



Paris, le 24 mars 2015

**ASSOCIATION DES AVOCATS
PRATIQUANT LE DROIT DE LA CONCURRENCE (APDC)**

**REPONSE A LA CONSULTATION PUBLIQUE CONCERNANT LA
REVISION DU REGLEMENT N° 773/2004 ET DES COMMUNICATIONS
RELATIVES À L'ACCÈS AU DOSSIER, À LA CLÉMENCE, AUX
PROCEDURES DE TRANSACTION ET À LA COOPERATION ENTRE LA
COMMISSION ET LES JURIDICTIONS NATIONALES**

*
* *

L'APDC ENTEND PRÉSENTER CI-APRÈS SES OBSERVATIONS
RELATIVES À LA CONSULTATION PUBLIQUE ET DEMEURE À LA DISPOSITION DE LA COMMISSION
POUR TOUTE EXPLICATION OU PRÉCISION UTILE.

A.P.D.C.
11 place Dauphine – 75053 Paris cedex 01
Courrier : c/o Cabinet Bredin Prat – 130, rue du Faubourg Saint-Honoré 75008 Paris
Tél. +33 (0) 1 44 35 35 35

1. Le 17 décembre 2014, la Commission européenne a lancé une consultation publique sur une proposition de modification du règlement n° 773/2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE (ci-après le « **Règlement n° 773/2004** »). La consultation porte également sur la révision des communications relatives aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE (ci-après la « **Communication sur l'accès au dossier** »), à la procédure de clémence (ci-après la « **Communication sur la clémence** »), aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement n° 1/2003 (ci-après la « **Communication sur la transaction** ») et à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE (ci-après la « **Communication sur la coopération** »).
2. Les objectifs poursuivis par la Commission à l'occasion de cette réforme sont décrits dans une brève page explicative publiée sur le site Internet de la Direction générale Concurrence, ainsi que dans un document d'une demi-page intitulé « *frequently asked questions on amendments to Regulation 773/2004 and related notices* »¹.
3. Selon ces deux documents, la réforme projetée par la Commission poursuit trois objectifs :
 - (i) « *refléter les dispositions pertinentes* » de la directive 2014/104/UE relative aux actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence (ci-après la « **Directive 2014/104/UE** ») dans le Règlement n° 773/2004 et les communications pertinentes ;
 - (ii) donner une base réglementaire expresse à certains concepts et procédures appliqués par la Commission (tels que la procédure de clémence) mais ne faisant à ce stade l'objet que de communications, et
 - (iii) élargir la possibilité de renvoyer aux parties des documents en la possession de la Commission qui sont sans rapport avec l'affaire en cause.
4. De façon générale, l'APDC ne peut que se réjouir de l'intention de la Commission de moderniser les dispositions qu'elle applique et d'en assurer la cohérence avec d'autres instruments du droit de la concurrence. Toutefois, force est de constater que les intentions et ambitions de la Commission à l'occasion de la présente réforme restent très imprécises. Notamment, alors que la Commission semble envisager cette réforme comme un simple toilettage motivé par l'adoption de la Directive 2014/104/UE,

¹ http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_regulation_773_2004/index_en.html
http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_regulation_773_2004/faq_en.pdf.

certaines des modifications qu'elle propose revêtent, en réalité, une portée bien plus significative sur le fond.

5. À titre d'illustration, l'APDC constate que la Commission envisage d'introduire une nouvelle disposition dans le Règlement n° 773/2004 interdisant l'utilisation de certaines catégories d'informations² dans les procédures contentieuses nationales avant la clôture de la procédure devant la Commission (voir points 49 s. *infra*). Or ces limitations ne s'appliquent pas aux seules actions en dommages et intérêts, qui pourtant sont le seul objet de la Directive 2014/104/UE. La nouvelle disposition va donc au-delà de l'objectif affiché par la Commission visant à refléter les dispositions de ce texte dans le Règlement n° 773/2004, sans pour autant que la Commission n'ait fourni une quelconque explication sur les raisons et l'opportunité d'une telle extension.
6. Dans le même esprit, la Commission envisage de réglementer l'usage des informations tirées des déclarations de clémence et des propositions de transaction hors les cas d'action civile en dommages et intérêts³. La Commission ne s'explique toutefois pas sur les raisons pour lesquelles elle considère certains usages de ces informations comme acceptables (à savoir la répartition entre les participants à une entente d'une amende qui leur a été infligée solidairement par la Commission et le contrôle juridictionnel d'une décision d'une autorité nationale de concurrence constatant une infraction à l'article 101 TFUE) par opposition à d'autres usages qui, de prime abord, ne paraissent pas moins illégitimes (comme par exemple l'exercice d'une garantie de passif entre propriétaires successifs d'une filiale ayant commis une infraction ou certaines actions récursoires faisant suite à des condamnations civiles).
7. Enfin, la Commission propose de supprimer le droit pour les parties de retirer unilatéralement les propositions de transaction qu'elles ont déposées (voir points 52 s. *infra*). En l'absence d'explication sur l'objet de cette réforme, les parties invitées à répondre à la consultation en sont réduites à spéculer en supposant qu'elle vise à éviter l'application de l'article 6, paragraphe 5, sous c), de la Directive 2014/104/UE, qui prévoit la possibilité d'une communication aux parties adverses des « *propositions de transaction qui ont été retirées* ».
8. Par conséquent, indépendamment de l'opportunité de ces changements sur le fond, il existe, entre l'objectif affiché par la Commission et les modifications projetées, une certaine discordance qui porte atteinte à la compréhension de la réforme. L'APDC considère qu'il serait souhaitable – par souci de transparence et pour garantir l'effet

² Les informations préparées par d'autres personnes physiques ou morales expressément aux fins de la procédure engagée devant la Commission et les informations établies par la Commission et envoyées aux parties au cours de sa procédure (projet d'article 16 bis, paragraphe 3, du Règlement n° 773/2004).

