

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. JÁN MAZÁK

présentées le 16 décembre 2010¹**I — Introduction**

1. Dans la présente demande de décision préjudicielle, la juridiction de renvoi souhaite savoir si et dans quelle mesure une autorité nationale de concurrence peut divulguer à un tiers lésé des informations qui lui ont été volontairement communiquées par les membres d'une entente en application du programme de clémence de l'autorité, aux fins de la préparation par ce tiers d'une action en dommages et intérêts en ce qui concerne le préjudice présumé causé par l'entente. Il est demandé à la Cour d'examiner en particulier si la divulgation de telles informations pourrait porter atteinte à l'application efficace du droit de la concurrence de l'Union européenne et au système de coopération et d'échange d'informations entre la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence des États membres au titre des articles 11 et 12 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité².

2. Selon moi, cette demande de décision préjudicielle exige en particulier que la Cour

évalue et mette en balance les intérêts éventuellement divergents que constituent, d'une part, la nécessité d'assurer l'efficacité des programmes de clémence établis afin de déceler, de sanctionner et, en définitive, de dissuader la formation d'ententes illégales en vertu de l'article 101 TFUE, et, d'autre part, le droit de tout individu de réclamer des dommages et intérêts pour les dommages subis en raison de telles ententes.

3. La présente affaire exige par conséquent que la Cour évalue les intérêts apparemment divergents que constituent la nécessité d'assurer l'application efficace de l'article 101 TFUE et la possibilité pour une partie prétendument lésée d'avoir accès à des informations³ qui seront produites en justice dans le cadre d'une action civile en dommages et intérêts à l'encontre d'un membre d'une entente et qui sont donc susceptibles d'aider cette partie à faire valoir son droit à un recours effectif dans le cadre d'une procédure civile pour violation de l'article 101 TFUE. Dans de tels cas, le droit fondamental à un recours effectif est garanti, selon moi, par l'article 47, lu en combinaison avec l'article 51, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

1 — Langue originale: l'anglais.

2 — JO 2003, L 1, p. 1.

3 — Détenues par une entité émanant d'un État membre, en l'espèce une autorité nationale de concurrence désignée conformément à l'article 35 du règlement n° 1/2003.

(ci-après la «charte»)⁴, interprété à la lumière de l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la «CEDH»)⁵ concernant le droit à un procès équitable ainsi que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à ce sujet.

II — La procédure au principal et la question préjudicielle

4. Par des décisions de janvier 2008, qui sont entre-temps devenues définitives, le Bundeskartellamt (office fédéral des ententes) a, en vertu notamment de l'article 81 CE, infligé des amendes pour un total de 62 millions d'euros aux trois principaux producteurs européens de papiers décors (papiers spéciaux pour le traitement de la surface de bois d'ingénierie) ainsi qu'à cinq personnes physiques personnellement responsables d'ac-

cords en matière de fixation de prix et de fermeture de capacités. Ces décisions étaient notamment fondées sur des informations et des documents reçus par le Bundeskartellamt dans le cadre de son programme de clémence.

5. Pfeleiderer AG (ci-après «Pfeleiderer») est cliente de papiers décors et l'un des trois premiers producteurs mondiaux de bois d'ingénierie, de produits finis traités en surface et de revêtement de sols laminés. L'entreprise a indiqué avoir acheté lors des trois dernières années pour plus de 60 millions d'euros de fournitures aux fabricants de papiers décors faisant l'objet de poursuites. Afin de préparer des actions civiles en dommages et intérêts, l'entreprise a demandé au Bundeskartellamt, par lettre du 26 février 2008, de lui donner un accès complet aux dossiers concernant la procédure d'amende relative à l'entente dans le secteur des papiers décors.

4 — Conformément à l'article 6, paragraphe 1, TUE, «[l]'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités».

5 — Signée à Rome le 4 novembre 1950. Conformément à l'article 6, paragraphe 3, TUE, «[l]es droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux». Voir aussi article 52, paragraphe 3, de la charte, qui dispose que, «[d]ans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue».

6. Après que Pfeleiderer eut reçu une version rendue anonyme des trois décisions d'amende, ainsi qu'une liste des éléments de preuve recueillis lors d'une perquisition, l'entreprise a expressément demandé, par une deuxième lettre, qu'il lui soit également donné accès aux demandes de clémence, aux documents volontairement communiqués par les bénéficiaires d'une immunité et aux éléments de preuve rassemblés. Par lettre du 14 octobre 2008, le Bundeskartellamt a informé

Pfleiderer qu'il avait l'intention de n'accueillir que partiellement sa demande et de limiter l'accès au dossier à une version expurgée des secrets d'affaires, documents internes et documents relevant du point 22 du programme de clémence du Bundeskartellamt⁶.

7. Pfleiderer a fait appel de cette décision auprès de l'Amtsgericht Bonn.

8. Dans un premier temps, l'Amtsgericht Bonn a rendu, le 3 février 2009, une décision favorable pour l'essentiel à Pfleiderer. L'Amtsgericht Bonn indiquait que conformément à l'article 406e du code de procédure pénale allemand (Strafprozessordnung, ci-après la «StPO»)⁷, qui régit l'accès des victimes au dossier dans les affaires pénales

et s'applique par analogie aux procédures en matière d'ententes concernant des infractions administratives, en vertu de l'article 46, paragraphe 1, et de l'article 46, paragraphe 3, quatrième phrase, dernière partie de la phrase, de la loi relative aux infractions administratives (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, ci-après l'«OWiG»), un avocat peut se voir accorder, au nom de la partie lésée, l'accès au dossier et aux éléments de preuve détenus par les autorités dans la mesure où il peut démontrer l'existence d'un intérêt légitime à cet égard. Selon la juridiction de renvoi, Pfleiderer doit être considérée comme une partie lésée, puisqu'il y a lieu de supposer que, en raison de l'entente, elle a payé à un prix trop élevé les produits qu'elle a achetés aux membres de l'entente. Il existe également un intérêt légitime lorsque la personne concernée sollicite l'accès au dossier dans le but de préparer des actions civiles en dommages et intérêts. Il convient également d'accorder l'accès aux éléments du dossier que les candidats à la clémence ont volontairement mis à la disposition du Bundeskartellamt et qui, par conséquent, concernent des informations relevant du point 22 du programme de clémence du Bundeskartellamt. Le droit d'accès est limité en ce qui concerne les secrets d'affaires et les documents internes [c'est-à-dire les notes relatives aux délibérations du Bundeskartellamt ou la correspondance échangée dans le cadre du réseau européen de la concurrence (REC) en vue de l'attribution de l'affaire]. L'étendue du droit d'accès doit être déterminée en mettant en balance les intérêts contradictoires et se limite aux éléments du dossier nécessaires pour étayer les demandes de dommages et intérêts.

6 — Le point 22 de la communication n° 9/2006 du Bundeskartellamt du 7 mars 2006 sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes — programme de clémence — dispose que, «[d]ans le cadre du pouvoir d'appréciation que la loi lui confère, le Bundeskartellamt rejettera en principe les demandes d'accès au dossier ou de renseignements provenant de tiers, dès lors que celles-ci porteront sur la demande d'immunité d'amende ou de réduction de son montant et sur les moyens de preuve transmis à ce propos». La communication peut être consultée à l'adresse suivante: http://www.bundeskartellamt.de/wFranzoesisch/download/pdf/Bonusregelung_2006-F_Logo.pdf

7 — L'article 406e de la StPO, intitulé «Consultation du dossier», dispose:

«(1) Un avocat peut consulter, pour le compte de la victime, le dossier qui est soumis au tribunal ou qui devrait lui être soumis en cas d'exercice de l'action publique ainsi que les éléments de preuve sous séquestre, dans la mesure où il fait valoir un intérêt légitime [...].»

(2) L'accès au dossier doit être refusé lorsque des intérêts dignes de protection prépondérants du prévenu ou d'autres personnes s'y opposent. Il peut être refusé s'il semble de nature à compromettre le but de l'instruction ou à ralentir considérablement la procédure [...].»

9. Cette décision ayant été contestée, l'Amtsgericht Bonn a rétabli la procédure dans son état existant avant la décision contestée. Tout en ne souhaitant pas revenir sur sa conception de la loi, l'Amtsgericht Bonn estime que la décision envisagée déclarera implicitement que la version actuelle du programme de clémence du Bundeskartellamt est incompatible avec l'article 406e de la StPO et l'article 46, paragraphe 1, de l'OWiG. L'Amtsgericht Bonn fait en particulier référence au point 22 du programme de clémence du Bundeskartellamt.

