles dans le cadre de la procédure administrative. En outre, la Commission ne dispose d'aucun pouvoir, et encore moins d'obligation, d'empêcher des tiers de divulguer des informations qu'ils ont soumises à la Commission, mais qui étaient déjà en leur possession avant que la Commission n'ouvre son enquête. Le seul moyen dont dispose la Commission pour déterminer la validité d'une demande de confidentialité consiste soit à accorder l'accès à l'information et, partant, à refuser la demande de confidentialité, soit à refuser cet accès. Dans le cas d'un tel échange d'informations entre parties, il n'existe aucune base juridique permettant à la Commission d'interférer avec la décision du fournisseur d'informations de partager avec d'autres sociétés les informations en sa possession.

176. Enfin, la Commission indique que la référence d'Intel à l'article 9 du mandat du conseiller-auditeur n'étaye aucune allégation de mauvaise administration. L'article 9 du mandat du conseiller-auditeur ne constitue pas une obligation de la Commission, mais se limite à habiliter le conseiller-auditeur à rejeter les demandes de confidentialité par décision motivée. Ainsi qu'il ressort de la lettre du conseiller-auditeur du 10 décembre 2007, cette lettre ne constitue pas une décision sur la base de l'article 9 du mandat du conseiller-auditeur. Par conséquent, même si l'affirmation d'Intel selon laquelle la Commission, au-delà des discussions internes sur la faisabilité d'une telle approche, avait initié ou encouragé l'échange d'informations de Dell avec AMD était *véridique*, ce qui n'aurait pas été contraire à l'une quelconque des normes citées par Intel à l'appui de sa demande de mauvaise administration. Dell est restée à tout moment libre de décider si elle souhaitait conclure un accord bilatéral avec AMD et elle demeurerait la seule responsabilité de Dell de respecter d'éventuels accords de confidentialité vis-à-vis d'Intel, ce faisant. La Commission ne peut identifier d'autres règles ou principes qui pourraient même théoriquement étayer l'allégation alléguée d'Intel.

177. La Commission a également souligné que, comme expliqué ci-dessus, malgré le fait que les accords entre parties privées ne sont pas directement liés à la procédure administrative et le



fait que la Commission n'ait pas participé activement à la conclusion de l'accord Dell/AMD, elle a néanmoins pris des mesures actives pour décourager un accord entre Dell et AMD, dont la terminologie faisait référence à un « accès au dossier » et à l'article 15 du règlement (CE) no 773/2004. À cet égard, la Commission a noté qu'AMD, un plaignant, ne disposait d'aucun droit d'« accès au dossier » en vertu du droit communautaire. En outre, la Commission a découragé un accord présenté par Dell, par lequel le conseiller-auditeur de la Commission serait impliqué en tant qu'arbitre et qui faisait référence à la possibilité pour Dell de renoncer à ses droits d'accès au dossier. Dans ce contexte, la Commission a souligné qu'elle n'était pas légalement tenue de prendre de telles mesures pour décourager Dell de conclure un tel accord et que Dell et AMD auraient néanmoins eu le droit de participer aux échanges d'informations envisagés, ce qui ne laisse à la Commission aucune possibilité d'empêcher que cela se produise. Compte tenu de ce qui précède, la Commission fait valoir que les allégations d'Intel concernant tout prétendu « accès au dossier » accordé par la Commission dans le cadre de l'accord d'échange d'informations Dell/AMD sont manifestement dénuées de fondement.

178. En ce qui concerne la question de l'accord d'échange d'informations Dell-AMD, la Commission a considéré que, indépendamment des discussions internes préparatoires à cette fin, elle n'a, à aucun stade, « incité » Dell et AMD à conclure un accord d'échange d'informations afin de faciliter ses propres procédures. En particulier, la Commission n'a pas obligé Dell à conclure un accord avec AMD. Au contraire, la Commission a pris des mesures actives pour décourager l'exécution **d'un [premier projet d'accord] entre Dell et AMD [expurgée]**. Dans le même temps, la Commission n'a pas été tenue d'interférer avec les échanges *d'informations* entre Dell et AMD, même lorsqu'elle a pris connaissance de l'intention des sociétés de conclure des accords à cet effet. Il incombait à Dell de tenir compte d'éventuelles obligations de confidentialité *vis-à-vis* d'Intel lorsqu'elle transmettait des informations à AMD. La Commission a fourni à AMD une version de la communication des griefs dans laquelle toutes les informations de Dell ont été expurgées. Compte tenu de ce qui précède, la Commission a soutenu que les allégations de mauvaise administration du plaignant sont dénuées de fondement.

179. Dans ses autres observations datées du 15 juin 2009 et produites en réponse au nouvel avis de la Commission du 10 juin 2009, le plaignant a fait référence à trois arguments soulevés par la Commission dans son nouvel avis. Voici ce qui suit:

(I) l'accord **[expurgé]** était purement un accord « bilatéral » entre Dell et AMD et la Commission n'avait donc aucune obligation de prendre des mesures;

(II) la Commission n'était pas tenue de prendre des mesures parce que l'accord n'était pas un « accord d'accès aux fichiers »; et

(III) Intel n'avait aucun intérêt en matière de confidentialité dans le matériel fourni à AMD et n'a donc pas été lésée.

Selon lui, l'interprétation que fait la Commission de ces questions n'est pas conforme aux faits et n'est donc pas en mesure d'excuser ses graves violations du droit communautaire.



180. Selon lui, la Commission ne saurait excuser son manquement à garantir le respect des procédures prévues aux articles 6 et 16 du règlement no 773/2004, ainsi qu'à l'article 9 du mandat du conseiller-auditeur, en faisant valoir que l'accord, dont il avait encouragé la conclusion et dont elle avait pleinement connaissance, n'était que « *bilatéral* ». Il a fait valoir que la Commission était le « *tuteur* » du dossier. En tant que telle, elle est chargée de veiller à ce que les règles relatives à l'accès aux dossiers soient pleinement respectées et que la confidentialité des informations contenues dans le dossier soit préservée. Ces règles incluent les droits d'Intel au titre des articles 6 et 16 du règlement (CE) no 773/2004 et de l'article 9 du mandat du conseiller-auditeur. Ces dispositions visent à faire en sorte que les informations déclarées confidentielles par Intel « *ne soient pas communiquées ou rendues accessibles par la Commission dans la mesure où elles contiennent des secrets d'affaires ou d'autres informations confidentielles de toute autre personne* » jusqu'à ce que le conseiller-auditeur « *ait constaté que les informations ne sont pas protégées et peuvent donc être divulguées* » et que cette constatation a été communiquée à la défenderesse. À l'époque pertinente, la Commission était informée qu'Intel avait invoqué la procédure prévue par la législation susmentionnée en ce qui concerne les matériaux que la Commission souhaitait que Dell fournisse à AMD. La lettre de Dell du 14 août 2007 informait la Commission que les citations en cause contenaient des informations confidentielles d'Intel et, à la suite de ses discussions avec Intel, la Commission avait effectivement informé qu'Intel avait fait valoir des demandes de confidentialité à l'égard de ces éléments. Néanmoins, malgré cette connaissance, la Commission a encouragé, puis autorisé AMD, à obtenir l'accès à ces documents avant que le conseiller-auditeur puisse prendre une décision quant à leur confidentialité. En agissant ainsi, la Commission a violé les articles 6 et 16 du règlement (CE) no 773/2004 et l'article 9 du mandat du conseiller-auditeur.

181. La Commission ne saurait, selon le plaignant, excuser son manquement à protéger les droits d'Intel en affirmant que l'accord était bilatéral ou que les discussions entre AMD, Dell et la Commission portent exclusivement sur la situation juridique relative au droit d'AMD au titre de l'article 6 du règlement (CE) no 773/2004. Compte tenu de son ouverture et de sa participation directe à l'obtention de l'accord AMD/Dell, la Commission ne saurait soutenir que l'accord était simplement « *bilatéral* ». Il n'est pas contesté, selon le plaignant, que i) la Commission a fourni à Dell une sélection de citations de la communication des griefs confidentielle et ii) a suggéré ou demandé à Dell de fournir ces citations à AMD sous une forme non expurgée. Dans son avis au Médiateur, la Commission ne nie pas qu'elle ait suggéré à Dell « *d' envisager d'utiliser un [accord d'échange d'informations] avec AMD similaire à celui [de Dell] contracté avec Intel pour les citations [de la communication des griefs] »* [119] . En outre, il indique que la Commission admet à présent que, lorsque Dell lui a fourni un projet définitif et signé d'un tel accord pour son examen, elle a suggéré que l'accord devait être restructuré. Compte tenu de ces faits, il déclare que la Commission est « *honnête* » lorsqu'elle affirme que « *la Commission n'a pris aucune part active à la conclusion de l'accord d'échange d'informations Dell/AMD* ». En particulier, il fait valoir que l'allégation de la Commission selon laquelle « *toute implication de la Commission ou toute référence à celle-ci dans le cadre de l'échange bilatéral a été supprimée dans la nouvelle version de l'accord qui a finalement été exécutée bilatéralement entre Dell et AMD* » ne modifie pas le fait que la Commission a encouragé et joué un rôle actif dans la conclusion de l'accord **[expurgé]** , ni n'exempte la Commission de ses obligations de garde en tant que gardienne du



dossier.

182. Le plaignant fait valoir que l'allégation de la Commission selon laquelle l'accord **[expurgé]** concerne exclusivement l'article 6 du règlement 773/2004 méconnaît le fait que c'est précisément la procédure prévue à l'article 6 (ainsi qu'à l'article 16 du règlement 773/2004 et à l'article 9 du mandat du conseiller-auditeur) qui a été contournée par l'encouragement et la participation active de la Commission à la conclusion de l'accord d'échange d'informations AMD/Dell.

183. De l'avis du plaignant, l'allégation de la Commission selon laquelle elle « n'a pas de pouvoir, et encore moins d'obligation d'empêcher des tiers de divulguer les informations qu'ils ont fournies à la Commission » n'a aucun rapport avec ce qui s'est réellement produit, car elle ignore le « rôle direct et actif » joué par la Commission dans la conclusion de l'accord AMD/Dell. De l'avis du plaignant, la question dont le Médiateur est saisi n'est pas la légalité d'un accord indépendant et *inter partes* exécuté par des tiers à l'insu de la Commission. Au contraire, la question est de savoir si la Commission, sachant que les demandes de confidentialité d'Intel relatives aux documents n'avaient pas encore été résolues et que les documents en question « peuvent être expurgés dans la version de la communication des griefs que la Commission fournira à AMD », a agi de manière inappropriée en encourageant activement et en participant à la conclusion d'un accord donnant à AMD un accès illicite au dossier, contournant ainsi les droits procéduraux d'Intel de voir ses demandes de confidentialité résolues par le conseiller-auditeur. En tant que gardienne du dossier, la Commission était tenue d'empêcher la conclusion et la mise en œuvre d'un tel accord, en particulier lorsqu'elle avait reçu un projet d'accord et avait conclu qu'elle était « à première vue contraire à la procédure administrative ».