³ Voir le projet d'article 16 bis, paragraphe 2, du Règlement n° 773/2004.

utile de la consultation – que la Commission apporte davantage de précisions sur les objectifs qu'elle poursuit.

9. Compte tenu des modifications envisagées par la Commission, l'APDC comprend toutefois que le principal objet de la réforme reste l'adaptation des textes concernés à la Directive 2014/104/UE. L'APDC ne présentera, en conséquence, que de brèves observations liminaires sur les deux autres objectifs affichés par la Commission.
10. En substance :
 - l'APDC approuve l'introduction de concepts d'ores et déjà présents dans les Communications sur la clémence et sur la transaction et n'émettra donc que des suggestions limitées sur ce point **(I)** ;
 - l'APDC approuve également l'élargissement de la possibilité de retourner aux parties des documents en la possession de la Commission sans rapport avec l'affaire en cause, tout en considérant que cette restitution doit être encadrée **(II)** ;
 - enfin, s'agissant de l'adaptation des textes visés à la Directive 2014/104/UE, l'APDC estime que la limitation, d'une part, de l'usage des informations obtenues grâce à l'accès au dossier et, d'autre part, de la transmission d'informations aux juridictions nationales doit faire l'objet de clarifications et d'adaptations **(III)**.
11. Enfin, bien qu'il ne s'agisse pas d'une nouveauté introduite par la réforme faisant l'objet de la présente consultation, l'APDC s'oppose au maintien d'une disposition prévoyant que la Commission peut signaler aux barreaux des conseils extérieurs des entreprises concernées toute violation des règles relatives à l'accès au dossier qui se serait produite avec l'intervention de ces conseils **(IV)**⁴.

I. INTRODUCTION DE CONCEPTS PRÉEXISTANTS DANS LE RÈGLEMENT N° 773/2004

12. Les commentaires de l'APDC porteront sur l'introduction d'une référence à la procédure de clémence dans le Règlement n° 773/2004 **(A)**, ainsi que sur la possibilité de présenter des propositions de transaction orales et sur la limitation, au sein des locaux de la Commission, de l'accès aux déclarations de clémence et aux propositions de transaction **(B)**.

⁴ Communication sur l'accès au dossier, point 48 ; Communication sur la clémence, point 34.

A. Procédure de clémence – Introduction d’un article 4 bis dans le Règlement n° 773/2004

13. Compte tenu de la place acquise par la procédure de clémence dans l’Union, l’APDC ne peut que saluer l’introduction dans le Règlement n° 773/2004 d’une disposition lui donnant une base juridique expresse.
14. Il est en effet paradoxal que la procédure de clémence revête une importance pratique cruciale dans les procédures d’application de l’article 101 TFUE sans pour autant s’appuyer sur une base réglementaire.
15. La base réglementaire que la Commission propose d’introduire permettra en particulier de clarifier et renforcer le statut juridique de la clémence :
 - lorsque cette dernière entre en conflit avec d’autres dispositions du droit de l’Union qui, pour leur part, reposent sur une base réglementaire, comme par exemple le règlement n° 1049/2001 relatif à l’accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission⁵ ; ou
 - vis-à-vis des juridictions des États membres, puisqu’un juge national donnera davantage d’effets à une procédure prévue par une disposition réglementaire plutôt que par une communication ne revêtant une force contraignante que pour la seule Commission.
16. Il est toutefois souhaitable que l’article 4 bis du Règlement n° 773/2004 reprenne fidèlement le texte de la Communication sur la clémence. En effet, cette dernière précise qu’« *afin de pouvoir prétendre à une telle réduction [d’amende], une entreprise doit fournir à la Commission des éléments de preuve de l’infraction présumée qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en possession de la Commission* » (soulignement ajouté)⁶. Or le nouvel article 4 bis prévoit pour sa part qu’« *une réduction d’amendes peut être accordée aux entreprises qui fournissent à la Commission des preuves de l’infraction présumée apportant une valeur ajoutée importante par rapport aux éléments de preuve déjà en possession de la Commission* » (soulignement ajouté).
17. L’APDC suppose qu’il s’agit d’une variation de traduction plutôt que d’une variation sur le fond, dans la mesure où la version anglaise de l’article 4 bis du Règlement n° 773/2004 reprend fidèlement l’expression figurant dans la version anglaise de la Communication sur la clémence, à savoir la notion de « *significant added value* ». Il est toutefois nécessaire d’assurer une stricte cohérence linguistique entre l’article 4 bis du Règlement n° 773/2004 et les textes dont il constituera le fondement.