10. La juridiction de renvoi estime toutefois que la décision envisagée pourrait être en contradiction avec les articles 11 et 12 du règlement n° 1/2003 et avec l'article 10, deuxième alinéa, CE, lu en combinaison avec l'article 3, paragraphe 1, sous g), CE. Selon la juridiction de renvoi, les articles 11 et 12 du règlement n° 1/2003 obligent la Commission et les autorités nationales de concurrence des États membres à une étroite collaboration et prévoient un échange réciproque d'informations, y compris confidentielles, aux fins d'une utilisation comme moyen de preuve dans des procédures d'application des articles 81 CE et 82 CE. Afin d'assurer l'efficacité et le bon fonctionnement de ces dispositions, il pourrait s'avérer nécessaire, dans le cadre de procédures d'amende au titre du droit de la concurrence de l'Union, d'interdire aux tiers lésés d'accéder aux demandes de clémence et aux documents volontairement communiqués par les bénéficiaires d'une immunité. Si le Bundeskartellamt était obligé de réduire ce niveau de protection afin d'accorder à des tiers l'accès aux demandes de

clémence, contrairement au point 22 de son programme de clémence, cela aurait deux graves conséquences.

11. Premièrement, la Commission cesserait de fournir au Bundeskartellamt les informations basées sur des demandes de clémence. Les autres membres du REC ne transmettraient pas non plus au Bundeskartellamt d'informations de cette nature, dans la mesure où les autorités nationales de concurrence des autres États membres ont prévu, dans leurs programmes de clémence nationaux respectifs, des dispositions de protection contre la communication de pièces, conformément au programme modèle du REC en matière de clémence⁸. Non seulement cela aurait une incidence négative importante sur la coopération au sein du REC, mais cela signifierait aussi qu'une attribution efficace des affaires au sein du REC ne serait plus possible. Cela mettrait en cause la capacité de fonctionnement du REC dans son ensemble.

12. Deuxièmement, il existerait un risque que les entreprises puissent être dissuadées de coopérer dans le cadre du programme de clémence et que les ententes ne soient en conséquence pas signalées et ne soient plus

⁸ — Adopté le 29 septembre 2006; il peut être consulté à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_fr.pdf

décélées, parce que le candidat à la clémence craindrait que les documents et informations qu'il communique volontairement puissent être directement utilisés contre lui dans une action civile en dommages et intérêts. Le candidat à la clémence se trouverait ainsi placé dans une position moins favorable que les membres de l'entente n'ayant pas coopéré avec les autorités de concurrence.

13. Compte tenu de ces doutes, l'Amtsgericht a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Les dispositions du droit communautaire en matière d'ententes — en particulier les articles 11 et 12 du règlement n° 1/2003 ainsi que les dispositions combinées de l'article 10, second alinéa, CE et de l'article 3, paragraphe 1, sous g), CE — doivent-elles être interprétées en ce sens que les personnes lésées par une entente ne doivent pas, afin de faire valoir leurs prétentions au regard du droit civil, se voir octroyer l'accès aux demandes de clémence et aux informations et documents volontairement communiqués dans ce contexte par les candidats à la clémence à une autorité de concurrence d'un État membre en application d'un programme national de clémence dans le cadre d'une procédure d'amende visant (également) à faire respecter l'article 81 CE?»

III — Procédure devant la Cour

14. Des observations écrites ont été présentées par Pfeleiderer, Firma Felix Schoeller Holding GmbH & Co. KG et Firma Technocell Dekor GmbH & Co. KG, Arjo Wiggins Deutschland GmbH, les gouvernements allemand, belge, tchèque, espagnol, italien, chypriote et néerlandais, la Commission et l'Autorité de surveillance AELE. Une audience a eu lieu le 14 septembre 2010. Les gouvernements belge, chypriote et néerlandais n'ont pas présenté d'observations lors de l'audience. Munksjö Paper GmbH a présenté des observations lors de l'audience.

15. Pfeleiderer considère que l'affaire en cause dans la procédure au principal est un litige purement national fondé sur le droit procédural allemand. L'entreprise estime que l'Amtsgericht Bonn a à juste titre décidé que le refus de donner accès aux informations relatives à la clémence en cause sur la base du point 22 du programme de clémence du Bundeskartellamt était incompatible avec l'article 406e de la StPO. Selon Pfeleiderer, la réponse à la question posée par l'Amtsgericht Bonn devrait être négative, étant donné que les règles de l'Union en la matière ne sont pas suffisamment spécifiques et que les autres instruments d'interprétation envisageables, tels que le programme modèle du REC en matière de clémence, manquent non seulement de précision, mais aussi du caractère contraignant nécessaire.

16. Firma Felix Schoeller Holding GmbH & Co. KG et Firma Technocell Dekor GmbH & Co. KG, Arjo Wiggins Deutschland GmbH et les gouvernements allemand, belge, tchèque, espagnol, italien chypriote et néerlandais considèrent pour l'essentiel que les parties lésées par une entente ne devraient pas, afin de faire valoir leurs prétentions en vertu du droit civil, se voir donner accès aux demandes de clémence ou aux informations et documents volontairement fournis par des candidats à la clémence aux autorités nationales de concurrence conformément à un programme national de clémence, dans le cadre d'une procédure d'amende en vertu, notamment, de l'article 101 TFUE.

17. La Commission considère qu'il est essentiel de distinguer entre les soumissions spontanées par des candidats à la clémence de ce qu'ils savent d'une entente et de leur rôle dans cette entente, spécialement élaborées pour être présentées dans le cadre d'un programme de clémence national⁹, connues sous le nom de «déclarations des entreprises», et les autres documents préexistants présentés par un candidat à la clémence. Elle estime que les parties lésées par une entente ne devraient pas se voir accorder l'accès aux déclarations des entreprises afin de faire valoir leurs prétentions en vertu du droit civil, car cela placerait le candidat à la clémence dans une position moins favorable dans la procédure civile

que d'autres membres de l'entente, ce qui compromettrait l'efficacité du programme de clémence. La Commission soutient que l'accès aux autres documents présentés par le candidat à la clémence devrait être évalué au cas par cas. La Commission établit une analogie avec sa pratique concernant la communication aux juridictions nationales d'informations en sa possession conformément à l'article 15, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003¹⁰.

18. L'Autorité de surveillance AELE considère que, étant donné que la plupart des programmes de clémence mis en œuvre dans l'Union prévoient une procédure orale¹¹ destinée à protéger les déclarations des entreprises contre toute divulgation dans des procédures de droit civil en dommages et intérêts, ni l'effet utile du droit de la concurrence de l'Union ni aucune de ses dispositions ne s'opposent à une loi interne qui prévoit qu'un État membre octroie l'accès à des documents détenus par son autorité nationale de concurrence, communiqués à celle-ci dans le cadre de la clémence, à l'auteur potentiel

9 — Voir, par analogie, point 31 de la communication de la Commission de 2006 sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (ci-après la «communication sur la clémence») (JO C 298, p. 17).

10 — Voir aussi communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE (JO 2004, C 101, p. 54). Le point 26 dispose que «la Commission peut refuser de communiquer des renseignements aux juridictions nationales pour des raisons essentiellement liées à la nécessité de préserver les intérêts de la Communauté ou pour éviter toute interférence dans son fonctionnement et avec son indépendance, notamment de nature à compromettre l'accomplissement de sa mission [...]. La Commission s'abstiendra, par conséquent, de transmettre aux juridictions nationales des renseignements fournis volontairement par l'auteur d'une demande de clémence sans avoir obtenu l'accord de celui-ci.»

11 — Voir, par exemple, point 32 de la communication sur la clémence (citée à la note 9). Voir aussi point 28 du programme modèle du REC en matière de clémence (cité à la note 8).

d'une action civile en dommages et intérêts à l'encontre de participants à une entente secrète illégale.

30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission¹² et par la jurisprudence de la Cour, semble inappropriée, puisque cela pourrait limiter à tort le droit d'accès apparemment plus étendu dont bénéficie une partie prétendument lésée telle que Pfeleiderer afin de faire valoir ses prétentions en matière civile devant les juridictions au titre de l'article 406e de la StPO.