184. De l'avis du plaignant, la Commission était également tenue d'empêcher AMD d'utiliser les informations qu'elle avait **[expurgées]** obtenues lors de l'audience orale. Cela est d'autant plus vrai que les conclusions finales du conseiller-auditeur en matière de confidentialité ont montré que les informations étaient en fait confidentielles et qu'AMD n'aurait pas eu accès aux documents en question dans le cadre d'une procédure correctement surveillée. Néanmoins, la Commission a autorisé AMD à introduire ces « matériaux *[expurgés]* » **[expurgés]**, même après qu'AMD ait informé la Commission et le conseiller-auditeur, au début de l'audience orale, qu'elle avait l'intention d'utiliser les documents confidentiels en question.

185. Pour des raisons similaires, la Commission n'est pas excusée par son affirmation selon laquelle elle est intervenue pour transformer l'accord communiqué d'un « accord d'accès aux fichiers » en un accord « exécuté bilatéralement entre Dell et AMD ». Premièrement, ainsi qu'il a été démontré ci-dessus, l'implication de la Commission dans la fourniture des documents et la suggestion de les partager sous une forme non expurgée avec AMD, ainsi que l'aveu qu'elle a été intimement impliquée dans la restructuration de l'accord, ne font que confirmer que la Commission a joué un rôle actif dans la conclusion d'un accord conçu pour contourner les articles 6 et 16 du règlement (CE) no 773/2004 et l'article 9 du mandat du conseiller-auditeur. Deuxièmement, la présence ou l'absence, dans l'accord, de références aux « renoncements aux droits respectifs de Dell ou d'AMD en vertu du règlement no 773/2004 » ou à la disposition



«concernant la participation du conseiller-auditeur en tant qu'arbitre dans les documents » ne modifie pas l'objet ou l'effet de l'accord initial **[expurgé]** ; elle ne diminue pas non plus l'implication directe de la Commission dans la passation de marché de l'accord et l'infraction à ces procédures. Troisièmement, la notion selon laquelle la qualification de l'accord en tant qu'«échange bilatéral » plutôt que comme « accord d'accès aux dossiers » pourrait excuser la Commission d'informer Intel ou le conseiller-auditeur de l'existence de l'accord est excessivement formaliste: elle méconnaît le fait que l'accord que Dell a communiqué à la Commission le 25 septembre 2007 et celui communiqué à la Commission le 13 novembre 2007 par AMD avait la même finalité et effet.

186. La plaignante a également noté que, bien que la Commission déclare avoir «informé » Intel de la notification de l'accord par AMD le 13 novembre 2007, elle n'a pas mentionné qu'elle avait attendu jusqu'au 23 juillet 2008 pour fournir à Intel une copie de cette lettre, qu'elle incluait dans le cadre de l'accès d'Intel au dossier dans le cadre de la communication des griefs complémentaire. Cela faisait environ huit mois après la notification du 13 novembre et quatre mois après l'utilisation par AMD des documents confidentiels lors de l'audition.

187. Enfin, outre l'intérêt d'Intel à la protection de ses droits procéduraux, Intel disposait également de droits de confidentialité démontrables dans les citations effectivement utilisées **par AMD lors** de l'audience orale. Si l'importation et la véracité des éléments contenus dans les documents en cause n'ont pas pu être déterminées au moment de l'opération d'effacement, l'examen des extraits réels confirme que, ainsi que l'a jugé le conseiller-auditeur, ils méritaient un traitement confidentiel en ce qu'ils prétendaient porter sur les négociations commerciales d'Intel avec Dell, un sujet tout à fait approprié pour une protection vis-à-vis du principal concurrent d'Intel. Cela réfute de manière concluante les affirmations de la Commission selon lesquelles les citations en question ne contenaient aucun secret d'affaires d'Intel.

L'évaluation du Médiateur

188. La deuxième allégation du plaignant est que la Commission «a encouragé» Dell et AMD à conclure un accord d'échange d'informations, ce qui a eu pour effet de permettre à AMD de contourner les règles limitant le droit d'AMD d'avoir accès au dossier d'enquête de la Commission.

189. À titre liminaire, et afin de définir clairement la nature de l'allégation à l'encontre de la Commission, le Médiateur estime nécessaire de traiter d'abord l'argument du plaignant selon lequel les « droits de la défense » d'Intel ont été violés par AMD lors de l'audition de ce qu'Intel prétendait être des « informations confidentielles » d'Intel.

190. Un plaignant dans une affaire de concurrence a des droits limités d'obtenir des informations de la Commission contenues dans le dossier d'enquête de la Commission. Elle ne dispose d'aucun droit d'«accès au dossier » au cours de l'enquête de la Commission. Elle n'a accès qu'à une version non confidentielle de la communication des griefs. (Le Médiateur note, à cet égard, que la Commission est tenue d'envoyer une version non confidentielle de la communication des griefs au plaignant afin de permettre à ce dernier de présenter des



observations écrites et orales à la Commission à ce sujet). [120] L'objectif de la suppression d'une version non confidentielle de la communication des griefs est de veiller à ce que le plaignant dans l'affaire de concurrence n'ait pas, par son droit d'obtenir une version de la communication des griefs, connaissance d'informations *confidentielles* relatives à des tiers [121] . Si la Commission était (en raison d'une erreur) à inclure dans la version de la communication des griefs, elle aurait pu prendre connaissance d'informations confidentielles relatives à [l'article 28] du règlement [12]. Toutefois, si une telle transmission erronée d'informations confidentielles par la Commission pourrait affecter les intérêts commerciaux légitimes d'un tiers [125] , la transmission (erronée) de ces informations n'affectera pas, *en tant que telle* , [126] les « *droits de la défense* » de la partie faisant l'objet de l'enquête [127] . Certainement, un plaignant peut avoir une meilleure connaissance du contenu d'une communication des griefs envoyée à la partie faisant l'objet de l'enquête à la suite de la réception d'informations confidentielles concernant un tiers. Toutefois, ce seul fait n'implique pas que la capacité de la partie faisant l'objet de l'enquête à se défendre contre les allégations exposées dans la communication des griefs soit affectée.

191. Si la Commission ne peut pas porter atteinte aux « *droits de la défense* » d'une partie faisant l'objet d'une enquête, même si c'était (en raison d'une erreur) de transmettre à un plaignant des informations confidentielles contenues dans la communication des griefs, il s'ensuit qu'elle ne pourrait pas porter atteinte aux « *droits de la défense* » d'une partie faisant l'objet d'une enquête, si l'on a constaté qu'elle avait suggéré, voire encouragé, un tiers à transmettre des informations confidentielles à un plaignant [128] . Le Médiateur n'est pas d'accord, en principe, avec l'argument avancé par le plaignant, selon lequel les droits de la défense d'une partie faisant l'objet d'une enquête seraient violés, si le plaignant dans l'affaire de concurrence était fourni, ou autrement obtenu, des informations que ce plaignant pourrait utiliser pour formuler des arguments à communiquer à la Commission dans le cadre d'une enquête de la Commission [129] .

192. À titre liminaire, le Médiateur estime que le fait qu'un tiers (tel que Dell) fournisse des informations à la Commission, dans le cadre de l'enquête de la Commission sur une infraction au titre de l'article 81 CE ou de l'article 82 CE, ne confère à la Commission aucun pouvoir d'empêcher ce tiers de décider, à elle seule, d'utiliser ces informations d'une manière qu'elle juge appropriée [130] . en l'absence de possibilité qu'un échange d'informations entre entreprises puisse constituer elle-même une infraction au titre de l'article 81 CE, le fait qu'une partie (comme Dell) fournisse des informations à la Commission dans le cadre de l'enquête de la Commission sur une infraction au titre de l'article 81 CE ou de l'article 82 CE ne confère à la Commission aucun pouvoir d'empêcher ce tiers d'échanger les mêmes informations avec un tiers.

193. Le principe selon lequel la Commission n'est pas habilitée, *par le simple fait que des informations lui ont été transmises par un tiers* , à empêcher ce tiers d'utiliser les mêmes informations à d'autres fins, s'applique, même si les informations fournies à la Commission sont qualifiées d'« *informations confidentielles* » aux fins de l'enquête de la Commission sur la base d'une demande de confidentialité présentée par la partie faisant l'objet de l'enquête. Dans de telles circonstances, il n'appartient pas à la Commission de protéger les intérêts de la partie



faisant l'objet de l'enquête à l'égard de ces informations.

194. À titre liminaire, le Médiateur fait observer que la Commission, lorsqu'elle respecte son obligation de fournir à un plaignant une version expurgée de la communication des griefs, ne violera aucune règle ou principe applicable, à *moins* qu'elle n'inclue des « *informations confidentielles* » dans la version expurgée de la communication des griefs. En effet, il n'est pas contesté, dans le cadre de la présente enquête, que la Commission n'a transmis directement à AMD aucune information confidentielle concernant Intel. Si la Commission décide, par exemple, parce qu'elle a été informée d'un accord d'échange d'informations entre le plaignant et un tiers, de s' *abstenir* d'inclure certaines informations dans la version expurgée de la communication des griefs, cette ligne de conduite ne constituera pas une violation de confidentialité de la part de la Commission.

195. À titre liminaire, le Médiateur estime que l'arrêt rendu dans l'affaire *AKZO Chemie BV/Commission* [131], selon laquelle un tiers ayant introduit une plainte ne peut « en aucun cas avoir accès à des documents contenant des secrets d'affaires » (c'est nous qui soulignons) doit être interprété en ce sens que les règles d'accès empêchent *la Commission* d'accorder à un plaignant l'accès à des informations confidentielles *en toutes circonstances*. Cela pourrait être compris comme incluant la Commission demandant, encourageant ou facilitant un tiers à donner à un plaignant l'accès à ces informations. L'arrêt rendu dans l'affaire *AKZO* n'implique toutefois pas que la Commission ait l'obligation *d'empêcher* les tiers de communiquer des informations qu'ils possèdent, *indépendamment de la Commission*, à un plaignant.