⁵ Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l’accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO L 145, p. 43).

⁶ Communication sur la clémence, point 24.

18. Par ailleurs, l'APDC considère qu'un point figurant dans la Communication sur la clémence pourrait être utilement intégré à l'article 4 bis du projet de Règlement n° 773/2004. Il s'agit du système du « marqueur » permettant à l'entreprise qui souhaite déposer une demande d'immunité de protéger son rang pendant qu'elle rassemble les renseignements et preuves nécessaires pour atteindre le niveau de preuve requis pour l'immunité⁷.

B. Propositions de transaction orales et limitation, au sein des locaux de la Commission, de l'accès aux déclarations de clémence et aux propositions de transaction – Modification du troisième alinéa de l'article 10 bis, paragraphe 2, et introduction d'un article 15, paragraphe 1 ter

19. La proposition d'ajout à l'article 10 bis, paragraphe 2, du Règlement n° 773/2004 prévoit notamment que la Commission proposera aux parties des moyens appropriés pour fournir des propositions de transaction « *autrement que par écrit, notamment oralement* ». Cette nouvelle rédaction reprend la Communication sur la transaction selon laquelle « *à la demande de l'entreprise qui le souhaite, la Commission peut accepter que les propositions de transaction soient faites oralement* »⁸.
20. Pour sa part, le nouvel article 15, paragraphe 1 ter, du Règlement n° 773/2004 spécifie que l'accès à une déclaration d'entreprise effectuée en vue d'obtenir la clémence ou à une proposition de transaction ne sera accordé que dans les locaux de la Commission. La Communication sur la clémence et celle sur la transaction prévoient d'ores et déjà cette limitation⁹, qui selon l'APDC est nécessaire afin de protéger la confidentialité des documents susceptibles de contenir des informations hautement sensibles pour les parties en cause.
21. L'APDC approuve par conséquent l'introduction de ces dispositifs de protection dans le Règlement n° 773/2004.

II. ÉLARGISSEMENT DE LA POSSIBILITÉ DE RETOURNER AUX PARTIES DES DOCUMENTS SANS RAPPORT AVEC L'AFFAIRE EN CAUSE

22. À l'heure actuelle, la Communication sur l'accès au dossier prévoit que la Commission peut retourner aux parties les documents sans rapport avec l'objet de l'affaire en cause qui ont été obtenus au cours de vérifications effectuées en vertu des articles 20, 21 et 22, paragraphe 2, du Règlement n° 1/2003 et des articles 12 et 13 du Règlement sur les concentrations¹⁰. La formulation retenue par ces textes ne couvre pas les documents

⁷ Communication sur la clémence, point 15.

⁸ Communication sur la transaction, point 38.

⁹ Communication sur la transaction, point 35 ; Communication sur la clémence, point 33.

¹⁰ Communication sur l'accès au dossier, point 9.

- que la Commission aurait obtenus en dehors d'une inspection, notamment à l'occasion d'une demande de renseignements ou d'une demande d'immunité ou de réduction d'amende.
23. La nouvelle rédaction prévue par le projet de Communication sur l'accès au dossier élargit donc la restitution aux documents obtenus « *au cours des enquêtes en matière de concurrence* ».
 24. L'APDC approuve cette proposition d'élargissement. En effet, s'agissant du renvoi de documents non pertinents aux parties concernées, il n'existe a priori aucune raison d'opérer une distinction entre, d'une part, les documents obtenus au cours d'une inspection et, d'autre part, ceux qui ont été obtenus par une autre voie.
 25. L'APDC estime néanmoins que les parties mises en cause dans la procédure de concurrence concernée devraient pouvoir contrôler l'identification et le traitement par la Commission des documents sans rapport avec l'affaire en cause. En effet, si la Cour de justice a déjà reconnu le droit pour la Commission « *d'exclure de la procédure administrative les éléments qui n'ont aucun rapport avec les allégations de fait et de droit figurant dans la communication des griefs* »¹¹, il résulte par ailleurs d'une jurisprudence constante que la Commission doit donner à l'entreprise concernée la possibilité de procéder à un examen de la totalité des documents figurant au dossier d'instruction qui sont susceptibles d'être pertinents pour sa défense¹². Il est également constant qu'il n'appartient pas à la Commission, mais aux seules parties mises en cause, de décider si les documents saisis dans le cadre de l'instruction sont ou non utiles à leur défense¹³.
 26. Les entreprises concernées devraient donc être en mesure de se prononcer sur la nature des documents que la Commission envisage de restituer à l'une des parties afin de confirmer qu'ils ne sont pas susceptibles de constituer des preuves les disculpant. À cette fin, l'APDC considère que la Commission devrait à tout le moins tenir à la disposition des parties une liste des documents qu'elle envisage de restituer, accompagnée d'une brève description de chacun de ces documents afin que les parties soient en mesure de se prononcer sur l'opportunité de leur restitution.

¹¹ Arrêt de la Cour 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, point 126.

¹² Arrêt du Tribunal du 18 juin 2008, *Hoechst/Commission*, T-410/03, Rec. p. II-881, point 145.