IV — Remarques liminaires

19. Selon moi, il est utile de souligner un certain nombre de points importants qui se dégagent de la décision de renvoi au sujet de la procédure au principal. Premièrement, l'accès aux informations spécifiquement en cause dans la procédure au principal n'est pas demandé par un particulier sur la base des règles nationales de transparence. Au contraire, il ressort de la décision de renvoi que Pfeleiderer jouit en principe de droits procéduraux spécifiques au titre du droit allemand en ce qui concerne l'accès aux informations relatives à l'entente détenues par le Bundeskartellamt, en raison du fait que l'entreprise est considérée comme une partie lésée, présumée avoir subi un préjudice du fait de l'entente, et qu'elle a un intérêt légitime à obtenir un tel accès pour préparer des actions civiles en dommages et intérêts. Dans ces conditions, l'accès est accordé par une juridiction au titre de l'article 406e de la StPO, non pas à Pfeleiderer elle-même, mais à son avocat. Par conséquent, toute analogie avec les règles en matière de transparence et d'accès du public aux documents, prévues par exemple dans le règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du

20. Deuxièmement, l'enquête relative à la violation du droit de la concurrence spécifiquement en cause dans la procédure au principal s'est conclue par l'adoption d'une décision infligeant une amende en vertu, notamment, de l'article 101 TFUE qui n'est plus susceptible de recours juridictionnel. Dans ces conditions, l'accès aux informations litigieuses ne saurait nuire à l'enquête relative à cette violation particulière ni influencer le résultat de l'enquête. Il convient donc de distinguer la présente affaire d'affaires dans lesquelles un tiers lésé demande à accéder à des informations détenues par une autorité nationale de concurrence avant l'adoption d'une décision par cette autorité conformément au droit de la concurrence de l'Union. Il reste cependant à déterminer si l'accès à la catégorie d'informations concernée, à savoir les informations et documents volontairement communiqués dans le cadre d'un programme de clémence, pourrait nuire de façon générale au processus d'enquête relatif à des violations de l'article 101 TFUE et, par conséquent,

12 — JO L 145, p. 43. Je note que des doutes quant à l'applicabilité de ce règlement par analogie dans le présent contexte ont été soulevés par Firma Felix Schoeller Holding GmbH & Co. KG et Firma Technocell Dekor GmbH & Co. KG, les gouvernements allemand et espagnol ainsi que la Commission dans leurs observations devant la Cour.

à l'application de cette disposition par le Bundeskartellamt et d'autres autorités nationales de concurrence conformément aux pouvoirs et obligations qui leur sont conférés en vertu du règlement n° 1/2003.

concurrency par un candidat à la clémence est susceptible d'avoir sur le système de coopération et d'échange d'informations établi aux articles 11 et 12 du règlement n° 1/2003.

21. Troisièmement, la question posée par l'Amtsgericht Bonn se concentre sur l'accès aux informations et documents présentés par un candidat à la clémence. Selon l'ordonnance de renvoi, il semble que l'Amtsgericht Bonn ait considéré que le droit d'accès est limité en ce qui concerne les secrets d'affaires et les documents internes¹³. Rien n'indique que l'Amtsgericht Bonn souhaite reconsidérer sa conclusion à cet égard. Par conséquent, j'examinerai dans les présentes conclusions la question de l'accès aux informations et documents présentés par un candidat à la clémence dans la mesure où ceux-ci ne contiennent pas de secrets d'affaires et ne constituent pas des documents internes.

23. Depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003, tant la Commission que les autorités de concurrence des États membres¹⁵ ont compétence pour appliquer les articles 101 TFUE et 102 TFUE¹⁶. S'il est vrai que les compétences respectives de la Commission et des autorités de concurrence des États membres pour appliquer les articles 101 TFUE et 102 TFUE ne coïncident pas totalement, elles se chevauchent largement, ce qui conduit à un système d'application décentralisé basé sur des compétences parallèles. La Commission dispose, en vertu du règlement n° 1/2003, de compétences spécifiques et détaillées afin d'appliquer les articles 101 TFUE et 102 TFUE. En revanche, les autorités de concurrence des États membres ainsi que les juridictions nationales¹⁷ appliquent dans une large mesure les articles 101 TFUE et 102 TFUE conformément à leur ordre juridique national¹⁸, en vertu du principe de

V — Appréciation

22. Par sa question, l'Amtsgericht Bonn s'interroge, entre autres choses, sur l'impact que l'accès d'un tiers lésé¹⁴ à des informations communiquées à une autorité nationale de

15 — Voir article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003, qui impose aux autorités de concurrence des États membres et aux juridictions nationales l'obligation d'appliquer les articles 101 TFUE et 102 TFUE.

16 — Voir en particulier articles 4 et 5 du règlement n° 1/2003.

17 — Conformément à l'article 6 du règlement n° 1/2003, les juridictions nationales sont compétentes pour appliquer les articles 101 TFUE et 102 TFUE.

18 — Voir, cependant, article 5 du règlement n° 1/2003, qui précise quelles décisions les autorités nationales de concurrence peuvent prendre aux fins de l'application des articles 101 TFUE et 102 TFUE.

13 — Voir point 8 ci-dessus.

14 — Afin d'engager une action en dommages et intérêts.

l'autonomie procédurale, pour autant qu'elles respectent les principes d'équivalence¹⁹ et d'effectivité²⁰. Selon moi, conformément, notamment, à l'article 4, paragraphe 3, TUE et au règlement n° 1/2003²¹, les États membres doivent assurer l'application efficace des articles 101 TFUE et 102 TFUE sur leur territoire²².

24. Afin de limiter l'éventualité d'une application discordante des compétences parallèles et sans préjudice de l'autonomie procédurale dont jouissent en principe les autorités nationales de concurrence et les juridictions, le chapitre IV du règlement n° 1/2003, intitulé «Coopération», édicte un certain nombre de règles procédurales visant à assurer que le système de compétences parallèles fonctionne de façon coordonnée et efficace. La Commission et les autorités nationales de concurrence forment en effet un réseau²³ d'autorités publiques appliquant les règles de concurrence de l'Union en étroite coopération²⁴. Ledit chapitre a en particulier entraîné la mise en place entre les membres du REC d'un système²⁵ qui prévoit notamment la division du travail et la répartition des affaires entre une ou plusieurs autorités nationales de concurrence et la Commission, ainsi que l'application cohérente des règles de concurrence de l'Union. J'estime que les autorités nationales de concurrence doivent fonctionner de

19 — Le principe d'équivalence exige que la règle nationale en question soit appliquée sans distinction, que la violation alléguée concerne le droit de la concurrence de l'Union ou le droit national de la concurrence (voir, par analogie, arrêts du 1^{er} décembre 1998, *Levez*, C-326/96, Rec. p. I-7835, point 41; du 16 mai 2000, *Preston e.a.*, C-78/98, Rec. p. I-3201, point 55, et du 29 octobre 2009, *Pontin*, C-63/08, Rec. p. I-10467, point 45). J'observe qu'aucun élément du dossier devant la Cour n'indique que le fait que le droit national de la concurrence ou l'article 101 TFUE soit applicable entraîne une différence quelconque pour l'octroi à un tiers de l'accès à des informations communiquées au Bundeskartellamt par un candidat à la clémence.

20 — Voir, entre autres, arrêts du 14 décembre 1995, *Peterbroeck* (C-312/93, Rec. p. I-4599, point 12); du 4 juillet 2006, *Adeneler e.a.* (C-212/04, Rec. p. I-6057, point 95); du 28 juin 2007, *Bonn Fleisch* (C-1/06, Rec. p. I-5609, point 41), et du 7 septembre 2006, *Marrosu et Sardino* (C-53/04, Rec. p. I-7213, point 52). Selon une jurisprudence constante, une règle procédurale établie par le système juridique national d'un État membre ne doit pas rendre impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) (voir, entre autres, arrêt du 15 avril 2010, *Barth*, C-542/08, Rec. p. I-3189, point 17 et jurisprudence citée).

21 — Voir en particulier articles 5 et 6.

22 — Ainsi, avec l'adoption et l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003, les autorités nationales de concurrence doivent s'efforcer activement d'assurer l'application efficace des articles 101 TFUE et 102 TFUE à l'égard des entreprises afin de garantir l'exécution de leurs obligations au titre de ces dispositions. De plus, dans l'arrêt *CIF*, la Cour a déclaré que «s'il est vrai que, par eux-mêmes, les articles [101 et 102 TFUE] concernent uniquement le comportement des entreprises et ne visent pas des mesures législatives ou réglementaires émanant des États membres, il n'en reste pas moins que ces articles, lus en combinaison avec l'article [4, paragraphe 3, TUE], qui instaure un devoir de coopération, imposent aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises» (arrêt du 9 septembre 2003, C-198/01, Rec. p. I-8055, point 45 et jurisprudence citée).

23 — Le REC.

24 — Voir quinzième considérant du règlement n° 1/2003.

25 — Voir, par exemple, communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (JO 2004, C 101, p. 43) (ci-après la «communication sur la coopération») et déclaration commune du Conseil et de la Commission sur le fonctionnement du réseau des autorités de concurrence (ci-après la «déclaration commune»), qui peut être consultée à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_fr.pdf. La communication sur la coopération précise en particulier les modalités pratiques d'application des articles 11 et 12 du règlement n° 1/2003. Selon le point 72 et l'annexe de la communication sur la coopération, il est exigé des autorités nationales de concurrence qu'elles prennent acte des principes qui y sont énoncés, y compris les principes relatifs à la protection des personnes ayant demandé à bénéficier de mesures de clémence, et qu'elles les respectent.

façon à assurer l'exécution effective de leurs obligations de coopération en vertu du règlement n° 1/2003.