196. Le Médiateur est également d'avis que, si un plaignant obtient, par le biais d'un accord d'échange d'informations avec un tiers, des informations que la Commission pourrait avoir qualifiées d'« *informations confidentielles* » aux fins de son dossier d'enquête, la Commission n'a pas le pouvoir d'empêcher ce tiers de se référer à ces informations ou de les utiliser de toute autre manière lorsqu'elle présente des observations écrites ou orales à la Commission [132]. Le Médiateur observe qu'un plaignant qui présente des observations écrites ou orales à la Commission au sujet d'une communication des griefs peut se fonder sur des faits et des arguments présentés dans la version non confidentielle de la communication des griefs. Il fait également observer qu'un plaignant peut également se fonder sur d'autres faits ou arguments qu'il a reçus d'autres sources et qu'il estime pertinents pour la formulation de ses observations relatives à la communication des griefs. À condition que le plaignant n'ait pas reçu de telles informations de la part de la Commission (voir points 189, 190 et 191 ci-dessus et 198 ci-dessous), il n'appartient pas à la Commission de se demander comment le plaignant a pu obtenir de tels faits ou arguments.

197. À titre liminaire, le Médiateur est d'avis que la Commission est en droit d'exprimer son point de vue à des tiers sur les questions de procédure qui pourraient se poser en rapport avec le bon traitement de ses procédures, dans le cas où un tiers ayant fourni des informations à la Commission l'informe qu'il a l'intention de conclure ou qu'il a conclu un accord d'échange d'informations avec un plaignant. En tant que tel, si la Commission était informée d'un projet d'accord d'échange d'informations, voire d'un accord d'échange d'informations finalisé, qui vise à accorder à un plaignant « l' *accès au dossier* », la Commission est en droit d'informer ce tiers



que les plaignants ne disposent d'aucun droit d'« accès au dossier» dans le cadre d'une procédure de la Commission appliquant l'article 81 CE ou l'article 82 CE. [133] En outre, la Commission serait en droit, dans de telles circonstances, de tenir compte de tels accords lors de la rédaction de versions non confidentielles des communications des griefs.

198. Nonobstant ce qui précède, le Médiateur estime que, si la transmission *erronée* d'informations à un plaignant par la Commission dans le cadre d'une enquête ne peut avoir pour conséquence que la responsabilité extracontractuelle de la Communauté pour tout dommage subi, il ne saurait nécessairement en être conclu en ce qui concerne tout transfert *intentionnel* d'informations confidentielles à un plaignant par la Commission. Le Médiateur est d'avis que tout transfert *intentionnel* d'informations confidentielles à un plaignant par la Commission pourrait également, potentiellement, remettre en cause l'impartialité globale de la Commission dans son enquête, en violation des principes de bonne administration. [134] Ce serait particulièrement le cas, si l'intention expresse de la Commission, lors du transfert d'informations confidentielles à un plaignant, devait être de renforcer la position d'une partie dans la procédure administrative dont la Commission était chargée.

199. Conformément à ce raisonnement, le Médiateur est également d'avis qu'il ne serait pas conforme aux principes de bonne administration que la Commission demande, encourage ou facilite un accord d'échange d'informations entre tiers, en particulier si la Commission avait connaissance d'un risque que l'accord implique le transfert d'informations confidentielles d'un autre tiers. Bien que le Médiateur ne considère pas la validité des demandes de confidentialité formulées par Intel dans le cadre de l'affaire COMP/37.990, il note que la Commission n'a pas exclu que certaines de ces demandes de confidentialité aient pu être valables. Dans de telles circonstances, il n'aurait pas été conforme aux principes de bonne administration que la Commission, en tant qu'autorité publique, ait demandé, encouragé ou facilité un tiers à prendre des mesures qui auraient (même potentiellement) porté atteinte aux droits d'un autre tiers de protéger ses informations confidentielles [135] .

200. En outre, si la Commission demandait à un tiers de divulguer à un plaignant dans une affaire de concurrence des informations confidentielles auxquelles ce plaignant n'aurait autrement pas eu accès dans le cadre de l'application de l'article 6 du règlement (CE) no 773/2004, cela pourrait également remettre en cause l'impartialité globale de la Commission dans le cadre de l'enquête [136] .

201. Le plaignant dans la présente enquête fait valoir que la Commission a encouragé l'accord d'échange d'informations entre Dell et AMD en fournissant à Dell, dès le 9 août 2007, une liste de citations de la version confidentielle de la communication des griefs. Le Médiateur croit comprendre, à partir de la lettre du 14 août 2007, que la lettre du 9 août 2007 avait pour objet d'informer Dell des différentes citations contenues dans la communication des griefs, qui pouvaient contenir des informations sur Dell ou s'y rapportant. La fourniture de cette liste de citations de la communication des griefs à Dell permettrait à Dell d'identifier ce qu'elle considérerait comme des informations confidentielles qui ne devraient pas être divulguées à AMD dans le cadre de la fourniture à AMD de la version expurgée de la communication des griefs. La réponse de Dell du 14 août 2009 visait à convaincre la Commission qu'elle ne devrait pas



inclure, dans la version expurgée de la communication des griefs à envoyer à AMD, des informations que Dell considérait comme confidentielles. Cette interprétation est confirmée par l'examen par le Médiateur d'un courriel du 23 août 2007 envoyé par un avocat externe Dell (M. C) à un collègue, dans lequel M. C indique qu'un fonctionnaire de la Commission (M. D) a discuté avec lui de la suppression de la communication des griefs que Dell considérait comme confidentielle.

202. La lettre de la Commission et la réponse de Dell faisaient donc partie de la « *procédure normale* », par laquelle la Commission cherche à déterminer quelles informations devraient être expurgées de la version confidentielle de la communication des griefs afin de créer une version non confidentielle de la communication des griefs. Par conséquent, le Médiateur ne considère pas que la lettre du 14 août 2007 constitue une preuve que la Commission a demandé, encouragé ou facilité un accord d'échange d'informations entre Dell et AMD.

203. Le plaignant dans la présente enquête fait également valoir que le courriel du 3 septembre 2007, dans lequel un avocat externe Dell (M. C) informe un collègue principal qu'un fonctionnaire de la Commission (M. D) a téléphoné à M. C pour lui demander si Dell « *envisagerait d'utiliser un [accord d'échange d'informations] avec AMD similaire à celui [de Dell] sous contrat avec Intel pour les citations [de la communication des griefs]* » constitue la preuve que la Commission a demandé à Dell de conclure un accord d'échange d'informations avec AMD aux fins de fournir à AMD des informations auxquelles AMD n'aurait pas accès dans la version expurgée de la communication des griefs. Le plaignant fait également référence à une lettre du 18 septembre 2008 adressée par le conseil de Dell au Médiateur, dans laquelle l'avocat externe de Dell déclare que « *la Commission a suggéré à Dell de conclure un accord de non-divulgaration avec les conseils et les économistes d'AMD pour le partage des documents Dell utilisés dans la communication des griefs* ».

204. Le Médiateur note que la Commission n'accepte pas qu'elle ait suggéré à Dell de conclure un accord d'échange d'informations avec AMD. La Commission indique qu'elle n'a commencé à discuter en interne de la possibilité d'un accord d'échange d'informations entre Dell et AMD qu'après un appel téléphonique de haut niveau avec Dell le 30 août 2007, dans lequel un tel accord d'échange d'informations a été discuté. La Commission fait valoir que, puisque l'ordre du jour établi par la Commission et envoyé à Dell avant l'appel téléphonique ne mentionnait pas un accord d'échange d'informations entre Dell et AMD [137], il est « *plausible que, dans cet appel téléphonique, soit M. B, [138] ou l'avocat externe de Dell, aient d'abord mentionné l'option d'un échange bilatéral d'informations également avec AMD* ».

205. La Commission confirme catégoriquement qu'un accord d'échange d'informations entre Dell et AMD a effectivement été discuté lors de cet appel téléphonique.

206. Sur la base de cet ordre du jour de l'appel téléphonique [139], le Médiateur convient que l'intention de la Commission, au début de l'appel téléphonique du 30 août 2007, était de discuter de la suppression des citations de Dell de la communication des griefs. Toutefois, le Médiateur ne peut tirer aucune conclusion, du simple fait que l'ordre du jour ne mentionne pas un accord d'échange d'informations entre Dell et AMD, quant à savoir si c'est la Commission ou



Dell qui a soulevé la question.

207. Le Médiateur fait observer que la Commission n'affirme pas catégoriquement que c'est Dell qui a soulevé la possibilité d'un accord d'échange d'informations et qu'elle n'indique pas non plus catégoriquement que ce n'est pas la Commission qui a soulevé la possibilité d'un accord d'échange d'informations. Au contraire, elle soutient qu'il était « *plausible* » que la question ait été mentionnée pour la première fois par Dell.

208. Le Médiateur reconnaît que, *ab initio*, il est « *plausible* » que la Commission ou Dell soulèvent la question d'un accord d'échange d'informations dans un tel appel téléphonique. Le Médiateur comprend que de tels accords peuvent présenter des avantages à une partie qui est tenue par la Commission de fournir à cette dernière des versions expurgées des éléments de preuve précédemment présentés à la Commission [140]. En effet, au cours de son examen du dossier de la Commission, le Médiateur a eu connaissance de la correspondance entre la Commission et un autre OEM [141], dans laquelle cet autre OEM fait savoir à la Commission a) la charge liée à la fourniture à la Commission de versions expurgées des documents (nombreux) de cet équipementier contenus dans le dossier de la Commission et b) l'avantage (pour cet OEM) d'éviter de tels coûts en concluant un accord d'échange d'informations (avec Intel). Il ne serait pas inhabituel qu'une partie, qui est invitée par la Commission à discuter, lors d'un appel téléphonique « *de haut niveau* » avec cette dernière, des détails de l'occultation des informations fournies à la Commission, suggère à la Commission une alternative qui serait moins onéreuse pour cette partie. Le Médiateur comprend que la Commission pourrait également voir des « *avantages* » dans de tels accords d'échange d'informations. L'existence d'un accord d'échange d'informations entre une partie qui a fourni des informations à la Commission et un plaignant peut rendre inutile la Commission, lorsqu'elle tente de produire une version non confidentielle « *significative* » de la communication des griefs, de vérifier et de prendre position sur les demandes de confidentialité de la partie faisant l'objet de l'enquête concernant ces informations. Cette compréhension du Médiateur est, selon lui, confirmée par les actions ultérieures de la Commission. En résumé, bien qu'elle n'ait pas été convaincue de la validité des demandes de confidentialité d'Intel, la Commission a expurgé de la communication des griefs les citations de Dell qui, selon Intel, contenaient également des informations confidentielles relatives à Intel. Le Médiateur comprend que la Commission n'a pas poursuivi la question de savoir si de telles allégations étaient ou non valables parce que la Commission savait que, pour AMD, la version expurgée de la communication des griefs était significative, étant donné qu'AMD avait accès, par le biais de l'accord d'échange d'informations, aux citations contestées de Dell.

209. Lorsqu'il est présenté avec deux récits de faits divergents, qui sont tous *deux plausibles*, le Médiateur s'efforcera de vérifier, s'il existe des éléments de preuve qui donnent plus de crédibilité à l'un des faits que l'autre.