¹³ Arrêt du Tribunal du 29 juin 1995, *Solvay/Commission*, T-30/91, Rec. p. II-1775, point 101 ; arrêt du Tribunal du 29 juin 1995, *Imperial Chemical Industries/Commission*, T-36/91, Rec. p. II-1847, point 111.

III. DISPOSITIONS VISANT À REFLÉTER LES DISPOSITIONS DE LA DIRECTIVE 2014/104/UE DANS LE RÈGLEMENT N° 773/2004 ET LES COMMUNICATIONS PERTINENTES

27. Dans les deux documents accompagnant la consultation, la Commission déclare vouloir tirer les conséquences de l'adoption de la Directive 2014/104/UE. Pour ce faire, elle projette de limiter : (i) l'accès au dossier, (ii) l'usage des informations obtenues grâce à l'accès au dossier dans les procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE, ainsi que (iii) le champ des informations transmises aux juridictions nationales.
28. Les modifications projetées par la Commission concernant la limitation de l'accès au dossier ont déjà été évoquées (voir point 20 *supra* sur le nouvel article 15, paragraphe 1 ter, du Règlement n° 773/2004) et n'appellent pas d'observations complémentaires.
29. S'agissant des deux autres objets de la réforme, l'APDC souhaite, à titre liminaire, attirer l'attention de la Commission sur deux difficultés méthodologiques.
30. D'une part, la Directive 2014/104/UE et les textes qui selon la Commission sont supposés la refléter ont un champ d'application différent. En particulier, alors que la Directive 2014/104/UE ne concerne que les actions en dommages et intérêts, le champ de certaines des propositions de la Commission – en particulier celles fixant des limites à l'utilisation des informations tirées du dossier de la Commission¹⁴ – va bien au-delà de ces seules procédures. La Commission ne donne pourtant aucune explication sur ses propositions concernant les actions autres qu'à des fins de dommages et intérêts.
31. D'autre part, certains des changements projetés pour tenir compte de la Directive 2014/104/UE ont des effets induits qui, eux aussi, vont au-delà des poursuites civiles en dommages et intérêts. À titre d'illustration, la réforme produit des effets sur le régime de la transaction sans qu'un lien direct avec la Directive 2014/104/UE ne soit clairement exposé par la Commission. Sur ce point, ainsi qu'il a déjà été souligné à titre liminaire, les commentateurs du projet de la Commission en sont réduits à spéculer sur les intentions exactes de la Commission.
32. Malgré ces difficultés méthodologiques, l'APDC formulera plusieurs observations sur la limitation de l'usage des informations obtenues grâce à l'accès au dossier (**A**) et la limitation des informations transmises aux juridictions nationales (**B**). En substance, l'APDC considère que les dispositions pertinentes doivent faire l'objet de plusieurs clarifications et d'adaptations.

A. Limitation de l'usage des informations obtenues grâce à l'accès au dossier

33. Cette limitation se traduit par l'introduction dans le projet de Règlement n° 773/2004 d'un article 16 bis, paragraphe 2, réglementant l'usage des déclarations de clémence et

¹⁴ Projet d'article 16 bis, paragraphes 2 et 3, du Règlement n° 773/2004.

des propositions de transaction (1), ainsi que d'un article 16 bis, paragraphe 3, relatif aux informations ne pouvant être utilisées dans les procédures engagées devant les juridictions nationales qu'une fois que la Commission a clos sa procédure (2).

1. Limitation de l'usage des déclarations de clémence et des propositions de transaction – Introduction d'un article 16 bis, paragraphe 2, dans le Règlement n° 773/2004

34. Le projet d'article 16 bis, paragraphe 2, du Règlement n° 773/2004 prévoit que « *l'accès aux déclarations d'entreprise effectuées en vue d'obtenir la clémence [...] ou aux propositions de transaction [...] est accordé exclusivement aux fins de l'exercice des droits de la défense dans une procédure engagée devant la Commission. Les informations tirées de ces déclarations et propositions ne peuvent être utilisées par la partie qui a obtenu l'accès au dossier que lorsque cela est nécessaire pour l'exercice de ses droits de la défense dans le cadre d'un recours introduit devant les juridictions de l'Union européenne contre une décision de la Commission ou d'un recours introduit devant les juridictions des États membres dans des affaires directement liées à celle pour laquelle l'accès a été accordé, et qui concerne :*
- a) *la répartition entre les participants à une entente d'une amende qui leur a été infligée solidairement par la Commission ; ou*
 - b) *le contrôle juridictionnel d'une décision par laquelle une autorité de concurrence d'un État membre constate une infraction à l'article 101 du TFUE ».*
35. L'APDC considère que ce texte doit faire l'objet de plusieurs modifications.
36. **Premièrement**, le projet d'article 16 bis, paragraphe 2, du Règlement n° 773/2004 prévoit que l'accès aux déclarations d'entreprise effectuées en vue d'obtenir la clémence ou aux propositions de transaction « *est accordé exclusivement aux fins de l'exercice des droits de la défense dans une procédure engagée devant la Commission » (soulignement ajouté). En dehors de la procédure devant la Commission, les informations tirées de ces déclarations et propositions ne peuvent être utilisées par la partie qui a obtenu l'accès au dossier que lorsque cela s'avère nécessaire « *pour l'exercice de ses droits de la défense » (soulignement ajouté) dans certaines procédures contentieuses.**
37. Or, d'une part, au sein du réseau européen de concurrence, une affaire peut démarrer avec le dépôt d'une demande de clémence à la Commission et ensuite être réattribuée en tout ou partie à une ou plusieurs autorités nationales de concurrence. Il conviendrait donc de viser dans la première phrase de l'article 16 bis, paragraphe 2, également les procédures engagées devant les autorités de concurrence des États membres. D'autre part, l'APDC est d'avis que, dans le contexte d'actions contentieuses, l'utilisation des termes « *droits de la défense* » est trop restrictive et ambiguë, puisqu'elle pourrait être interprétée comme restreignant l'usage des informations visées aux seules situations où