25. Alors que ni le règlement n° 1/2003 ni d'ailleurs la communication sur la coopération ne contiennent de disposition concernant l'octroi à des tiers d'un accès aux informations volontairement communiquées par un candidat à la clémence²⁶, le point 30 du programme modèle du REC en matière de clémence dispose que «[l]es déclarations orales faites dans le cadre du présent programme ne seront échangées entre les autorités de concurrence, conformément à l'article 12 du règlement n° 1/2003, que si les conditions établies dans la [communication sur la coopération] sont remplies et pour autant que la confidentialité assurée par l'autorité de concurrence destinataire soit équivalente à celle de l'autorité de concurrence qui les communique»²⁷.

26. Le programme modèle du REC en matière de clémence est un instrument non contraignant qui vise à l'harmonisation de fait ou «en douceur» des programmes de clémence des autorités nationales de concurrence, afin d'éviter que les entreprises qui pourraient solliciter le bénéfice de la clémence ne soient dissuadées de le faire en raison des divergences entre les programmes de clémence existant au sein du REC. C'est pourquoi le programme modèle du REC en matière de clémence établit le traitement auquel l'entreprise qui demande la clémence peut s'attendre de la part de toute autorité membre du REC une fois que tous les programmes auront été alignés sur le modèle. En outre, le programme modèle du REC en matière de clémence vise à alléger la charge que représente la nécessité de procéder à des demandes multiples. Malgré la nature non législative de cet instrument ainsi d'ailleurs que d'autres instruments tels que la communication sur la coopération et la déclaration commune, leurs incidences pratiques, en particulier sur les activités des autorités nationales de concurrence et de la Commission, ne sauraient être ignorées. Il est par conséquent regrettable que des documents tels que le programme modèle du REC en matière de clémence et la déclaration commune ne soient pas publiés au *Journal officiel de l'Union européenne* dans un but de transparence et de transmission à la postérité.

26 — Les points 26 à 28 de la communication sur la coopération (citée à la note 25) concernent l'échange et l'utilisation par la Commission et les autorités nationales de concurrence d'informations confidentielles conformément à l'article 12 du règlement n° 1/2003, tandis que les points 37 à 42 de la communication sur la coopération traitent en particulier de la communication d'informations résultant d'une demande de clémence entre les membres du REC (la Commission et les autorités nationales de concurrence) et de l'utilisation qui en est faite par ces membres. Voir aussi points 3 à 5 des notes explicatives du programme modèle de clémence du REC (cité à la note 8).

27 — Le point 28 du programme modèle du REC en matière de clémence prévoit la possibilité de présenter des demandes de clémence orales, alors que le point 29 prévoit que l'autorité de concurrence ne donnera accès à aucun enregistrement des déclarations orales de l'entreprise avant d'avoir adressé sa communication des griefs aux parties. Voir aussi points 48 et 49 des notes explicatives du programme modèle de clémence du REC (cité à la note 8).

27. À la lumière en particulier du point 30 du programme modèle du REC en matière de clémence et en l'absence de toute disposition législative de l'Union à ce sujet, j'estime que des niveaux différents de divulgation à des tiers, par des autorités nationales de

concurrence, d'informations volontairement communiquées par des candidats à la clémence pourraient ainsi éventuellement porter atteinte aux dispositions relatives à la coopération prévues par le règlement n° 1/2003.

28. Selon le dossier devant la Cour, il semble, sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, que l'autorité de concurrence suédoise ait coopéré avec le Bundeskartellamt au cours de l'enquête sur la violation en cause. Rien n'indique toutefois qu'une autorité nationale de concurrence autre que le Bundeskartellamt ait été compétente pour appliquer l'article 101 TFUE à l'entente en question, ce qui aurait pu conduire à des procédures multiples devant différentes autorités et à la possibilité d'une réattribution de l'affaire conformément à l'article 11 du règlement n° 1/2003²⁸. Ainsi, s'il est vrai qu'il

peut exister une tendance à des procédures multiples devant des autorités nationales de concurrence dans les cas où les membres d'une entente cherchent à bénéficier de la clémence, puisque, en l'absence de procédure de «guichet unique» pour l'accès à la clémence au titre du droit de l'Union ainsi que d'un système de clémence pleinement harmonisé s'étendant à l'ensemble de l'Union²⁹, ils peuvent estimer qu'il est nécessaire de déposer des demandes auprès de toutes les autorités ayant compétence pour appliquer l'article 101 TFUE à la violation, il n'y a aucune preuve que de telles circonstances existent dans la procédure au principal. J'observe également que la juridiction de renvoi a spécifiquement indiqué dans la décision de renvoi que Pfleiderer ne demande pas l'accès à des informations ou à des documents détenus par le Bundeskartellamt qui auraient été communiqués à ce dernier dans le cadre de l'article 12 du règlement n° 1/2003³⁰.

28 — Voir aussi en particulier points 16 à 19 de la communication sur la coopération (citée à la note 25). Le point 16 dispose que, «[p]our déceler les procédures multiples et assurer que les affaires sont traitées par une autorité de concurrence bien placée, les membres du réseau doivent être informés à un stade précoce des affaires en instance devant les différentes autorités de concurrence». Le point 17 de la communication sur la coopération dispose que le règlement n° 1/2003 «crée un mécanisme permettant aux autorités de concurrence de s'informer mutuellement pour assurer une réattribution efficace et rapide des affaires. Son article 11, paragraphe 3, prévoit que les autorités de concurrence des États membres, lorsqu'elles agissent en vertu de l'article [101 TFUE ou 102 TFUE], doivent en informer la Commission, avant ou juste après avoir lancé la première mesure formelle d'enquête. Il dispose également que cette information peut être mise à la disposition d'autres autorités de concurrence. La raison d'être de l'article 11, paragraphe 3, est de permettre au réseau de déceler les procédures multiples et d'aborder les éventuels problèmes de réattribution dès qu'une autorité commence à enquêter sur une affaire».

29. Il semble donc que les articles 11 et 12 du règlement n° 1/2003 ne soient pas pertinents aux fins de la présente procédure et qu'une partie de la question posée au sujet de ces dispositions soit, ainsi que l'indique la

29 — Voir point 38 de la communication sur la coopération (citée à la note 25).

30 — L'article 12 du règlement n° 1/2003 dispose que la Commission et les autorités de concurrence des États membres ont le pouvoir d'échanger et d'utiliser des informations aux fins de l'application des articles 101 TFUE et 102 TFUE.

Commission dans ses observations³¹, de nature hypothétique³². Selon moi, en l'absence, dans l'ordonnance de renvoi, de faits concrets quelconques concernant la question de la coopération au titre du chapitre IV du règlement n° 1/2003, le fait pour la Cour de statuer sur la question dans la présente procédure présenterait un caractère spéculatif.

compromettre à l'avenir l'application efficace de l'article 101 TFUE par ladite autorité.

30. La juridiction de renvoi demande aussi si le fait de prévoir qu'une autorité nationale de concurrence donne accès à des informations et documents volontairement communiqués à cette autorité par un candidat à la clémence à une partie lésée qui a l'intention d'intenter une action en dommages et intérêts pourrait

31. Il est clair que tant la Commission que les autorités de concurrence des États membres jouent un rôle important dans l'application de l'article 101 TFUE aux ententes illégales. Étant donné la nature secrète des ententes interdites par l'article 101 TFUE, la détection effective de ces infractions ainsi que les enquêtes les concernant, et donc, en définitive, l'interdiction et la sanction de telles infractions, qui figurent souvent parmi les infractions les plus graves au droit de la concurrence³³ en raison de leurs effets pernicieux sur la structure de la concurrence, se sont avérées difficiles tant pour la Commission que pour les autorités nationales de concurrence³⁴.

31 — Pfeleiderer considère que les articles 11 et 12 du règlement n° 1/2003 ne sont pas pertinents en l'espèce. L'Autorité de surveillance AELE a relevé dans ses observations le caractère purement interne de l'affaire soumise à l'Amtsgericht Bonn au sujet de la communication sur la coopération.

32 — La procédure instituée par l'article 267 TFUE est un instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales, grâce auquel la première fournit aux secondes les éléments d'interprétation du droit de l'Union qui leur sont nécessaires pour la solution du litige qu'elles sont appelées à trancher. L'esprit de collaboration qui doit présider au fonctionnement du renvoi préjudiciel implique que, de son côté, le juge national ait égard à la fonction confiée à la Cour, qui est de contribuer à l'administration de la justice dans les États membres et non de formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques. Voir arrêt du 5 février 2004, *Schneider* (C-380/01, Rec. p. I-1389, points 20 à 23 et jurisprudence citée).