210. Le Médiateur note tout d'abord que le courriel du 3 septembre 2007 reflète la compréhension par M. C d'une conversation avec M. D (fonctionnaire de la Commission). En tant que tel, il ne saurait être certain que le courriel reflète *précisément* les mots utilisés par M. D dans cette conversation. Toutefois, on peut comprendre que le courriel reflète la



compréhension honnête de M. C, en particulier à la lumière du fait que le courriel a été rédigé *in tempore non suspecto*, c'est-à-dire sans qu'on ait pensé à savoir s'il serait ultérieurement utile comme preuve [143] En tant que tel, le Médiateur conclut qu'il est suffisamment prouvé que la question d'un accord d'échange d'informations a été mentionnée dans la conversation téléphonique du 3 septembre 2007. [144]

211. À la lumière de ce qui précède, le Médiateur considère que le fait que M. C et M. D ont discuté d'un accord d'échange d'informations lors de la conversation téléphonique du 3 septembre 2007 n'implique pas que c'était la première fois que cette question a été discutée entre la Commission et Dell. [145] Le Médiateur note que M. D est un membre (relativement) junior [146] de l'équipe chargée de l'affaire. Le Médiateur estime peu probable que, si la Commission souhaitait communiquer à l'avocat externe de Dell un développement important dans sa procédure avec Dell, elle aurait laissé une telle discussion initiale à un membre subalterne de l'équipe chargée de l'affaire. Au contraire, le Médiateur estime qu'il est plus probable que la question ait été discutée précédemment dans le contexte de ce que la Commission appelle un appel téléphonique «de *haut niveau* » le 30 août 2007, auquel ont participé les avocats internes les plus expérimentés de Dell, les avocats externes seniors de Dell et les membres de l'équipe chargée des affaires de la Commission.

212. En ce qui concerne la question de savoir si, dans le cadre de l'appel téléphonique «de *haut niveau* » du 30 août 2007, c'est la Commission ou Dell (ou l'avocat externe de Dell) qui a d'abord soulevé la question de l'accord d'échange d'informations, le Médiateur note que la Commission fait référence à une « *note interne* » concernant l'appel téléphonique «de *haut niveau* » du 30 août 2007. Le Médiateur a examiné cette note dans le cadre de son contrôle. La note vise à contenir les impressions des fonctionnaires de la Commission présents lors de la réunion du 30 août 2007. La note en question ne semble toutefois pas être un récit contemporain de l'appel téléphonique «de *haut niveau* » en question. La note indique qu'il est certain que l'idée d'un accord d'échange d'informations a été « *véhiculée* » lors de la réunion. Elle n'indique pas précisément qui « *a flotté* » cette idée (au plus, elle pourrait suggérer qu'il était « *plausible* » que Dell ou l'avocat externe de Dell aient suggéré que Dell utilise un accord d'échange d'informations).

213. Le plaignant a également fait référence à des courriels entre M. C et M. D des 25 et 26 septembre 2007. Il a fait valoir que cet échange de courriels confirme que la Commission a encouragé Dell à conclure [**l'accord**] avec AMD et à lui fournir des éléments confidentiels de la communication des griefs. Le Médiateur note que M. D, dans un courriel du 26 septembre 2007, a remercié M. C « *pour votre aide constructive à ce sujet* ». Selon le plaignant, la gratitude de M. D pour « *l'aide constructive* » de Dell a établi incontestablement que la Commission s'est félicitée du fait que Dell était disposée à **conclure [un accord]** avec AMD, et que la Commission avait effectivement promu et encouragé l'accord.

214. Dans le cadre de son examen du dossier, le Médiateur a vu des courriels internes qui lui ont été fournis par la Commission, qui indiquent que les références à « *l'aide constructive en la matière* » faites par M. A n'ont pas été faites en rapport avec l'« *encouragement* » d'un accord d'échange d'informations entre Dell et AMD, mais plutôt à l'attitude coopérative de Dell en ce



qui concerne la modification d'un projet d'accord d'échange d'informations envoyé par Dell à la Commission. Les modifications que la Commission a jugées nécessaires (afin de se conformer aux règles d'accès au dossier) concernaient la suppression des références à un droit d'AMD d'avoir « l'accès au dossier ». [147] En effet, des courriels internes suggèrent que, tout au long du mois de septembre 2007, la Commission a activement poursuivi la procédure traditionnelle d'expurgation de la communication des griefs.

215. À la lumière de ce qui précède, le Médiateur ne considère pas que les courriels entre M. C et M. D des 25 et 26 septembre 2007 constituent une preuve concluante que la Commission a encouragé Dell à conclure un accord d'échange d'informations.

216. Le Médiateur est d'avis que, si la Commission avait, conformément aux principes de bonne administration, rédigé, à l'époque pertinente, une note interne des éléments significatifs de l'appel téléphonique du 30 août 2007, elle aurait été en mesure de fournir des éléments de preuve importants en ce qui concerne l'auteur de la proposition initiale d'un accord d'échange d'informations entre Dell et AMD [148]. Le Médiateur regrette que l'absence de rédaction d'une note interne de l'appel téléphonique à l'époque pertinente permette l'existence d'incertitudes quant à son contenu précis. Le Médiateur considère également que, si la Commission avait rédigé une telle note interne à l'époque, elle aurait également été en mesure de traiter correctement les accusations selon lesquelles ses fonctionnaires auraient soulevé pour la première fois de manière inappropriée la question d'un accord d'échange d'informations.

217. Étant donné que le plaignant n'a soulevé aucune allégation ou argument concernant l'absence de rédaction d'une note interne de l'appel téléphonique du 30 août 2007, le Médiateur ne poursuivra donc pas la question dans le cadre de la présente enquête, mais fera plutôt une remarque supplémentaire.

218. Le Médiateur estime probable que la possibilité d'un accord d'échange d'informations entre Dell et AMD ait été évoquée pour la première fois lors de l'appel téléphonique du 30 août 2007. Étant donné qu'il n'existe aucune preuve documentaire contemporaine du contenu de cet appel téléphonique et compte tenu des constatations du Médiateur en ce qui concerne les éléments de preuve qui lui ont été soumis (voir points 201 à 215 ci-dessus), le Médiateur considère que les éléments de preuve disponibles ne sont pas suffisants pour qu'il puisse prendre position sur la question de savoir si c'est la Commission qui a d'abord suggéré à Dell de conclure un accord d'échange d'informations avec AMD. Étant donné que le Médiateur ne considère pas que ses enquêtes révéleraient d'autres éléments de preuve susceptibles de clarifier le contenu précis de la conversation téléphonique du 30 août 2007, il conclut donc son enquête en concluant qu'aucune autre enquête du Médiateur n'est justifiée au sujet de cette allégation.

C. Conclusions

Sur la base de son enquête sur la première allégation, le Médiateur conclut son enquête avec la remarque critique suivante:



En omettant de prendre note écrite adéquatement de la réunion du 23 août 2006, aux fins de l'établissement d'un procès-verbal approuvé de cette réunion, la Commission aurait violé les principes de bonne administration.

Sur la base de son enquête sur la deuxième allégation, le Médiateur estime qu'aucune autre enquête du Médiateur n'est justifiée. Il clôt donc son enquête.

Le plaignant et la Commission européenne seront informés de cette décision.

REMARQUE COMPLÉMENTAIRE

Il serait dans l'intérêt d'une bonne administration que la Commission donne instruction à son personnel de veiller à ce qu'une note interne appropriée, qui devrait être versée au dossier, soit faite du contenu des réunions ou des appels téléphoniques avec des tiers concernant des questions de procédure importantes.

P. Nikiforos DIAMANDOUROS

Fait à Strasbourg, le 14 juillet 2009

[1] L'article 82 CE interdit l'abus de position dominante.

[2] Voir les affaires jointes T-191/98 et T-212/98 à T-214/98, *Atlantic Container Line e.a./Commission*, Rec. 2003, p. II-3275 (autrement connu sous le nom de *TACA*).

[3] Une copie de ce document a été soumise au Médiateur par le plaignant.

[4] Le conseiller-auditeur est un fonctionnaire de la Commission dont le rôle est de renforcer l'impartialité et l'objectivité des procédures de concurrence de la Commission. Le mandat du conseiller-auditeur est énoncé dans la décision 2001/462 de la Commission du 23 mai 2001 relative au mandat des conseillers-auditeurs dans certaines procédures de concurrence (JO L 162 du 19 juin 2001, pages 21-24).

[5] Voir les affaires T-457/08 R *Intel/Commission* (non encore rapportées) et T-457/08 *Intel/Commission* (non encore rapportées).

[6] Voir l'ordonnance du président du Tribunal du 27 janvier 2009 dans l'affaire T-457/08 R,



Intel Corp/Commission (non encore publiée).

[7] Voir note de bas de page 6 ci-dessus.

[8] Dans son avis du 20 mars 2009, la Commission a estimé qu'il n'était pas certain que le fait qu'Intel ait retiré son recours dans l'affaire T-457/08 rende automatiquement recevable la plainte d'Intel devant le Médiateur. Toutefois, sans préjudice de sa position dans de futures affaires, la Commission a déclaré que, dans ce cas précis, elle ne poursuivrait pas la question de l'irrecevabilité potentielle de la plainte.

[9] Dans sa lettre du 16 février 2009 adressée à la Commission, le Médiateur a indiqué que le délai très court était justifié, étant donné que la Commission avait connaissance des allégations depuis le 22 juillet 2008 et de l'ensemble des éléments de preuve depuis le 26 septembre 2008.

[10] Le plaignant affirme que le suivi écrit après la réunion, envoyé par Dell à la Commission, suggère que l'ordre du jour a bel et bien été suivi.

[11] Une communication des griefs constitue une étape formelle des enquêtes de la Commission en matière de droit de la concurrence, dans laquelle la Commission informe par écrit les parties concernées des griefs soulevés à leur rencontre. Le destinataire d'une communication des griefs peut répondre (par écrit) à la communication des griefs, en exposant tous les faits dont il a connaissance et qui sont pertinents pour sa défense contre les griefs soulevés par la Commission. Le destinataire peut également demander une audition pour présenter ses observations sur l'affaire. La Commission peut alors décider si le comportement visé dans la communication des griefs est ou non compatible avec les règles du droit de la concurrence du traité CE (articles 81 et 82 CE). L'envoi d'une communication des griefs ne préjuge pas du résultat final de la procédure. La Commission peut également choisir d'envoyer une ou plusieurs communications des griefs supplémentaires.

[12] Une copie complète de ce témoignage a été fournie à l'Ombudsman par le plaignant.