la partie y ayant eu accès serait placée en situation de défenderesse. Or, lorsqu'une partie mise en cause exerce un recours devant le Tribunal de l'Union, elle se trouve par essence en position de demanderesse. En outre, il est envisageable, par exemple lorsque se pose une question de solidarité pour le paiement d'une amende, qu'une partie mise en cause agisse comme partie intervenante dans une affaire concernant un coparticipant à l'infraction.

38. Afin d'éviter toute ambiguïté, l'APDC considère donc qu'il serait plus approprié de rédiger le début de la disposition commentée comme suit :

« L'accès aux déclarations d'entreprise effectuées en vue d'obtenir la clémence au sens de l'article 4 bis, paragraphe 2, ou aux propositions de transaction au sens de l'article 10 bis, paragraphe 2, est accordé exclusivement aux fins de l'exercice des droits de la défense dans une procédure engagée devant la Commission ou devant une autorité de concurrence d'un État membre. Les informations tirées de ces déclarations et propositions ne peuvent être utilisées par la partie qui a obtenu l'accès au dossier que lorsque cela est nécessaire pour l'exercice de ses droits ~~de la défense~~ dans le cadre d'un recours [...] ».

39. **Deuxièmement**, ainsi qu'il a été mentionné, le projet d'article 16 bis, paragraphe 2, du Règlement n° 773/2004 prévoit que les informations tirées des déclarations et propositions ne pourront être utilisées qu'à l'occasion d'un recours introduit devant les juridictions de l'Union contre une décision de la Commission ou d'un recours introduit devant les juridictions des États membres dans des affaires directement liées à celle pour laquelle l'accès a été accordé, et qui concerne :

- a) la répartition entre les participants à une entente d'une amende qui leur a été infligée solidairement par la Commission; ou
- b) le contrôle juridictionnel d'une décision par laquelle une autorité de concurrence d'un État membre constate une infraction à l'article 101 du TFUE.

40. **Tout d'abord**, l'APDC considère que la construction de cette disposition est ambiguë et doit par conséquent être clarifiée. Il est difficile en effet de déterminer si la limitation aux « affaires directement liées à celle pour laquelle l'accès a été accordé » et concernant les hypothèses énumérées aux a) et b) se réfère exclusivement aux recours introduits devant les juridictions nationales ou également aux recours introduits devant les juridictions de l'Union. Compte tenu de l'objet des recours concernés, l'APDC suppose que cette limitation s'applique exclusivement aux recours devant les juridictions nationales. La Commission devrait toutefois le préciser de manière claire. En outre, afin d'éviter une interprétation trop restrictive de ce texte, la notion de « recours introduit devant les juridictions d'un État membre » devrait être remplacée par celle d'« action introduite devant les juridictions d'un État membre ».

41. *Ensuite*, si l'APDC est d'avis que les déclarations de clémence et les propositions de transaction doivent faire l'objet d'une exploitation limitée afin de préserver les incitations des entreprises à recourir à ces deux procédures, elle doute du fait que la Commission ait visé aux points a) et b) toutes les actions dans lesquelles l'utilisation des informations tirées de ces documents pourrait s'avérer nécessaire et légitime.
42. À titre d'illustration, outre les cas expressément prévus par la Commission, une entreprise pourrait légitimement souhaiter utiliser des informations tirées de ces documents afin d'actionner une garantie de passif contre l'ancienne société-mère d'une filiale qu'elle aurait acquise. En effet, si la filiale acquise était impliquée dans une infraction au droit de la concurrence, la nouvelle société-mère deviendrait, en principe, responsable du comportement de sa filiale à partir de la date d'acquisition et pourrait, de ce fait, se voir infliger une amende. Si elle venait ensuite à exercer une garantie de passif à l'encontre de la société-mère antérieure qui – par exemple du fait de la prescription – n'a pas été condamnée au paiement d'une amende, elle pourrait légitimement vouloir utiliser des informations tirées des déclarations de clémence ou propositions de transaction afin de prouver la responsabilité objective de l'ancienne société-mère. Or une telle possibilité est actuellement exclue par le projet de Règlement n° 773/2004. De même, le projet ne semble pas couvrir le cas des actions récursoires exercées par une entreprise condamnée à indemniser une victime de cartel contre les autres membres du cartel co-débiteurs solidaires à l'égard de cette victime.
43. Il ne semble donc pas à l'APDC que les hypothèses visées par la Commission recouvrent toutes les utilisations légitimes des informations en cause.
44. Plus fondamentalement encore, la production d'informations tirées des déclarations de clémence et des propositions de transaction dans des actions en dommages et intérêts semble totalement exclue. La Commission semble donc considérer que, puisque dans une action en dommages et intérêts les déclarations de clémence et les propositions de transaction ne peuvent être produites du fait des articles 6, paragraphe 6, et 7, paragraphe 1, de la Directive 2014/104/UE, des « informations tirées de ces documents » ne peuvent pas non plus être produites dans cette même action.
45. Sur ce point, ainsi qu'elle l'a déjà indiqué, l'APDC estime que les informations tirées des demandes de clémence et des propositions de transaction n'ont pas vocation à être largement diffusées. L'APDC se demande toutefois si la proposition d'article 16 bis, paragraphe 2, du Règlement n° 773/2004 ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger l'efficacité des procédures de clémence et de transaction.
46. En effet, en premier lieu, la notion d'« *informations tirées* » des déclarations de clémence et des propositions de transaction est peu claire et particulièrement large. Elle va bien au-delà des notions de déclarations de clémence, de propositions de transaction et de « *citations littérales* » tirées de ces documents qui seules sont visées par la