33 — Et qui, lorsqu'elles sont décelées et prouvées, peuvent conduire à infliger non seulement de lourdes amendes, mais aussi des peines de prison à des personnes physiques dans certains États membres.

34 — Voir, par analogie, arrêt du 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a./Commission* (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, Rec. p. I-123, points 55 à 57), dans lequel la Cour a déclaré que l'interdiction de participer à des pratiques et à des accords anticoncurrentiels ainsi que les sanctions que les contrevenants peuvent encourir étant notoires, il est usuel que les activités que ces pratiques et ces accords comportent se déroulent de manière clandestine, que les réunions se tiennent secrètement, le plus souvent dans un pays tiers, et que la documentation y afférente soit réduite au minimum. Même si la Commission découvre des pièces attestant de manière explicite une prise de contact illégitime entre des opérateurs, telles que les comptes rendus d'une réunion, celles-ci ne seront normalement que fragmentaires et éparées, de sorte qu'il se révèle souvent nécessaire de reconstituer certains détails par des déductions. Dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de la concurrence.

Dans ce que je qualifierais d'expédient³⁵, la Commission a mis en place, depuis 1996, avec l'adoption de sa communication concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes³⁶, un programme de clémence par lequel elle récompense la coopération de membres d'ententes permettant de déceler et de sanctionner des ententes, sous la forme d'immunité d'amendes ou de réduction de leur montant. Il résulte clairement de la communication sur la clémence de 2006³⁷ que la Commission considère que «[l]e bénéfice que tirent les consommateurs et les citoyens de l'assurance de voir les ententes secrètes révélées et interdites est plus important que l'intérêt qu'il peut y avoir à sanctionner pécutiairement des entreprises qui permettent à la Commission de découvrir et de sanctionner de telles pratiques. [...] La Commission considère que la collaboration d'une entreprise à la découverte d'une entente a une valeur intrinsèque»³⁸. J'estime que le bénéfice d'un tel programme va au-delà de la découverte et de la sanction d'infractions individuelles, et qu'il conduit à un climat général d'incertitude parmi les entreprises susceptibles de

participer à des ententes qui peut faire obstacle à la formation d'ententes en pratique.

32. Ainsi, la communication sur la clémence énonce de façon transparente des règles et des procédures qui permettent aux candidats à la clémence de prévoir le traitement qui leur sera appliqué par la Commission. Cette transparence et cette prévisibilité sont, selon moi, nécessaires au fonctionnement efficace du programme de clémence de la Commission, car l'incertitude liée au traitement appliqué par la Commission pourrait décourager des candidats éventuels. De plus, la Cour a indiqué que la coopération d'une entreprise avec la Commission peut justifier une réduction du montant de l'amende au titre de la communication sur la clémence si elle permet effectivement à la Commission de parvenir à constater l'existence d'une infraction et à y mettre fin³⁹. Une entreprise qui coopère avec la Commission conformément à la communication sur la clémence en retire la confiance légitime que son amende sera réduite d'un certain pourcentage⁴⁰. En

35 — Je ne sous-entends par l'utilisation de ce terme aucun agissement répréhensible quelconque de la part de la Commission. Il indique plutôt que la Commission a adopté une démarche qu'elle considère comme étant en définitive bénéfique à la concurrence.

36 — J'observe que le règlement n° 1/2003 et le règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission, du 7 avril 2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE (JO L 123, p. 18) ne prévoient pas la mise en œuvre d'un programme de clémence par la Commission.

37 — Voir note 9 ci-dessus.

38 — Voir points 3 et 4 de la communication sur la clémence (citée à la note 9).

39 — Voir, à cet effet, arrêts du 16 novembre 2000, SCA Holding/Commission (C-297/98 P, Rec. p. I-10101, point 36), et du 28 juin 2005, Dansk Rorindustri e.a./Commission (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, point 399).

40 — Voir arrêt Dansk Rorindustri e.a./Commission (précité à la note 39, point 188); voir aussi point 38 de la communication sur la clémence, qui dispose que «[l]a Commission est consciente du fait que la présente communication crée des attentes légitimes sur lesquelles se fonderont les entreprises souhaitant l'informer de l'existence d'une entente».

outre, conformément à la communication sur la clémence, la Commission ne donne en principe pas accès à la déclaration d'entreprise d'un candidat à la clémence⁴¹. De plus, la Commission admet que de telles

déclarations des entreprises⁴² puissent être faites oralement⁴³. La communication sur la clémence ne prévoit toutefois pas que l'accès à des documents préexistants⁴⁴ fournis par un candidat à la clémence au titre de ladite communication est refusé aux tiers.

41 — Voir points 6, 7 et 33 de la communication sur la clémence (citée à la note 9). Voir aussi point 29 du programme modèle du REC en matière de clémence (cité à la note 8). Selon le point 6 de la communication sur la clémence, les soumissions spontanées connues sous le nom de déclarations des entreprises «se sont avérées utiles en ce qu'elles ont permis de mener des enquêtes efficaces et de mettre fin à des violations des règles de concurrence et elles ne devraient pas être découragées par des décisions ordonnant la communication de pièces dans des procédures civiles. Les entreprises qui envisagent de solliciter la clémence pourraient être dissuadées de coopérer avec la Commission dans le cadre de la présente communication si leur position dans des actions civiles se trouvait être moins favorable que celle des entreprises qui ne coopèrent pas avec elle. Ces effets inopportuns porteraient atteinte de manière significative à l'intérêt public, qui est d'assurer une application efficace de l'article [101 TFUE] par les autorités publiques dans les affaires d'ententes et donc de permettre des actions civiles subséquentes ou parallèles visant à faire respecter l'article [101 TFUE]». Voir aussi point 47 des notes explicatives du programme modèle de clémence du REC, qui prévoit que «[l]es membres du REC sont résolument partisans d'actions civiles efficaces en dommages et intérêts contre les participants à des cartels. Ils considèrent toutefois qu'il serait inapproprié que les entreprises qui coopèrent avec eux en révélant des cartels se trouvent placées dans une position moins favorable dans ce type d'actions que les membres du cartel qui refusent de coopérer. Or, la divulgation, dans des procédures civiles en dommages et intérêts, de déclarations faites spécialement à une autorité de concurrence dans le cadre de son programme de clémence risque précisément d'aboutir à ce résultat et, en dissuadant les entreprises de coopérer dans le cadre des programmes de clémence des autorités de concurrence, pourrait affaiblir la lutte menée par ces autorités contre les cartels. Un tel résultat pourrait également avoir un effet défavorable sur la lutte contre les cartels menée par d'autres autorités de concurrence. Le risque de voir une entreprise faire l'objet d'une décision ordonnant la communication de pièces dépend, dans une certaine mesure, des territoires affectés et de la nature de l'entente à laquelle elle a participé. [...]».

33. Les autorités nationales de concurrence n'ont pas l'obligation expresse, en vertu du droit de l'Union, de mettre en œuvre un programme de clémence en ce qui concerne les ententes contraires à l'article 101 TFUE, et le

42 — En vertu du point 9, sous a), de la communication sur la clémence (citée à la note 9), une déclaration d'entreprise doit comprendre, dans la mesure où l'entreprise en a connaissance au moment de la demande : — une description détaillée de l'entente présumée, dont notamment ses objectifs, ses activités et son fonctionnement; le ou les produits ou services en cause, la portée géographique, la durée et une estimation des volumes de marché affectés par l'entente présumée; des renseignements précis sur la date, le lieu, l'objet et les participants aux contacts de l'entente présumée; toutes les explications utiles sur les preuves fournies à l'appui de la demande; — le nom et l'adresse de l'entité juridique qui présente la demande d'immunité, ainsi que le nom et l'adresse de toutes les autres entreprises qui participent ou ont participé à l'entente présumée; — le nom, la fonction, l'adresse du bureau et, lorsque c'est nécessaire, l'adresse privée de toutes les personnes qui, à la connaissance du demandeur, prennent ou ont pris part à l'entente présumée, et notamment de ceux qui y ont été impliqués pour le compte du demandeur; — les autres autorités de concurrence, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Union, avec lesquelles l'entreprise a pris contact ou entend prendre contact au sujet de l'entente présumée.

43 — Voir point 32 de la communication sur la clémence (citée à la note 9). Voir aussi point 28 du programme modèle du REC en matière de clémence (cité à la note 8).