[13] Le plaignant affirme que, le 22 janvier 2008, Intel a écrit au conseiller-auditeur de la Commission au sujet d'un certain nombre de demandes d'accès au dossier. Ces demandes comprenaient une demande de copie de l'entretien avec M. A. Le 19 février 2008, le conseiller-auditeur a répondu que « *je n'ai pas connaissance de l'entretien avec [M. A] du 23 août 2006 et j'ai demandé à l'équipe chargée de l'affaire de réagir à cette demande* ».

[14] La plaignante affirme que, le 21 février 2008, l'équipe chargée de l'affaire a envoyé un courriel confirmant que M. A avait effectivement assisté à une réunion avec la Commission le 23 août 2006, mais que « *la Commission n'a pas interviewé [M. A] au cours de cette réunion et qu'aucun procès-verbal de la réunion n'a été établi* ». Le 10 mars 2008, le conseiller-auditeur a répondu que, *selon les informations qu'elle avait reçues de l'équipe chargée de l'affaire, « aucun entretien au titre de l'article 19 du règlement no 1/2003 n'a eu lieu, ni aucun procès-verbal pendant ou après la réunion qui fait partie du dossier ».*



[15] Le plaignant affirme qu'Intel a de nouveau écrit au conseiller-auditeur le 14 avril 2008, expliquant l'importance de l'approche de l'équipe chargée de l'affaire à l'égard de l'entretien avec M. A, et exprimant sa préoccupation que l'équipe chargée de l'affaire n'ait pas établi de compte rendu détaillé d'une réunion aussi importante. Dans une lettre datée du 7 mai 2008, le conseiller-auditeur a reconnu qu'un membre de l'équipe chargée de l'affaire avait produit une « *note au dossier* » concernant la réunion du 23 août 2006. Le conseiller-auditeur a indiqué que la note en question aurait dû être versée au dossier de l'affaire. Toutefois, elle a également jugé qu'Intel ne disposait pas d'un droit d'accès parce que la note était une « *note interne* » et que « *apparemment* » n'avait pas été invoquée dans la communication des griefs adressée à Intel.

[16] L'article 11 (Équité) dispose que « *[l]e fonctionnaire agit de manière impartiale, équitable et raisonnable.*».

[17] L' article 12 (Avec la permission) se lit comme suit:

« 1. Le fonctionnaire est soucieux du service, correct, courtois et accessible dans les relations avec le public. Lorsqu'il répond à la correspondance, aux appels téléphoniques et aux courriels, le fonctionnaire s'efforce d'être le plus utile possible et répond de la manière la plus complète et précise possible aux questions posées.

2. Si le fonctionnaire n'est pas responsable de l'affaire en cause, il dirige le citoyen vers le fonctionnaire compétent.

3. En cas d'erreur affectant négativement les droits ou les intérêts d'un membre du public, le fonctionnaire s'excuse et s'efforce de corriger les effets négatifs résultant de son erreur de la manière la plus opportune et d'informer le membre du public de tout droit de recours conformément à l'article 19 du code. »

[18] Les articles 7, 8 et 9 du code européen de bonne conduite administrative exigent, respectivement, qu'une institution ou un organe européen «ne fasse pas *usage [de ses] pouvoirs à des fins qui n'ont aucun fondement juridique ou qui ne sont pas motivés par un quelconque intérêt public,* » doivent être «*impartialités et indépendants et s'abstenir de toute action arbitraire portant atteinte aux membres du public,* » et devraient « *prendre en considération les facteurs pertinents et donner à chacun d'eux son poids dans la décision.*».

[19] L'Ombudsman comprend que ces documents concernaient le témoignage de M. A devant la FTC en 2003.

[20] L' accès au dossier est une étape procédurale importante dans les affaires de concurrence et de fusion. Elle permet au destinataire d'une communication des griefs (voir note de bas de page 11 ci-dessus) de voir tous les éléments de preuve, qu'ils soient incriminants ou exonérants, figurant dans le dossier de la Commission. Une partie peut alors comprendre les faits qui ont conduit la Commission à envoyer une communication des griefs et attirer l'attention de la Commission sur des éléments du dossier qui, selon elle, n'ont pas reçu suffisamment d'importance. Il s'agit d'une garantie procédurale fondamentale qui garantit les droits de la



défense des entreprises. La Commission a publié une communication sur les règles d'accès au dossier de la Commission (Journal officiel C 325 du 22 décembre 2005, p. 7-15).

[21] L' accent mis par la Commission.

[22] Cité à la note de bas de page 20 ci-dessus.

[23] Cité à la note de bas de page 2 ci-dessus.

Voir l' affaire T-38/02, *Groupe Danone/Commission* , Rec. 2005, p. II-4407.

[25] La Commission a noté que la période d'enquête couverte par la communication des griefs du 26 juillet 2007 se rapporte à la période commençant en décembre 2002, tandis que le témoignage de M. A devant la FTC de mars 2003 concerne principalement la période de décembre 2002.

[26] Le Médiateur comprend que la Commission renvoie à l'ordre du jour (voir paragraphe 36 ci-dessus).

[27] À la lumière des communications des griefs communiquées par la Commission à Intel les 27 juillet 2007 et 17 juillet 2008, la Commission est d'avis que le témoignage de M. A devant la FTC en 2003, sur lequel Intel se fonde et qu'elle considère comme à décharge, n'étaye pas l'affirmation d'Intel selon laquelle les rabais versés à Dell n'étaient pas subordonnés à l'exclusivité.

[28] Le Médiateur rappelle que l'avis de la Commission a été présenté en mars 2009. Elle a adopté une décision en mai 2009.

[29] Cité à la note 2 ci-dessus.

[30] Cité à la note 24 ci-dessus.

Voir l' affaire T-30/91, *Solvay/Commission*, Rec. 1995, p. II-1775, point 81.

[32] Voir la décision dans l'affaire COMP/37.990 du 13 mai 2009 (non encore communiquée).

[33] À cet égard, le plaignant a fait référence à l'affaire T-314/01, *Avebe/Commission* , Rec. 2006, p. II-3085, point 66; Affaire T 30/91, *Solvay/Commission* , Rec. 1995, p. II-1775, *points 81 et suivants* ; Affaires jointes 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 A/S et autres/Commission* , Rec. 2004, p. I-123, point 75.

[34] Les juridictions communautaires ont déclaré que « *les garanties offertes par l'ordre juridique communautaire dans les procédures administratives comprennent, notamment, le principe de bonne administration, qui implique l'obligation pour l'institution compétente d'examiner attentivement et impartialement tous les aspects pertinents du cas d'espèce* ». Voir



l'affaire T-339/04, *France Télécom/Commission* , Rec. 2007, p. II-521, point 94. Voir également l'arrêt *TACA* , précité à la note 2 ci-dessus, point 404. En revanche, *avant* de décider d'ouvrir une enquête, la Commission n'est tenue de prendre en considération que les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance par le plaignant (aux fins de déterminer s'il existe un intérêt communautaire suffisant pour ouvrir une enquête). Voir *arrêt Automec Srl/Commission (Automec II)* , Rec. 1992, p. II-2223, point 86. Voir également l'affaire 210/81, *Oswald Schmidt, trading as Demo-Studio Schmidt/Commission* , Rec. 1983, p. 3045, point 19; Affaire C-119/97 P, *Union française de l'express (Ufex) e.a./Commission*, Rec. 1999 , p. I-1341, point 86.

[35] Voir affaires jointes 43/82 et 63/82, *VBVB et VBBB/Commission* , Rec. 1984, p. 19, point 18.

[36] Voir l'affaire T-201/04, *Microsoft/Commission* , Rec. 2007, p. II-3601, point 1275.

[37] Règlement (CE) no 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 (JO L 1 du 4 janvier 2003, p. 1 à 25).

[38] Le Médiateur note que le règlement no 1/2003 est entré en vigueur après les décisions ayant donné lieu aux arrêts du Tribunal de première instance dans l'affaire *TACA* et du *Groupe Danone* (cités respectivement aux notes 2 et 24 ci-dessus).

[39] Règlement no 17/62 du Conseil (1962) JO 204 du Conseil.

[40] Voir paragraphes 56 à 60 ci-dessus.

[41] Le paragraphe 12 de l'avis énonce ce qui suit:

« *Les services de la Commission n'ont pas l'obligation de rédiger des procès-verbaux de réunions avec une personne ou une entreprise. Si la Commission choisit de prendre note de ces réunions, ces documents constituent la propre interprétation de la Commission de ce qui a été dit lors des réunions, raison pour laquelle ils sont classés comme documents internes* ».

[42] Cité à la note 2 ci-dessus.

[43] Cité à la note 24 ci-dessus.

[44] Voir les affaires jointes 16/62 et 17/62 *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes et autres/Conseil* (ECR édition spéciale en anglais page 471); Affaire 45/86, *Commission/Conseil* , Rec. 1987, p. 1493; Affaire C-300/89, *Commission/Conseil* , Rec. 1991, p. I-2867, point 10; et l'affaire C-295/90, *Parlement/Conseil* , Rec. 1992, p. I-4193, point 13.

Affaire C-322/88, *Salvatore Grimaldi/Fonds des maladies professionnelles*, Rec. 1989, p. 4407, point 14.

[46] Les entrevues peuvent prendre de nombreuses formes, telles que des réunions, des



appels téléphoniques ou des visioconférences (voir l'article 3, paragraphe 2, du règlement (CE) no 773/2004).

[47] Par exemple, des réunions qui ont lieu dans le cadre de l'évaluation des règlements d'exemption par catégorie ou des réunions qui ont lieu dans le cadre de l'évaluation des « *lignes directrices* » politiques.

[48] On peut soutenir qu'une entrevue qui est menée avant l'ouverture formelle d'une enquête (comme une entrevue avec un plaignant) n'est pas un « *entretien* » au sens de l'article 19 du règlement no 1/2003. Il peut encore constituer une bonne pratique administrative de faire un compte rendu approprié de ces réunions.

[49] Cette règle découle du libellé de l'article 19 du règlement no 1/2003 lui-même, qui dispose que « *la Commission peut interroger toute personne physique ou morale qui consent à être interrogée* » et de la jurisprudence (voir les affaires jointes 43/82 et 63/82, *VBVB et VBBB/Commission*, Rec. 1984, p. 19, point 18, qui dispose que « *la Commission dispose d'une marge d'appréciation raisonnable pour décider de l'opportunité d'entendre des personnes dont les éléments de preuve peuvent être pertinents pour l'enquête* »).

[50] Voir, par exemple, la décision du Médiateur européen relative à la plainte 1056/25.11.96/STATEWATCH/UK/IJH contre le Conseil au paragraphe 3.5.