Directive 2014/104/UE comme ne pouvant faire l'objet d'une production à aucun moment d'une action en dommages et intérêts¹⁵. En outre, cette interdiction pose des difficultés de mise en œuvre, par exemple lorsque les informations tirées des déclarations de clémence et des propositions de transaction sont reprises dans la décision de la Commission. En effet, il n'apparaît pas clairement dans ce cas si les informations peuvent ou non être exploitées.

47. En deuxième lieu, une production de ces informations dans une action en dommages et intérêts, n'est a priori pas moins légitime que les usages pour lesquels la Commission semble accepter l'exploitation des informations en cause (par exemple la répartition d'une amende infligée solidairement).
48. **Enfin**, si les cas dans lesquels une production est autorisée étaient élargis au-delà des hypothèses visées aux a) et b) du projet d'article 16 bis, paragraphe 2, du Règlement n° 773/2004, une entité à laquelle une amende a été imposée serait également susceptible de vouloir produire de telles informations à l'occasion d'une procédure d'arbitrage (par exemple à l'occasion de l'exercice d'une garantie de passif). Toutefois, la rédaction de l'article 16 bis, paragraphe 2, du Règlement n° 773/2004 proposée par la Commission exclut cette possibilité, et ce alors même que les procédures d'arbitrage peuvent être mieux à même d'assurer la confidentialité des débats que les procédures judiciaires.

2. Informations ne pouvant être utilisées dans les procédures engagées devant les juridictions nationales qu'une fois que la Commission a clos sa procédure – Introduction d'un article 16 bis, paragraphe 3, dans le Règlement n° 773/2004

49. Le projet d'article 16 bis, paragraphe 3, du Règlement n° 773/2004 précise que « *les catégories suivantes d'informations obtenues en vertu du présent règlement ne peuvent être utilisées dans les procédures engagées devant les juridictions nationales qu'une fois que la Commission a clos sa procédure contre toutes les parties faisant l'objet de l'enquête en adoptant une décision en vertu de l'article 7, 9 ou 10 du règlement (CE) n° 1/2003, ou clos sa procédure d'une autre manière :*
- (a) les informations préparées par d'autres personnes physiques ou morales expressément aux fins de la procédure engagée devant la Commission; et*
- (b) les informations établies par la Commission et envoyées aux parties au cours de sa procédure ».*
50. **Premièrement**, l'APDC constate que le champ d'application de cette restriction dépasse les actions civiles aux fins de dommages et intérêts. La Commission envisage donc, sans s'en expliquer, d'élargir les effets des articles 6, paragraphe 5, et 7, paragraphe 2,

¹⁵ Voir 26^e considérant, article 6, paragraphe 6, et article 7, paragraphe 1, de la Directive 2014/104/UE.

de la Directive 2014/104/UE à l'ensemble des procédures contentieuses devant les juridictions nationales.