44 — L'expression «documents préexistants» n'est pas spécifiquement définie dans la communication sur la clémence. Cependant, je considère qu'il s'agit d'«autres preuves concernant l'entente présumée que l'entreprise a en sa possession ou à sa disposition à la date du dépôt de la demande, et notamment des preuves contemporaines de l'infraction». Voir point 9, sous b), de la communication sur la clémence (citée à la note 9).

droit de l'Union ne régleme pas la question de l'accès aux dossiers de clémence détenus par lesdites autorités. Cependant, malgré l'absence, en vertu du droit de l'Union, de toute obligation expresse pour les autorités de concurrence des États membres de mettre en œuvre un programme de clémence en ce qui concerne les ententes illégales, et le fait que les États membres disposent par conséquent de l'autonomie procédurale à cet égard, il ressort du dossier devant la Cour que, à l'heure actuelle, une très large majorité des autorités nationales de concurrence des 27 États membres, y compris le Bundeskartellamt, mettent en œuvre, d'une manière ou d'une autre, un programme de clémence. La décision de renvoi affirme que le programme de clémence du Bundeskartellamt est basé sur le programme modèle du RECC en matière de clémence. Étant donné que le Bundeskartellamt a délibérément choisi de mettre en œuvre un programme de clémence, il semble, selon moi, sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, que cette autorité nationale de concurrence ait estimé qu'un tel programme était nécessaire afin d'assurer l'application efficace, notamment, de l'article 101 TFUE⁴⁵. En effet, l'Amtsgericht Bonn a indiqué dans la décision de renvoi que «le programme de clémence du Bundeskartellamt, introduit en 2000 [...], s'est révélé être un instrument extrêmement efficace dans le cadre de la lutte contre les ententes. Ainsi, au cours de la période comprise entre 2001 et fin 2008, 210 demandes de clémence au total ont

été introduites, concernant 69 procédures différentes»⁴⁶.

34. J'estime que, lorsqu'un État membre, par l'intermédiaire d'une ou plusieurs de ses autorités de concurrence, met en œuvre un programme de clémence afin d'assurer l'application efficace de l'article 101 TFUE, il doit, malgré l'autonomie procédurale dont il dispose dans l'application de cette disposition, veiller à ce que le programme soit mis en place et fonctionne de façon efficace.

35. En ce qui concerne l'interaction entre les programmes de clémence et les actions civiles en dommages et intérêts, la communication sur la clémence, tout en indiquant à l'avance la façon dont la Commission exercera son pouvoir d'appréciation pour infliger des amendes aux membres d'une entente ayant coopéré, déclare expressément que la coopération au titre de ladite communication ne confère aux membres de l'entente aucune protection contre les conséquences en droit civil de leur participation à une infraction à l'article 101 TFUE⁴⁷. De plus, le point 24 du programme de clémence du Bundeskartellamt dispose que «[l]a présente communication n'a

45 — La décision de renvoi déclare à cet égard qu'un arrêt de l'Oberlandesgericht Düsseldorf a considéré comme légitime le principe sur lequel le Bundeskartellamt a fondé son programme de clémence, à savoir que l'intérêt à la lutte contre les cartels dits «durs» est supérieur à celui lié au fait de sanctionner un membre de l'entente en particulier. L'Oberlandesgericht Düsseldorf a constaté que le programme de clémence du Bundeskartellamt (cité à la note 6) ne donne lieu à aucune réserve sur le plan juridique et que ce programme relève de la marge d'appréciation dont dispose ladite autorité lors du calcul des amendes conformément à l'article 81, paragraphe 7, de l'OWiG.

46 — La décision de renvoi ne précise pas si ces ententes relevaient du champ d'application de l'article 101 TFUE, ni, dans l'affirmative, lesquelles d'entre elles.

47 — Voir point 39 de la communication sur la clémence (cité à la note 9).

pas d'incidence sur la mise en œuvre du droit de la concurrence par la sphère privée»⁴⁸.

36. En effet, le droit qu'ont les personnes lésées d'intenter des actions en dommages et intérêts pour des violations des articles 101 TFUE et 102 TFUE a été clairement souligné par la Cour. Ainsi, selon une jurisprudence constante, les articles 101 TFUE et 102 TFUE produisent des effets directs dans les relations entre particuliers et engendrent des droits⁴⁹ dans le chef des justiciables concernés que les juridictions nationales doivent sauvegarder⁵⁰. S'il est vrai que les règles concernant les actions en dommages et intérêts pour des violations des articles 101 et 102 TFUE n'ont

pas été harmonisées au niveau de l'Union, la Cour n'en a pas moins déclaré que la pleine efficacité de l'article 101 TFUE et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence⁵¹. Il s'ensuit que toute personne est en droit de demander réparation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou une pratique interdite par l'article 101 TFUE⁵². Dans l'arrêt *Courage et Crehan*, la Cour a également souligné l'effet dissuasif des actions en dommages et intérêts. La Cour a déclaré à cet égard qu'un tel droit d'action renforce le caractère opérationnel des règles de concurrence de l'Union et est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Dans cette perspective, les actions en dommages et intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans l'Union⁵³.

48 — Dans la décision de renvoi, l'Amtsgericht Bonn déclare que «l'introduction d'une demande de clémence n'exonère pas son auteur de sa responsabilité civile vis-à-vis des tiers lésés par l'entente [...] en vertu du droit allemand».

49 — Les articles 101 TFUE et 102 TFUE imposent également aux particuliers des obligations que les juridictions nationales doivent faire respecter.

50 — Voir arrêts du 30 janvier 1974, *BRT et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs* (127/73, Rec. p. 51, point 16); du 18 mars 1997, *Guérin automobiles/Commission* (C-282/95 P, Rec. p. I-1503, point 39); du 20 septembre 2001, *Courage et Crehan* (C-453/99, Rec. p. I-6297, point 23), et du 13 juillet 2006, *Manfredi e.a.* (C-295/04 à C-298/04, Rec. p. I-6619, point 39).

51 — Voir arrêt *Courage et Crehan* (précité à la note 50, point 26).

52 — Voir arrêt *Manfredi e.a.* (précité à la note 50, point 61). La Cour a déclaré que, en l'absence de réglementation de l'Union en la matière et conformément au principe de l'autonomie procédurale nationale, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit de l'Union, pour autant que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe de l'équivalence) et qu'elles ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) (voir arrêts du 10 juillet 1997, *Palmisani*, C-261/95, Rec. p. I-4025, point 27, ainsi que *Courage et Crehan*, précité à la note 50, point 29).

53 — Voir arrêt *Courage et Crehan* (précité à la note 50, point 27). Voir aussi point 1.2 du livre blanc de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante [COM(2008) 165, ci-après le «livre blanc»].

37. Selon moi, la divulgation à un tiers lésé, par une autorité nationale de concurrence, d'informations volontairement communiquées à cette dernière par des membres d'une entente en vertu du programme de clémence de l'autorité pourrait en principe aider ledit tiers à préparer une action en dommages et intérêts pour violation de l'article 101 TFUE devant les juridictions nationales concernant le préjudice présumé causé par l'entente⁵⁴. Il s'agit d'une action qui peut conduire non seulement à la détermination du droit à réparation d'une partie lésée, mais également à l'application de l'article 101 TFUE⁵⁵. Je considère par conséquent que, malgré le fait qu'une autorité nationale de concurrence ne soit pas partie à une action en dommages et intérêts, elle ne devrait pas⁵⁶, en l'absence de raisons légitimes impérieuses d'ordre public ou privé, refuser à une partie prétendument lésée l'accès à des documents se trouvant en sa possession qui pourraient être produits en justice pour aider ladite partie à faire valoir ses prétentions en matière civile à l'encontre d'un membre d'une entente contraire à l'article 101 TFUE, car cela pourrait de fait compromettre et diminuer le droit fondamental de ladite partie à un recours effectif, qui est garanti par l'article 101 TFUE et

par l'article 47⁵⁷, lu en combinaison avec l'article 51, paragraphe 1, de la charte et l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH. Il convient donc d'examiner si, et, dans l'affirmative, dans quelles conditions, une autorité nationale de concurrence peut légitimement refuser de divulguer des informations et des documents soumis par un candidat à la clémence.

38. Ainsi, la divulgation par une autorité nationale de concurrence de toutes les informations et de tous les documents qui lui ont été soumis par un candidat à la clémence pourrait, selon moi, compromettre sérieusement le caractère attractif et, partant, l'efficacité du programme de clémence de ladite autorité, dans la mesure où les candidats potentiels à la clémence pourraient estimer qu'ils se trouveront dans une position moins favorable dans des actions civiles en dommages et intérêts que les autres membres de l'entente qui n'ont pas demandé à bénéficier de mesures de clémence, en raison des déclarations et preuves contribuant à leur propre incrimination qu'ils

54 — Au point 2.2 du livre blanc (cité à la note 53), la Commission relève qu'«[u]ne grande partie des preuves essentielles nécessaires à la réussite d'une action en dommages et intérêts en cas d'infraction aux règles de concurrence sont souvent dissimulées et, du fait qu'elles sont détenues par le défendeur ou des tiers, ne sont généralement pas connues de façon suffisamment détaillée par le requérant».