[51] La Commission pourrait enregistrer l'entrevue au titre de l'article 19 en rédigeant une note, ou au moyen d'un enregistrement audio ou d'un enregistrement vidéo. Le Médiateur est d'avis que la Commission devrait utiliser les moyens les plus appropriés pour enregistrer l'entretien au titre de l'article 19, compte tenu de l'objet, du contenu et du contexte spécifiques d'un entretien. Ainsi, si l'entretien porte sur un ensemble de faits très complexe, qu'il serait difficile de transcrire avec précision sur *place*, la Commission devrait choisir de procéder à un enregistrement audio ou vidéo de l'entretien.

[52] En revanche, l'article 14, paragraphe 8, du règlement (CE) no 773/2004 (Conduite des auditions) crée clairement l'obligation pour la Commission de veiller à ce que les déclarations faites par chaque personne lors des audiences orales soient consignées. Il indique que « *[/]es déclarations faites par chaque personne entendue sont consignées.* » (soulignement ajouté)

[53] Bien que l'on puisse soutenir, sur la base du *libellé* de l'article 3, qu'il n'est pas clair s'il existe une obligation légale d'enregistrer un « *entretien au titre de l'article 19* », on peut également soutenir qu'une interprétation téléologique de l'article 3 du règlement 773/2000 conduit à conclure qu'elle doit être interprétée comme exigeant qu'un enregistrement, sous une forme ou une autre, soit fait d'un entretien au titre de l'article 19. En résumé, l'article 19 a pour objet de permettre à la Commission de recueillir des informations sur l'objet d'une enquête. L'objectif de l'article 19 serait sans doute compromis si la Commission ne procédait pas à un enregistrement des informations qu'elle recueille. On peut également soutenir qu'une interprétation contextuelle de l'article 19 du règlement no 1/2003, lu en combinaison avec l'article 3 du règlement (CE) no 773/2004, conduirait à la conclusion qu'il existe effectivement



une obligation d'enregistrer un entretien au titre de l'article 19. Le libellé de l'article 19 du règlement no 1/2003 est similaire au libellé de l'article 18 et de l'article 20 dans la mesure où les articles 18 et 20 confèrent également à la Commission le pouvoir, mais pas l'obligation, (respectivement) de présenter des demandes de renseignements et d'effectuer des inspections. Il ne saurait être contesté que, chaque fois que la Commission *choisit* d'exercer les pouvoirs prévus aux articles 18 et 20, les résultats de l'exercice de ces pouvoirs (la réponse de la partie à laquelle une demande au titre de l'article 18 est faite et les documents obtenus lors d'une inspection ainsi que les «explications» faites à cet égard) *doivent* être versés au dossier de l'affaire. Un autre argument contextuel en faveur de l'interprétation de l'article 3 du règlement (CE) no 773/2004 en vue d'inclure l'obligation d'enregistrer un « *entretien au titre de l'article 19* » peut être tiré de l'article 3 lui-même. L'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) no 773/2004 dispose que *la Commission doit «informer la personne interrogée de son intention de faire un procès-verbal de l'entretien* ». Ainsi, la Commission doit avoir, au moins, l'intention de consigner un entretien au titre de l'article 19 au début de l'entretien. Il semblerait incongru que l'article 3.3 soit interprété en ce sens qu'il permet à la Commission, sans raison valable, de s'abstenir par la suite de faire un compte rendu de l'« *entretien au titre de l'article 19* ».

[54] Bien entendu, l'utilisation du mot « *tout* » pourrait également être comprise comme signifiant que si la Commission doit avoir l'intention de consigner toute déclaration faite au sujet de l'objet de l'enquête et qu'elle *doit* donner suite à cette intention si une déclaration est effectivement faite au sujet de l'objet de l'enquête, il n'existe aucune certitude, *ab initio*, que la partie interrogée répondra effectivement, en réponse aux questions posées par la Commission, par des informations relatives à l'objet de l'enquête. Si aucune information n'était effectivement fournie en ce qui concerne l'objet d'une enquête, aucun dossier en vertu de l'article 19 du règlement no 1/2003 ne serait possible.

[55] Le Médiateur note que les juridictions communautaires n'ont pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le sens correct de l'article 19 du règlement no 1/2003 ou de l'article 3 du règlement (CE) no 773/2004. Il convient de rappeler que la plus haute autorité en matière de signification et d'interprétation du droit communautaire est la Cour de justice (voir, par exemple, la décision du Médiateur européen sur la plainte 1056/25.11.96/STATEWATCH/UK/IJH contre le Conseil, point 3.5).

[56] Voir le point 1.7 de la décision du Médiateur concernant la plainte 995/98/OV et le paragraphe 2.8 de la décision du Médiateur concernant la plainte 1999/2007/FOR (disponible sur le site web du Médiateur européen).

[57] L'Ombudsman souligne qu'il n'est pas nécessairement d'accord avec cette hypothèse. Il note également que les juridictions communautaires n'ont pas encore eu l'occasion de donner une interprétation «authentique» de cet aspect de l'article 3 du règlement (CE) no 773/2004. Voir note de bas de page 90 ci-dessus.

[58] Dans une telle note, le Conseil devrait suffisamment identifier les renseignements qui figurent déjà dans le dossier. Elle devrait également évaluer si la rédaction d'une «note d'article 19» et la transformation ultérieure de cette note en « *déclaration de l'article 19* » seraient



nécessaires pour corroborer ou vérifier les informations qui figurent déjà dans le dossier.

[59] La matérialisation de ces risques dépendra de la question de savoir si les renseignements fournis dans l'entrevue au titre de l'article 19 ont été par la suite inclus dans le dossier à *temps* pour permettre à la partie faisant l'objet de l'enquête d'exercer ses droits de la défense pendant le processus administratif.

[60] Il ne saurait être exclu que, malgré le fait que les personnes interrogées aient donné leur consentement à être interrogées en ce qui concerne « l' *objet d'une enquête* », elles ne peuvent en fait fournir au cours de l'entrevue « *des renseignements relatifs à l'objet d'une enquête* ».

Voir les affaires jointes T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, *JFE Engineering Corp./Commission, Rec. 2004*, p. II-2501, point 206 (par analogie).

[62] *Idem* au paragraphe 207. Le Médiateur note que, *entre autres*, le témoignage de M. A, ainsi que les pièces qui y sont jointes, confirment que M. A était un « *témoin direct* » des événements qu'il a décrits.

[63] *Idem* au paragraphe 208 (par analogie).

[64] *Idem* aux paragraphes 209 et 210.

[65] L'approbation peut être explicite ou implicite. L'article 3, *paragraphe 3*, dispose qu'une copie de la note d'entretien doit « être mise à la disposition de la personne interrogée pour approbation. » Elle précise ensuite que « [l]orsque nécessaire, la Commission fixe un délai dans lequel la personne interrogée peut lui communiquer toute correction à apporter à la déclaration. » Le Médiateur comprend donc que cette disposition signifie que, si une partie ne communique pas de corrections à la Commission dans le délai imparti, la Commission est habilitée à considérer que le dossier qu'elle a fait est exact.

[66] Il n'y a rien qui empêche les services de la Commission de rédiger, en même temps, et en plus d'une « *note d'entretien au titre de l'article 19* », des notes internes distinctes qui contiennent les appréciations et les points de vue personnels des services de la Commission au sujet de l'entretien. En effet, en fonction de la nature de l'entretien au titre de l'article 19, il peut être approprié que les services de la Commission prennent également de telles notes internes.

[67] Voir le paragraphe 36 ci-dessus.

[68] Une analyse minutieuse du suivi écrit de Dell à la réunion du 23 août 2006 indique qu'il y a effectivement eu des questions qui ont été discutées lors de la réunion du 23 août 2006, qui ne sont pas exposées dans la note du 29 août 2006, au moins au niveau de détail que le suivi écrit de Dell indique qu'ils ont été discutés lors de la réunion du 23 août 2006. Par exemple, en réponse à la question 4, Dell indique ce qui suit:

« *La Commission a posé cette question dans le cadre d'une discussion sur la pièce 9 du*



témoignage, qui comprend un courriel de [M. A] à [M. F] d'Intel en avril 2002, dans lequel la performance d'un produit AMD est discutée. Le point de vue de M. A, basé sur une analyse de performance menée par son équipe à l'époque, était que [le produit AMD] surperformerait [un produit Intel]. La Commission recherche les critères de référence qui ont été utilisés pour mener cette analyse.» .

Le Médiateur note que, bien que cet extrait du suivi écrit de Dell fasse spécifiquement référence à une discussion qui a eu lieu lors de la réunion du 23 août 2006, la note du 29 août 2006 ne contient pas de telles références détaillées. Une conclusion similaire peut être tirée d'une analyse de la réponse de Dell à la question 6.

[69] Voir la note de bas de page 57 ci-dessus.

[70] Bien entendu, si l'article 3, paragraphe 3, du règlement 773/2004 était interprété comme imposant une obligation légale de consigner *toutes les* entrevues au cours desquelles des informations concernant l'objet d'une enquête ont été fournies à la Commission, cela impliquerait que les principes de bonne administration imposeraient également une telle exigence. En effet, les principes de bonne administration ne peuvent pas imposer une norme *inférieure* à la norme juridique.

[71] L'Ombudsman renvoie ici à la version non confidentielle de la note fournie à l'ombudsman par le plaignant.

[72] L' Ombudsman n'a pas examiné l'ensemble du dossier de la Commission qui, selon lui, se compose de plusieurs centaines de milliers de pages. Toutefois, il a examiné le témoignage de M. A en 2003 de la FTC.

[73] Le fait que ces questions aient été posées oralement à Dell par la Commission est confirmé par le fait que le suivi de Dell n'est pas le résultat d'une réponse à une « *lettre de l'article 18* » (l'article 18 du règlement no 1/2003 habilite la Commission à poser des questions par écrit à des tiers).

[74] Voir la note de bas de page 72.

[75] Voir paragraphes 56 à 60 ci-dessus.

[76] Cité à la note 2 ci-dessus.

[77] Cité à la note 24 ci-dessus.

[78] Le Médiateur fait observer que l'accès au dossier n'est pas une fin en soi, mais vise plutôt à protéger les droits de la défense (arrêt de la Cour du 12 décembre 1999, *Hercules Chemicals/Commission*, C-51/92 P, Rec. p. I-4235, point 76). En particulier, l'accès au dossier a pour objet de permettre au destinataire d'une communication des griefs de prendre connaissance des éléments de preuve figurant dans le dossier de la Commission, de sorte que,



sur la base de ces informations, il puisse exprimer utilement son point de vue sur les conclusions auxquelles la Commission est parvenue dans sa communication des griefs. Il s'ensuit que, à l'exception des documents confidentiels, la Commission a l'obligation de mettre à la disposition des entreprises destinataires d'une communication des griefs tous les documents, en leur faveur ou autrement, qu'elle a obtenus au cours de l'enquête (voir affaires jointes T-45/98 et T-47/98, *Krupp Thyssen Stainless et Acciai speciali Terni/Commission*, Rec. 2001, p. II-3757, points 45 et 46). À cet égard, le Médiateur relève que, en vertu de l'article 27, paragraphe 2, du règlement no 1/2003, une partie faisant l'objet d'une enquête est en droit d'accéder au dossier de la Commission, sous réserve de l'intérêt légitime des entreprises à la protection de leurs secrets d'affaires.