51. Sur le fond, l'APDC n'a pas d'objections de principe à cette modification. Il lui semble toutefois qu'il est nécessaire de réserver, fût-ce sous conditions, le cas où dans une action autre qu'en dommages et intérêts une partie mise en cause devant la Commission ferait l'objet, en tant que défenderesse, d'une action nationale fondée sur les articles 101 et 102 TFUE, laquelle serait liée à la procédure devant la Commission et risquerait de devenir définitive avant la clôture de cette procédure. Dans l'hypothèse en effet où les informations relatives à la procédure devant la Commission permettraient à l'entreprise en cause d'échapper à l'action nationale, il semble disproportionné de l'empêcher de les faire valoir. De même, il peut arriver qu'à bref délai une entreprise objet d'une procédure pour infraction aux articles 101 et 102 TFUE engage des réorganisations internes, voire adopte des sanctions disciplinaires à l'égard de membres du personnel impliqués dans les pratiques en cause. De telles mesures, qui ne sont pas sans lien avec l'application des articles 101 et 102 TFUE, peuvent être contestées en justice et l'entreprise devrait pouvoir se défendre à cet égard en produisant sans attendre la clôture de la procédure administrative des éléments tirés des informations visées sous les a) et b) de la disposition projetée. Une modification en ce sens serait d'autant plus justifiée que, dans son projet de Communication sur la coopération, la Commission prévoit que, dans les actions autres qu'en dommages et intérêts, ce n'est qu'« *en principe* » qu'elle s'abstiendra de communiquer les informations concernées aux juridictions nationales avant la clôture de la procédure (voir point 60 *infra*)¹⁶.
52. **Deuxièmement**, le projet de Règlement n° 773/2004 ne reprend pas – contrairement à ce qui est prévu à l'article 6, paragraphe 5, sous c), de la Directive 2014/104/UE – « *les propositions de transaction qui ont été retirées* » parmi les catégories d'informations dont l'utilisation est possible une fois la procédure close.
53. L'APDC suppose que cette absence de reprise s'explique par le projet de Communication sur la transaction, lequel prévoit que « *les parties ne peuvent retirer unilatéralement leurs propositions de transaction* »¹⁷. Dans le même esprit, le projet de Communication fait disparaître la notion de proposition de transaction « *réputée retirée* »¹⁸. Il est désormais prévu de façon plus simple que, lorsque la communication des griefs ne reflète pas une proposition de transaction, la Commission « *ne tiendra*

¹⁶ Projet de Communication sur la coopération, article 26 ter.

¹⁷ Projet de Communication sur la transaction, point 22.

¹⁸ Voir le texte actuel de la Communication sur la transaction, point 27 (« *La Commission conserve le droit d'adopter une communication des griefs qui ne reflète pas la proposition de transaction des parties. Dans ce cas, les dispositions générales de l'article 10, paragraphe 2, de l'article 12, paragraphe 1, et de l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) no 773/2004 s'appliquent. Les éléments reconnus par les parties dans la proposition de transaction seraient réputés avoir été*

aucun compte des éléments reconnus par les parties dans la proposition de transaction et ces derniers ne pourront être utilisés comme preuves contre aucune des parties à la procédure »¹⁹. La Commission semble ainsi avoir voulu s'assurer que les propositions de transaction non avalisées ne pourront jamais être produites lors de litiges civils.

54. Si l'APDC approuve cette proposition sur le fond, elle s'interroge néanmoins sur le statut exact des propositions qui n'auront pas été reprises dans la communication des griefs. En pratique, cette question ne se posera certes que rarement, dans la mesure où les propositions sont le plus souvent rédigées à un stade de la procédure où les parties et la Commission sont parvenues à un accord abouti sur leur contenu. Néanmoins, la Commission devrait clarifier leur statut en indiquant que ces propositions sont rendues à leurs auteurs ou détruites, le cas échéant sous le contrôle de la partie intéressée.

B. Limitation des informations transmises aux juridictions nationales

55. La Commission propose d'introduire dans son projet de Communication sur la coopération des articles 26 bis et 26 ter, qui visent respectivement à limiter la transmission aux juridictions nationales, d'une part, des déclarations de clémence et des propositions de transaction (1) et, d'autre part, des informations préparées par une personne ou établies par la Commission au cours de la procédure (2).

1. Limitation de la transmission aux juridictions nationales des déclarations de clémence et des propositions de transaction – Introduction d'un article 26 bis dans la Communication sur la coopération

56. L'article 26 bis du projet de Communication sur la coopération prévoit que « *la Commission ne transmettra à aucun moment les informations suivantes aux juridictions nationales, aux fins de leur utilisation dans des actions en dommages et intérêts pour violation de l'article 101 ou 102 du traité* :

- *les déclarations d'entreprise effectuées en vue d'obtenir la clémence, au sens de l'article 4 bis, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 773/2004 et*
- *les propositions de transaction, au sens de l'article 10 bis, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 773/2004* ».

57. L'APDC approuve cette modification, qui reflète fidèlement le texte des articles 6, paragraphe 6, et 7, paragraphe 1, de la Directive 2014/104/UE.

retirés et ne sauraient être retenus contre aucune des parties à la procédure »). V. également le point 29 pour le cas d'une proposition de transaction non reflétée par la décision finale.

¹⁹ Projet de Communication sur la transaction, point 27.

58. Elle remarque toutefois qu'aucune disposition ne prévoit le sort des documents visés dans des procédures autres qu'à des fins de dommages et intérêts. L'omission est d'autant plus surprenante que le projet d'article 26 ter de la Communication sur la coopération (voir point 60 *infra*) prévoit le sort d'autres catégories de documents dans ces litiges. Une lecture *a contrario* de ce projet d'article 26 bis, conjointement avec le projet d'article 26 ter de la Communication sur la coopération, pourrait donc laisser entendre que la Commission pourrait transmettre les déclarations d'entreprise et les propositions de transaction en dehors des actions en dommages et intérêts.

59. Afin de clarifier cette disposition, l'APDC invite donc la Commission :

- soit à préciser que les documents susmentionnés ne seront pas non plus transmis par la Commission aux juridictions nationales à des fins autres qu'une utilisation dans des actions en dommages et intérêts ;
- soit à expliquer les raisons pour lesquelles ces documents devraient connaître un sort spécial dans les procédures autres qu'aux fins de dommages et intérêts, ainsi que les limites applicables à leur communication.