55 — Voir arrêt *Courage et Crehan* (précité à la note 50, points 26 et 27).

56 — En créant des obstacles à l'accès aux informations qu'elles détiennent et qui sont susceptibles d'être produites en justice, les autorités nationales de concurrence pourraient ainsi gêner les actions en dommages et intérêts.

57 — «Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. [...]»

doivent⁵⁸ présenter à l'autorité. Ainsi, s'il est vrai qu'un candidat potentiel à la clémence peut bénéficier de l'immunité d'amendes ou d'une réduction de leur montant, il pourrait être considéré que le risque accru de responsabilité pécuniaire l'emporte sur ce bénéfice s'il est donné accès au dossier de clémence, en particulier dans les cas où les membres de l'entente sont solidairement responsables en vertu des règles nationales de procédure civile. Un membre d'une entente pourrait par conséquent s'abstenir purement et simplement de demander le bénéfice de mesures de clémence, ou bien se montrer moins coopératif avec une autorité de concurrence au cours de la procédure de clémence⁵⁹.

39. Il existe donc une tension apparente entre, d'une part, la mise en œuvre efficace d'un programme de clémence par une autorité nationale de concurrence, et donc l'application du droit de la concurrence par les autorités

58 — Afin de bénéficier de mesures de clémence. Il n'est bien sûr pas question de contrainte, puisque les candidats à la clémence choisissent volontairement de fournir des déclarations d'entreprise et des éléments de preuve préexistants en contrepartie du bénéfice de mesures de clémence, et qu'ils ne sont pas légalement obligés de le faire. Voir, a contrario, au sujet du droit de ne pas s'incriminer soi-même et du droit à un procès équitable, Cour eur. D.H. Saunders c. Royaume-Uni du 17 décembre 1996 (*Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, p. 2044, paragraphes 69, 71 et 76).

59 — L'«effet dissuasif» que la divulgation à des parties civiles éventuelles, par une autorité de concurrence, d'informations soumises par un candidat à la clémence peut avoir sur le niveau de coopération de ce candidat ne saurait être ignoré, malgré le fait que la communication sur la clémence exige notamment du candidat à la clémence une coopération véritable, totale, permanente et rapide dès le dépôt de sa demande et tout au long de la procédure administrative. Voir point 12, sous a), de la communication sur la clémence (citée à la note 9). Il est très probable que les programmes nationaux imposent des conditions similaires. Voir point 13 du programme modèle du REC en matière de clémence (cité à la note 8).

publiques, et, d'autre part, l'octroi à un tiers de l'accès à des informations fournies par un candidat à la clémence⁶⁰ dans le but d'aider ledit tiers à tenter une action en dommages et intérêts au titre de l'article 101 TFUE.

40. J'estime que le règlement n° 1/2003 et la jurisprudence de la Cour n'ont établi en droit aucune hiérarchie ou ordre de priorité quelconque⁶¹ entre l'application du droit de la concurrence de l'Union par les autorités publiques et les actions civiles en dommages et intérêts. Même si aucune hiérarchie n'a été établie en droit, le rôle de la Commission et des autorités nationales de concurrence a actuellement, selon moi, une importance bien plus grande que les actions civiles en dommages et intérêts pour assurer le respect des articles 101 TFUE et 102 TFUE. Le rôle actuel des actions civiles en dommages et intérêts est en effet si réduit à cet égard que j'hésiterais à utiliser de façon excessive l'expression

60 — À une autorité nationale de concurrence.

61 — Selon le septième considérant du règlement n° 1/2003, «[l]es juridictions nationales remplissent une fonction essentielle dans l'application des règles [...] de concurrence [de l'Union]. Elles préservent les droits subjectifs prévus par le droit [de l'Union] lorsqu'elles statuent sur des litiges entre particuliers, notamment en octroyant des dommages et intérêts aux victimes des infractions. Le rôle des juridictions nationales est, à cet égard, complémentaire de celui des autorités de concurrence des États membres. Il convient dès lors de leur permettre d'appliquer pleinement les articles [101 TFUE et 102 TFUE]». Selon moi, l'utilisation du terme «complémentaire» n'indique pas nécessairement un ordre de priorité quelconque. En tout état de cause, les considérants d'un acte de l'Union n'ont pas de valeur juridique contraignante. Voir arrêt du 2 avril 2009, Tyson Parkethandel (C-134/08, Rec. p. I-2875, point 16 et jurisprudence citée).

«mise en œuvre des règles par la sphère privée» («private enforcement»)⁶².

41. Je considère en outre que la tension en question est plus apparente que réelle, étant donné que, outre l'intérêt public qu'il y a à disposer de programmes de clémence efficaces afin de déceler et de sanctionner des ententes secrètes, ces programmes sont également profitables aux parties privées lésées par de telles ententes⁶³. Premièrement, en

l'absence de programmes de clémence efficaces, de nombreuses ententes pourraient ne jamais être révélées et leurs incidences négatives sur la concurrence en général et sur les parties privées en particulier pourraient donc persister sans restrictions. Deuxièmement, la détection de telles ententes et l'enquête menée à leur égard par les autorités nationales de concurrence sur la base d'une demande de clémence permettent de conduire à l'adoption de décisions qui, notamment, ordonnent la cessation de l'infraction et infligent des amendes en vertu du droit national⁶⁴. Ces décisions sont ensuite susceptibles d'aider les tiers lésés par des ententes à engager des actions civiles en dommages et intérêts. À cet égard, alors qu'il n'existe dans le règlement n° 1/2003 aucune disposition analogue à l'article 16, paragraphe 1, dudit règlement en ce qui concerne le poids à accorder aux décisions des autorités nationales de concurrence⁶⁵ dans les décisions des juridictions nationales⁶⁶, j'estime que de telles décisions devraient au moins être considérées comme des preuves corroborantes par les juridictions nationales⁶⁷. Toutefois, même pour les juridictions devant lesquelles une partie civile ne peut en aucun cas s'appuyer sur une décision d'une autorité nationale de concurrence devenue définitive comme élément de preuve devant les juridictions nationales et

62 — Dans son livre blanc de 2008, la Commission observe que, «[e]n dépit de l'obligation d'établir un cadre juridique efficace permettant de faire de l'exercice du droit à réparation une possibilité réaliste, et même si quelques signes d'amélioration ont pu être constatés récemment dans certains États membres, dans la pratique, les victimes d'infractions aux règles de concurrence [de l'Union] n'obtiennent, à ce jour, que rarement réparation des dommages subis». Voir point 1.1 (cité à la note 53).

63 — Voir point 6 de la communication sur la clémence (cité à la note 9), qui dispose que «[l]es entreprises qui envisagent de solliciter la clémence pourraient être dissuadées de coopérer avec la Commission dans le cadre de la présente communication si leur position dans des actions civiles se trouvait être moins favorable que celle des entreprises qui ne coopèrent pas avec elle. Ces effets inopportuns porteraient atteinte de manière significative à l'intérêt public, qui est d'assurer une application efficace de l'article [101 TFUE] par les autorités publiques dans les affaires d'ententes et donc de permettre des actions civiles subséquentes ou parallèles visant à faire respecter l'article [101]» (c'est nous qui mettons en évidence) (cité à la note 41 ci-dessus).

64 — Voir article 5 du règlement n° 1/2003.

65 — Voir point 2.3 du livre blanc (cité à la note 53).

66 — L'article 16, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 dispose que, «[l]orsque les juridictions nationales statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article [101 TFUE ou 102 TFUE] qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission [...]». Dans le livre blanc, la Commission a proposé que les juridictions nationales devant statuer sur des actions en dommages et intérêts concernant une pratique visée à l'article 101 TFUE ou 102 TFUE, sur laquelle une autorité nationale de concurrence du REC a déjà rendu une décision définitive concluant à l'existence d'une infraction à ces articles, ou sur laquelle une instance de recours a rendu un jugement définitif confirmant la décision de l'autorité ou constatant elle-même une infraction, ne puissent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de cette décision ou de ce jugement.

67 — La juridiction de renvoi a indiqué que, selon le droit allemand, les faits constatés dans les décisions d'amende devenues définitives ont force obligatoire dans les procédures civiles, et que l'infraction n'a donc pas à être prouvée.

doit prouver dans sa totalité la violation de l'article 101 TFUE, notamment, je considère que cette décision constitue un bon point de départ pour préparer une action, en particulier parce que ladite décision explique normalement en détail le fonctionnement de l'entente en cause et la nature de la violation de l'article 101 TFUE.