Voir l'affaire 90/74, *Deboeck/Commission*, Recueil 1975, p. 1123, l'affaire 30/78, *Distillers Company/Commission*, Rec. 1980, p. 2229, point 26, et l'affaire T-50/91, *De Persio/Commission*, Rec. 1992, p. II-2365, point 24.

[80] Voir, par exemple, l'arrêt du 9 septembre 2008, *Bayer Crop Science e.a./Commission*, T-75/06, point 131 (non encore publié). Une décision ne peut être annulée, en tout ou en partie, en raison d'un manque d'accès approprié, à moins qu'il ne soit constaté que ce manque d'accès approprié au dossier d'enquête a empêché les entreprises, au cours de la procédure administrative, de parcourir des documents susceptibles d'être utilisés dans leur défense (voir affaires jointes 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./Commission*, Rec. 2004, p. I-123, point 101).

Voir les affaires jointes T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 et T-136/02, *Bolloré e.a./Commission*, Rec. 2007, p. II-947, points 80 à 81. Voir également l'arrêt TACA, précité à la note 2, point 196; Voir également l'affaire T- 86/95, *Compagnie générale maritime e.a./Commission*, Rec. 2002, p. II-1011, point 447.

Voir l'affaire T-25/95, *Cimenteries CBR/Commission*, Rec. 2000, p. II-491, point 156.

[83] Voir article 195 CE.

[84] Voir TACA, cité à la note 2 ci-dessus, au paragraphe 351.

[85] Voir TACA, cité à la note 2 ci-dessus, au paragraphe 352.

[86] Dans TACA (citée à la note de bas de page 2 ci-dessus), la requérante a soutenu que la Commission a violé ses droits de la défense en n'inscrivant pas, aux fins d'inscription au dossier, le contenu d'une conversation téléphonique entre les avocats de la plaignante et la Commission. Le Tribunal a relevé que l'objectif de l'appel téléphonique particulier entre les avocats du plaignant et la Commission était de déterminer si les informations contenues dans la communication des griefs devaient être qualifiées d'«informations confidentielles». Le Tribunal a relevé que, compte tenu de son objet, une telle conversation téléphonique ne porte manifestement pas atteinte aux droits de la défense de la requérante. (TACA 355) En effet, l'Ombudsman comprend que l'information qui a été discutée dans cette conversation



téléphonique était, nécessairement, *déjà* dans le dossier. Le seul but de l'appel était de qualifier ces informations d'informations « *confidentielles* » ou « *non confidentielles* ». En tant que tel, dans ces circonstances spécifiques, l'omission de faire et d'inclure dans le dossier un compte rendu de cette conversation téléphonique n'aurait pas pu avoir pour effet de nier à la requérante des informations qui seraient pertinentes pour la défense de la requérante. Comme indiqué au point 87 ci-dessus, une réunion qui a pour objet et pour contenu l'organisation d'une étape procédurale dans le cadre de l'enquête ne constitue pas un « *entretien* » au sens de l'article 19 du règlement no 1/2003.

[87] La requérante dans *TACA* a également soutenu que la Commission a violé ses droits de la défense en ne faisant pas de compte rendu de la réunion, au cours de laquelle le membre de la Commission chargé des questions de concurrence et un tiers étaient présents. Toutefois, le Tribunal a relevé que les droits de la défense ne sauraient être violés, si la Commission n'invoque, dans sa décision, aucun élément à charge fourni lors de la réunion (voir arrêt *TACA*, précité note 2, point 387).

[88] Bien entendu, l'accès à toute nouvelle preuve à charge devrait être fourni avant qu'une partie ne soit tenue de répondre à une communication des griefs (voir T-67/01, *JCB Service/Commission*, Rec. 2004, p. II-49, points 50 à 52).

[89] Les requérants dans *TACA* n'ont même pas prétendu que certains éléments de preuve relatifs à la réunion en question auraient pu être utilisés par eux comme preuves à décharge.

[90] **[Redacted]**

[91] **[Redacted]**

[92] Dans ses observations, le plaignant a soulevé l'argument selon lequel le fait que la Commission n'ait pas consigné correctement la réunion du 23 août 2006 était une preuve d'un manque d'impartialité. Le Médiateur est d'avis que, *si* la Commission devait recevoir des informations à décharge au cours d'une enquête et ne pas enregistrer ces informations à décharge *quelque part* dans le dossier, ce manquement, même s'il n'était pas intentionnel de la part des services de la Commission, constituerait un élément objectif susceptible de remettre en cause l'impartialité d'une enquête. Comme indiqué au point 133 ci-dessous, le Médiateur ne parvient à aucune conclusion, dans le cadre de la présente enquête, quant à la question de savoir s'il existe effectivement d'autres documents dans le dossier de la Commission qui fourniraient des informations complémentaires sur le contenu précis de la réunion du 23 août 2006.

[93] Voir la note de bas de page 68 ci-dessus.

[94] Voir la question 6 du suivi écrit de Dell.

[95] **[Redacted]**



Voir , par analogie, l'affaire T-264/04, *WWF European Policy Programme/Conseil* , Rec. 2007, p. II-911, points 61 *et suivants* .

[97] Voir l'affaire T-30/91, *Solvay/Commission* , point 81. La Commission a déclaré qu'elle est d'avis que le témoignage de M. A devant la FTC en 2003, sur lequel Intel se fonde comme étant à décharge, n'étaye pas l'affirmation d'Intel selon laquelle les rabais versés à Dell n'étaient pas subordonnés à l'exclusivité. Même si cela était finalement vrai, cela ne justifierait toujours pas, en soi, de priver Intel de la *possibilité* d'invoquer, dans sa défense, des éléments de preuve qui auraient *pu* influencer, à son avantage, le déroulement de la procédure et le contenu de la décision finale (voir arrêt *Aalborg Portland A/S e.a./Commission*, précité note 33 ci-dessus, point 74; voir également *l'arrêt Solvay/Commission* , précité, point 89).

[98] En résumé, il ne pouvait être exclu que, *avant* l'adoption d'une décision, les allégations/preuves à charge énoncées dans une communication des griefs ne seraient pas incluses dans la décision finale. S'il était vrai que les allégations/preuves à charge exposées dans une communication des griefs n'étaient pas incluses dans une décision éventuelle, toute irrégularité en ce qui concerne l'accès au dossier concernant ces allégations/preuves à charge n'affecterait pas les droits de la défense de la partie concernée. En tant que telle, une constatation du Médiateur effectuée avant l'adoption d'une décision par la Commission pourrait tout au plus être une constatation selon laquelle l'erreur crée *un* risque de violation des droits de la défense. Une telle constatation laisserait, bien entendu, la possibilité pour la Commission de remédier à cette violation, si cela était encore possible, avant d'adopter une décision. Le Médiateur souligne qu'il relève de son mandat d'examiner les allégations d'erreurs de procédure qui créent un risque ou un risque de violation des droits de la défense (s'il n'est pas remédié avant l'adoption d'une décision finale).

[99] La Commission a soutenu que les mesures d'enquête à la suite de la note du 29 août 2006 ont déclenché des observations volumineuses de Dell qui, à son avis, étaient entièrement mises à la disposition d'Intel. La Commission précise en particulier que, entre la réunion du 23 août 2006 et l'envoi de la première communication des griefs à Intel le 26 juillet 2007, Dell a présenté huit observations supplémentaires à la Commission concernant les questions clés de l'enquête. Ces documents n'ont pas été fournis au Médiateur par le plaignant et n'ont pas été examinés par le Médiateur dans le cadre de son inspection.

[100] Le Médiateur note également, dans ce contexte, qu'aucune excuse fondée sur des difficultés techniques et juridiques ne pourrait être invoquée pour ne pas avoir produit un compte rendu exhaustif d'une réunion qui *aurait pu* amener un tiers à fournir des informations à décharge à la Commission. En effet, comme l'a jugé le Tribunal de première instance dans l'affaire *Solvay* (voir *l'affaire T-30/91, Solvay/Commission* , point 102), «*le respect des droits de la défense ne devrait pas être admis à entrer en conflit avec des difficultés techniques et juridiques qu'une administration efficace peut et doit surmonter.* » Les principes de bonne administration exigent donc également que la Commission prenne les mesures appropriées pour consigner correctement toute réunion au cours de laquelle de telles informations *pourraient* lui être fournies.



[101] Article 6 du règlement (CE) no 773/2004.

[102] Dans le cadre de la présente enquête, le plaignant a fourni à l'Ombudsman de nouveaux éléments de preuve relativement à la deuxième allégation au cours de l'enquête. Cela a obligé les médiateurs à mener des enquêtes supplémentaires afin de recueillir l'avis de la Commission sur les nouveaux éléments de preuve. Par souci de clarté, le Médiateur consolidera les différents faits et arguments du plaignant et de la Commission.

[103] Le plaignant a déclaré qu'AMD a été autorisée à utiliser trois de ces documents lors de l'audition tenue par la Commission le 12 mars 2008.

[104] Ce courriel a été transmis à l'Ombudsman dans les observations complémentaires du plaignant du 16 avril 2009. Étant donné que ces éléments de preuve n'étaient pas à la disposition de la Commission lorsque celle-ci a présenté son avis du 20 mars 2009 au Médiateur, celui-ci a donné à la Commission l'occasion de formuler des observations sur ces nouveaux éléments de preuve, ce qu'elle a fait dans son avis du 10 juin 2009.

[105] Le plaignant a déclaré qu'Intel avait, au total, écrit à la Commission les 16, 18, 19 et 25 octobre 2007, ainsi qu'au conseiller-auditeur le 17 octobre 2007, le 28 novembre 2007 et le 14 avril 2008, pour obtenir des informations sur l' **accord Dell/AMD**. **[Expurgée]**

[106] Dans sa lettre du 7 mai 2008, le conseiller-auditeur a estimé que **[l'accord]** « *a conclu par une partie qu'en tant que tel, il n'avait ni droit de la défense ni droit d'accès au dossier, était purement bilatéral et n'habilite ni n'oblige la Commission* ».

Voir l'affaire 53/85 , *AKZO Chemie BV/Commission* , Rec. 1986, p. 1965, point 28.

[108] Selon le plaignant, ces FEO souhaitaient mettre des documents de dossier non expurgés à la disposition de l'avocat externe d'Intel afin d'éviter les dépenses et le temps qui auraient été nécessaires à la préparation des versions expurgées.