2. Limitation de la transmission aux juridictions nationales des informations préparées par une personne ou établies par la Commission au cours de la procédure – Introduction d'un article 26 ter dans la Communication sur la coopération

60. L'article 26 ter du projet de Communication sur la coopération prévoit que « *la Commission s'abstiendra de transmettre les informations suivantes aux juridictions nationales aux fins de leur utilisation dans des actions en dommages et intérêts pour violation de l'article 101 ou 102 du traité avant d'avoir clos sa procédure contre toutes les parties [...]* :

- *les informations préparées par une personne physique ou morale expressément aux fins de la procédure engagée par la Commission; et*
- *les informations établies par la Commission et envoyées aux parties au cours de sa procédure.*

Lorsqu'il lui est demandé de transmettre lesdites informations aux juridictions nationales à des fins autres qu'une utilisation dans des actions en dommages et intérêts pour violation de l'article 101 ou 102 du traité, la Commission applique en principe la limite de temps mentionnée au premier alinéa afin de protéger ses enquêtes en cours » (soulignement ajouté).

61. **Premièrement**, afin d'éviter toute confusion sur le fait que « *les informations préparées par une personne physique ou morale expressément aux fins de la procédure engagée par la Commission* » ne comprennent ni les demandes de clémence ni les propositions de transaction, l'APDC propose d'ajouter que l'article 26 ter s'applique « *sans préjudice des dispositions de l'article 26 bis* ».

62. **Deuxièmement**, l'APDC approuve la Commission d'avoir subordonné la transmission des informations susmentionnées en dehors des actions en dommages et intérêts à la clôture de la procédure en cours. Elle approuve également l'ajout des termes « *en principe* ». Cette précision semble en effet nécessaire afin d'apprécier chaque situation *in concreto*.

IV. SAISINE DES BARREAUX NATIONAUX PAR LA COMMISSION EN CAS DE VIOLATION DU DROIT D'ACCÈS AU DOSSIER PAR UN CONSEIL EXTÉRIEUR

63. Le projet de Communication sur l'accès au dossier prévoit que :

« *L'accès au dossier conformément à la présente communication est accordé à la condition que les informations qu'il permet d'obtenir ne puissent être utilisées qu'aux fins de procédures judiciaires ou administratives ayant pour objet l'application des règles de concurrence de l'Union. L'utilisation de ces informations en violation des limites fixées à l'article 16 bis du règlement (CE) n° 773/2004 est, dans certaines situations, sanctionnée en vertu du droit national. Si l'utilisation à des fins différentes ou la violation desdites limites se produit avec l'intervention d'un conseil extérieur, la Commission peut signaler l'incident au barreau de ce conseil, en vue d'une procédure disciplinaire* » (soulignement ajouté)²⁰.

64. Cette même faculté de saisir le barreau du conseil extérieur est prévue dans le projet de Communication sur la clémence²¹.
65. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une nouveauté introduite par la réforme – puisque cette possibilité figure d'ores et déjà dans la Communication sur l'accès au dossier et celle sur la clémence – l'APDC saisit l'occasion de la présente consultation publique pour demander à la Commission de supprimer cette disposition. Cette requête avait d'ailleurs été déjà formulée par le Conseil des Barreaux Européens (CCBE) dans les observations qu'il avait soumises en réponse à la consultation publique lancée en décembre 2004 en vue de la révision de la Communication de 1997 relative aux règles pour le traitement des demandes d'accès au dossier.
66. En effet, **premièrement**, cette disposition manque de clarté. La Commission se réfère à des violations qui se seraient produites « *avec l'intervention d'un conseil extérieur* ». Il serait toutefois inéquitable de sanctionner un conseil extérieur qui n'aurait pas été impliqué directement dans la violation alléguée.

²⁰ Projet de Communication sur l'accès au dossier, point 48 (soulignement ajouté).

²¹ Projet de Communication sur la clémence, point 34.

67. **Deuxièmement**, cette disposition semble vouloir instaurer en pratique des sanctions additionnelles à celles qui sont d'ores et déjà prévues dans chaque droit national, ce qui n'est pas du ressort de la Commission et ne peut en tout état de cause résulter de textes non contraignants tels que la Communication sur l'accès au dossier et la Communication sur la clémence. En outre, cette disposition ne tient aucun compte des spécificités nationales.
68. **Troisièmement**, cette disposition se heurte, en pratique, à des problèmes de mise en œuvre. À supposer qu'il soit démontré que l'avocat concerné ait participé à la violation alléguée, aucun barreau ne prendra des mesures contre l'un de ses membres si celui-ci n'a contrevenu à aucune règle déontologique.
69. **Quatrièmement**, cette disposition est inutile, l'APDC n'ayant connaissance d'aucune procédure dans laquelle elle aurait été appliquée.
70. L'APDC considère donc que cette disposition est extrêmement critiquable. Elle tend en réalité à suggérer que les conseils extérieurs pourraient vouloir commettre des fautes déontologiques au profit de leurs clients et instaure un climat de suspicion à l'égard de ces conseils. Elle jette par là-même un discrédit sérieux sur la fonction d'avocat. L'APDC invite donc la Commission à supprimer cette disposition.