42. J'estime par conséquent que, afin de protéger les intérêts tant publics que privés que constituent la détection et la sanction des ententes, il convient de préserver autant que possible le caractère attractif des programmes de clémence des autorités nationales de concurrence sans restreindre indûment le droit d'accès des parties civiles aux informations et, en définitive, leur droit à un recours effectif.

43. Dans l'affaire en cause dans la procédure au principal, la juridiction de renvoi n'a pas indiqué de façon détaillée dans la décision de renvoi la nature des informations et des documents présentés par les candidats à la clémence. Cependant, étant donné que la juridiction de renvoi a affirmé que le programme de clémence du Bundeskartellamt se base sur le programme modèle du REC en matière de clémence, je propose d'examiner dans le présent contexte l'accessibilité des déclarations présentées par des candidats à la clémence

qui contribuent volontairement à leur propre incrimination, ou déclarations des entreprises⁶⁸, ainsi que celle des documents préexistants qu'ils ont déposés.

44. Selon moi, la divulgation à des parties civiles du contenu de déclarations contribuant volontairement à l'incrimination de leurs auteurs⁶⁹, présentées par des candidats à la clémence⁷⁰ au cours d'une procédure de clémence et aux fins de cette procédure, dans lesquelles les candidats reconnaissent effectivement et décrivent à une autorité de concurrence leur participation à une violation de l'article 101 TFUE, pourrait considérablement réduire le caractère attractif et, partant, l'efficacité du programme de clémence d'une autorité nationale de concurrence⁷¹. Cela pourrait alors compromettre l'application

68 — Le dossier devant la Cour ne fait pas clairement apparaître si les candidats à la clémence ont ou non fait des déclarations d'entreprise orales. Étant donné que je considère que de telles déclarations ne devraient pas être divulguées, il importe peu qu'elles aient été faites oralement ou par écrit.

69 — Également connues sous le nom de déclarations des entreprises.

70 — Ce qui revient effectivement à une confession ou à une reconnaissance de culpabilité.

71 — Étant donné que les déclarations en question concernent en particulier la participation individuelle du candidat à la clémence à l'entente illégale, ce candidat pourrait se trouver, dans une action en dommages et intérêts, dans une position moins favorable que des membres de l'entente n'ayant pas coopéré. Au point 2.9 du livre blanc, intitulé «Interaction entre les programmes de clémence et les actions en dommages et intérêts», la Commission considère qu'il est important, pour l'application du droit de la concurrence tant dans la sphère publique que dans la sphère privée, de garantir l'attractivité des programmes de clémence. La Commission estime donc que, afin d'éviter de placer l'entreprise à l'origine de la demande dans une situation moins favorable que celle des co-auteurs de l'infraction, il convient d'assurer une protection adéquate aux déclarations effectuées par une entreprise dans le cadre d'une demande de clémence contre la divulgation de ces déclarations dans des actions privées en dommages et intérêts. Cette protection s'applique lorsque la divulgation est ordonnée par un tribunal tant avant qu'après l'adoption d'une décision par l'autorité de concurrence (cité à la note 53).

efficace de l'article 101 TFUE par l'autorité nationale de concurrence et, en fin de compte, la possibilité pour des parties privées d'exercer un recours effectif. Ainsi, s'il est vrai que le refus d'un tel accès peut créer des obstacles ou s'opposer dans une certaine mesure au droit fondamental à un recours effectif d'une partie prétendument lésée, je considère que l'atteinte à ce droit est justifiée par le but légitime consistant à assurer l'application efficace de l'article 101 TFUE par les autorités nationales de concurrence, ainsi que par les intérêts privés que constituent la détection et la sanction des ententes.

45. Il semble en outre, sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, que⁷² les candidats à la clémence pourraient avoir une confiance légitime selon laquelle, en vertu du pouvoir d'appréciation du Bundeskartellamt sur la question, les déclarations contribuant volontairement à l'incrimination de leurs auteurs ne seraient pas divulguées. J'estime que bien que le droit fondamental à un recours effectif doive être respecté dans toute la mesure du possible, la confiance légitime du candidat à la clémence, selon laquelle de telles déclarations contribuant à sa propre incrimination ne seront pas divulguées, l'emporte.

46. Je considère par conséquent qu'il ne devrait en principe⁷³ pas être donné accès aux déclarations présentées par un candidat à la clémence qui contribuent volontairement à sa propre incrimination.

47. Toutefois, à part de telles déclarations contribuant à l'incrimination de leurs auteurs, les parties prétendument lésées, telles que Pfleiderer, devraient avoir accès à tous les autres documents préexistants présentés par un candidat à la clémence au cours d'une procédure de clémence⁷⁴ qui peuvent aider lesdites parties à établir, aux fins d'une action civile en dommages et intérêts, l'existence d'un acte illégal violant l'article 101 TFUE⁷⁵, d'un dommage pour ces parties et d'un lien de causalité entre le dommage et la violation⁷⁶. Les documents en question ne sont en effet pas un produit de la procédure de clémence,

72 — Conformément en particulier au point 22 du programme de clémence du Bundeskartellamt (cité à la note 6).

73 — Il peut être nécessaire de prévoir des exceptions à cette règle dans des circonstances particulières, par exemple lorsque le candidat à la clémence a lui-même divulgué le contenu de ses déclarations d'entreprise à des tiers. Voir, par exemple, point 33 de la communication sur la clémence (citée à la note 9).

74 — Sauf les secrets d'affaires et autres informations confidentielles telles que les documents internes.

75 — Dans les systèmes juridiques où, comme c'est le cas en Allemagne, les requérants privés dans une action en dommages et intérêts peuvent s'appuyer sur la décision définitive de l'autorité nationale de concurrence ou d'une instance de recours pour établir une violation de l'article 101 TFUE, je considère qu'il ne devrait pas être donné accès aux éléments de preuve ou documents divulgués par le candidat à la clémence au cours de la procédure de clémence, car ils ne sont pas nécessaires pour donner effet au droit à un recours effectif et à un procès équitable.

76 — Selon moi, l'autorité nationale de concurrence devrait s'efforcer d'obtenir des garanties fermes que les informations ne seront utilisées qu'aux fins de la procédure judiciaire en question.

car, contrairement aux déclarations des entreprises contribuant à l'incrimination de leurs auteurs dont il a été question ci-dessus, ils existent indépendamment de cette procédure et pourraient, du moins en théorie, être découverts ailleurs. Je ne vois aucune raison convaincante pour laquelle l'accès à de tels documents, spécifiquement destinés

à contribuer à la préparation d'une action en dommages et intérêts et pertinents à cette fin, devrait être refusé. Le fait qu'une autorité nationale de concurrence puisse refuser l'accès à de tels documents dans des circonstances telles que celles de la procédure au principal irait à l'encontre du droit fondamental à un recours effectif.

VI — Conclusion

48. À la lumière des observations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit à la question préjudicielle soulevée par l'Amtsgericht Bonn:

«Lorsqu'une autorité nationale de concurrence met en œuvre un programme de clémence afin d'assurer l'application efficace de l'article 101 TFUE, les parties lésées par une entente ne doivent pas, afin de faire valoir leurs prétentions au regard du droit civil, se voir octroyer l'accès aux déclarations contribuant à l'incrimination de leurs auteurs qui ont été volontairement communiquées par des candidats à la clémence et dans lesquelles les candidats reconnaissent effectivement et décrivent à l'autorité leur participation à une violation de l'article 101 TFUE, car cela pourrait réduire considérablement le caractère attractif et, partant, l'efficacité du programme de clémence de l'autorité, et compromettre alors l'application efficace de l'article 101 TFUE par l'autorité. S'il est vrai que le refus d'un tel accès peut créer des obstacles ou s'opposer dans une certaine mesure au droit fondamental d'une partie prétendument lésée à

un recours effectif et à un procès équitable, garanti par l'article 47, lu en combinaison avec l'article 51, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union, l'atteinte à ce droit est justifiée par le but légitime consistant à assurer l'application efficace de l'article 101 TFUE par les autorités nationales de concurrence, ainsi que par les intérêts privés que constituent la détection et la sanction des ententes.

Il irait à l'encontre du droit fondamental à un recours effectif et à un procès équitable, garanti par l'article 47, lu en combinaison avec l'article 51, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, que l'autorité nationale de concurrence puisse refuser l'accès à d'autres documents préexistants, présentés par un candidat à la clémence au cours d'une procédure de clémence et qui peuvent aider des parties prétendument lésées par une entente à établir, aux fins d'une action civile en dommages et intérêts, l'existence d'un acte illégal violant l'article 101 TFUE, d'un dommage pour ces parties et d'un lien de causalité entre le dommage et la violation.»