[109] La paraphrasation du plaignant.

[110] L'OEM en question a été **[expurgé]** .

[111] Au cours de l'inspection des 28 mai, 29 mai et 10 juin 2009, les services de l'Ombudsman ont vu une lettre **[expurgée]** datée du 11 janvier 2007.

[112] Ceci est confirmé par les courriels que l'Ombudsman a inspectés les 28 et 29 mai 2009 et le 10 juin 2009.

[113] L' ordre du jour de l'appel a été inspecté par l'Ombudsman les 28 et 29 mai 2009 et le 10 juin 2009.

[114] Lettre de la Commission à AMD du 2 juin 2009, inspectée par le Médiateur le 10 juin



2009.

[115] **[Redacted]**

[116] La Commission a fait référence à la transcription de l'audience fournie par Intel en tant qu'annexe 10 de sa plainte au Médiateur du 10 juillet 2008.

[117] L' article 28 du règlement (CE) no 1/2003 dispose:

« Sans préjudice de l'échange et de l'utilisation des informations prévues aux articles 11, 12, 14, 15 et 27, la Commission et les autorités de concurrence des États membres, leurs fonctionnaires, agents et autres personnes travaillant sous le contrôle de ces autorités ainsi que les fonctionnaires et fonctionnaires d'autres autorités des États membres ne divulguent pas les informations qu'ils ont acquises ou échangées en vertu du présent règlement et qui relèvent du secret professionnel. »

[118] Décision 2001/462 de la Commission du 23 mai 2001 relative au mandat des conseillers-auditeurs dans certaines procédures de concurrence JO L 162 du 19 juin 2001, p. 21.

[119] L'Ombudsman note que cette citation provient du courriel de M. C du 3 septembre 2007.

[120] L' article 6 du règlement (CE) no 773/2004 (Participation des plaignants aux procédures) est libellé comme suit:

« 1. Lorsque la Commission émet une communication des griefs concernant une question pour laquelle elle a reçu une plainte, elle fournit au plaignant une copie de la version non confidentielle de la communication des griefs et fixe un délai dans lequel le plaignant peut faire connaître son point de vue par écrit.

2. La Commission peut, le cas échéant, donner aux plaignants la possibilité d'exprimer leur point de vue lors de l'audition des parties auxquelles une communication des griefs a été émise, si les plaignants en font la demande dans leurs observations écrites. Cette obligation s'applique également à tous les représentants et experts des États membres participant aux réunions du comité consultatif conformément à l'article 14. »

[121] Ces parties comprennent la partie faisant l'objet de l'enquête et toute autre tierce partie qui prétend valablement que le dossier de la Commission contient des renseignements confidentiels la concernant.

[122] L' article 287 CE est libellé comme suit:

« Les membres des institutions de la Communauté, les membres des comités ainsi que les fonctionnaires et autres agents de la Communauté sont tenus, même après la cessation de leurs fonctions, de ne pas divulguer des informations relevant du secret professionnel, notamment des



informations sur les entreprises, leurs relations commerciales ou leurs éléments de coûts. »

[123] L' article 28 du règlement no 1/2003 (secret professionnel) est libellé comme suit:

« 1. Sans préjudice des articles 12 et 15, les informations collectées en vertu des articles 17 à 22 ne sont utilisées qu'aux fins pour lesquelles elles ont été acquises.

2. Sans préjudice de l'échange et de l'utilisation des informations prévues aux articles 11, 12, 14, 15 et 27, la Commission et les autorités de concurrence des États membres, leurs fonctionnaires, agents et autres personnes travaillant sous le contrôle de ces autorités ainsi que les fonctionnaires et fonctionnaires d'autres autorités des États membres ne divulguent pas les informations qu'ils ont acquises ou échangées en vertu du présent règlement et qui relèvent du secret professionnel. »

[124] L' article 16 du règlement (CE) no 773/2004 énonce en détail les règles relatives au traitement des informations confidentielles par la Commission.

[125] Une partie habilitée à prétendre que les informations devraient être classées comme confidentielles pourrait être la partie faisant l'objet de l'enquête ou toute autre partie (telle qu'une partie qui a fourni à la Commission des informations en réponse à une demande de renseignements présentée en vertu de l'article 18 du règlement no 1/2003). Une partie peut également demander la confidentialité des informations fournies à la Commission par une autre partie (voir l'affaire 53/85, *AKZO Chemie BV/Commission*, Rec. 1986, p. 1965, point 28, où la Cour de justice indique que la Commission est tenue «de tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à la protection de leurs secrets d'affaires. Les secrets d'affaires bénéficient ainsi d'une protection très particulière. [Les règles d'accès applicables aux plaignants] doivent être considérées comme l'expression d'un principe général qui s'applique au cours de la procédure administrative. Il s'ensuit qu'un tiers qui a déposé une plainte ne peut en aucun cas avoir accès à des documents contenant des secrets d'affaires. ") Il convient également de noter que les effets négatifs potentiels d'une telle transmission erronée ne dépendent pas de l'utilisation de ces informations dans la procédure de la Commission, par exemple lorsqu'un plaignant présente des observations écrites ou une observation lors de l'audience. Au contraire, l'impact négatif d'une telle transmission d'informations confidentielles commence immédiatement à la réception, par le tiers, de ces informations. À cet égard, le Médiateur est d'avis que, si la Commission envoie par erreur des informations confidentielles à un plaignant, elle devrait, dès qu'elle a connaissance de son erreur, en informer le plaignant de l'erreur et lui demander de lui renvoyer cette version de la communication des griefs.

[126] Toutefois, on peut soutenir que la partie faisant l'objet de l'enquête devrait être informée des renseignements qui ont été fournis à un plaignant par la Commission afin de permettre à la partie faisant l'objet de l'enquête de formuler correctement ses arguments au cours de la procédure administrative, y compris lors de l'audience. En tant que telle, la partie faisant l'objet de l'enquête devrait être autorisée à obtenir une copie de la version expurgée de la communication des griefs sur demande.



[127] Ainsi, une transmission erronée d'informations confidentielles à un plaignant peut tout au plus, s'il était démontré que la Commission était responsable de cette transmission, constituer un facteur pertinent dans une action en dommages et intérêts contre la Commission.

[128] En revanche, le Médiateur n'exclut pas la possibilité que les droits de la défense d'une partie faisant l'objet d'une enquête puissent être violés, si la Commission s'efforçait d'empêcher la partie faisant l'objet de l'enquête d'obtenir d'autres sources, par exemple au moyen d'accords d'échange d'informations avec des tiers, des informations que la partie faisant l'objet de l'enquête utiliserait pour sa défense.

[129] Par exemple, lorsque le plaignant fait des observations écrites au sujet de la communication des griefs ou fait un exposé lors de l'audience orale.

[130] Toutefois, la Commission peut décider qu'une partie qui fournit à la Commission des informations relatives à une demande de clémence peut perdre ou diminuer son droit à la clémence au titre de la communication sur la clémence (voir article 12 de la communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction des amendes dans les affaires portant sur des ententes, JO C 298 du 8 décembre 2006, p. 17-22) si elle divulgue le fait ou le contenu de sa demande de clémence avant que la Commission n'ait émis une communication des griefs dans l'affaire. Voir également le recours en instance introduit le 19 janvier 2006, *Deltafina/Commission* (affaire T-12/06).

[131] Cité à la note de bas de page 125 ci-dessus.

[132] En supposant que ces informations aient été initialement qualifiées d'« *informations confidentielles* », ces informations seraient, si elles sont (à nouveau) incluses dans le dossier à la suite de déclarations faites par la plaignante dans ses observations écrites ou orales à la Commission, continuer à être classées, dans le dossier d'enquête de la Commission, comme des « *informations confidentielles* ».

[133] Voir le paragraphe 136 ci-dessus.

[134] Voir l'article 41.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (droit à une bonne administration), qui dispose *que « toute personne a le droit de voir ses affaires traitées de manière impartiale... »* Voir également les articles 8 et 11 du code européen de bonne conduite administrative.

[135] Comme indiqué plus haut au paragraphe 191, de telles actions ne porteraient pas atteinte aux droits de la défense d'une partie faisant l'objet d'une enquête. Toutefois, et nonobstant ce fait, la Commission ne devrait pas chercher activement à porter atteinte aux intérêts qu'une partie faisant l'objet de l'enquête peut avoir à protéger ses informations confidentielles.

[136] Voir le paragraphe 198 et la note de bas de page 134 ci-dessus. Tel pourrait être le cas si l'intention de la Commission était de renforcer la position d'une partie dans la procédure administrative dont la Commission était chargée.



[137] L'ordre du jour ne mentionnait que les questions relatives à la rédaction de la communication des griefs.

[138] M. B était un avocat principal de Dell.

[139] Les services de l'Ombudsman ont inspecté l'ordre du jour lors de l'inspection qui a eu lieu les 28 mai 2009, 29 mai 2009 et 10 juin 2009.

[140] Voir article 16, paragraphe 3, du règlement (CE) no 773/2004.

[141] L'OEM en question a été **[expurgé]** .

[142] Rappelons, dans son courriel, M. C, un avocat externe de Dell, informe un collègue qu'un fonctionnaire de la Commission (M. D) a téléphoné à M. C pour lui demander si Dell « envisagerait d'utiliser un [accord d'échange d'informations] avec AMD similaire à celui [de Dell] contracté avec Intel pour les citations [de la communication des griefs] ».

Voir l'affaire T-59/02, *Archer Daniels Midland Co./Commission*, Rec . 2006, p. II-3627, points 275 à 277 et 290. Voir également l'affaire T-151/94, *British Steel plc/Commission* , Rec. 1999, p. II-629, point 429.

[144] L'Ombudsman note également que la lettre du conseil externe de Dell du 18 septembre 2008 reflète la compréhension de Dell en ce qui concerne le sens de la conversation tenue entre M. C et M. D.

[145] En effet, le fait que le plaignant présente des arguments relatifs à la pertinence des discussions entre la Commission et Dell en août 2007 (voir point 201 ci-dessus) semble indiquer que le plaignant était d'avis que la Commission avait l'intention d'encourager un accord d'échange d'informations entre Dell et AMD dès le 9 août 2007.

[146] Il est noté dans le dossier que M. D est gestionnaire de cas.

[147] Le Médiateur note qu'une discussion sur la question de la modification du projet d'accord d'échange d'informations, visant à supprimer les références d'un droit d'AMD d'avoir « l'accès au dossier », figure également dans l'avis de la Commission adressé au Médiateur.

[148] Si elle était rédigée à l'époque, la note interne aurait bénéficié, en plus d'être plus exacte, du principe *in tempore non suspecto* .