



COMMISSION EUROPÉENNE

TRADUCTION

Bruxelles, le 23 décembre 2014
sj.e(2014)4535917 LM/GM/TV/as

Documents de procédure juridictionnelle

LANGUE ORIGINALE : ITALIEN

**À MONSIEUR LE PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES
DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE**

OBSERVATIONS ECRITES

présentées, conformément à l'article 23, deuxième alinéa, du statut de la Cour de justice, par la

Commission européenne, représentée par MM. Luigi Malferrari et Gero Meeßen et par Mme Teresa Vecchi, membres de son service juridique, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de Mme Merete CLAUSEN, également membre de son service juridique, Bâtiment BECH, 2721-Luxembourg, qui consentent à la signification de tous les actes de procédure via e-Curia

dans l'affaire C-428/14

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle présentée à la Cour de justice, conformément à l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, par le *Consiglio di Stato* [Conseil d'État italien] siégeant en formation juridictionnelle (sixième chambre), dans le litige pendant devant cette juridiction et opposant

DHL Express (Italy) et DHL Global Forwarding (Italy)

à

Autorità Garante della Concorrenza e del mercato,

et portant sur l'interprétation des articles 101 TFUE, 4, paragraphe 3, TUE, et 11 du règlement (CE) n° 1/2003.

TABLE DES MATIÈRES

1.	INTRODUCTION.....	3
2.	CADRE JURIDIQUE	3
2.1.	Droit européen.....	3
2.2.	Droit italien	5
3.	FAITS ET PROCÉDURE	8
4.	EN DROIT	11
4.1.	La pertinence des questions posées à la Cour	11
4.2.	Considérations liminaires sur l'application de l'article 101 TFUE par les autorités nationales de la concurrence.....	11
4.3.	La valeur juridique du programme modèle de clémence de 2006 et de la communication de la Commission en matière de clémence	12
4.4.	Les principes généraux du programme de clémence de l'Union européenne. 15	15
4.5.	Le programme modèle de clémence de 2006.....	17
4.6.	La décision attaquée et le programme italien de clémence à la lumière du principe d'effectivité conformément à l'article 4, paragraphe 3, TUE, l'article 101 TFUE, aux principes généraux de droit européen, au règlement n° 1/2003 et au programme modèle de clémence de 2006.....	19
5.	CONCLUSIONS	24

1. INTRODUCTION

1. La présente affaire préjudicielle pose une question juridique relative à l'interaction entre le programme de clémence de l'UE et les programmes de clémence nationaux à l'aune tant des règles juridiques de droit primaire et de droit dérivé que des documents élaborés par le réseau européen de concurrence (ci-après le «REC»).

2. LE CADRE JURIDIQUE

2.1. Droit européen

2. L'article 103 TFUE (ex-article 83 TCE) est formulé comme suit:

«1. Les règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 101 et 102 sont établis par le Conseil, statuant sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen.

2. Les dispositions visées au paragraphe 1 ont pour but notamment:

- a) d'assurer le respect des interdictions visées à l'article 101, paragraphe 1, et à l'article 102, par l'institution d'amendes et d'astreintes;*
 - b) de déterminer les modalités d'application de l'article 101, paragraphe 3, en tenant compte de la nécessité, d'une part, d'assurer une surveillance efficace et, d'autre part, de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif;*
 - c) de préciser, le cas échéant, dans les diverses branches économiques, le champ d'application des dispositions des articles 101 et 102;*
 - d) de définir le rôle respectif de la Commission et de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'application des dispositions visées dans le présent paragraphe;*
 - e) de définir les rapports entre les législations nationales, d'une part, et, d'autre part, les dispositions de la présente section ainsi que celles adoptées en application du présent article».*
3. Le premier considérant 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 [101 TFUE] et [102 TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1), est libellé comme suit:

«Pour établir un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun, il y a lieu de pourvoir à l'application efficace et uniforme des articles [101 TFUE] et [102 TFUE] dans la Communauté. (...)».

4. L'article 5 dudit règlement, intitulé «Compétences des autorités de concurrence des États membres», énonce:

«Les autorités de concurrence des États membres sont compétentes pour appliquer les articles [101 TFUE] et [102 TFUE] dans des cas individuels. À cette fin, elles peuvent, agissant d'office ou saisies d'une plainte, adopter les décisions suivantes:

(...)

– infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national.

(...).»

5. L'article 11 du règlement n° 1/2003, intitulé «Coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres», est rédigé dans les termes suivants:

«1. La Commission et les autorités de concurrence des États membres appliquent les règles communautaires de concurrence en étroite collaboration.

2. La Commission transmet aux autorités de concurrence des États membres une copie des pièces les plus importantes qu'elle a recueillies en vue de l'application des articles 7, 8, 9 et 10 et de l'article 29, paragraphe 1. Si l'autorité de concurrence d'un État membre en fait la demande, la Commission lui fournit une copie des autres documents existants qui sont nécessaires à l'appréciation de l'affaire.

3. Lorsqu'elles agissent en vertu de l'article [101 TFUE] ou [102 TFUE] du traité, les autorités de concurrence des États membres informent la Commission par écrit avant ou sans délai après avoir initié la première mesure formelle d'enquête. Cette information peut également être mise à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres.

(...).»

6. En 2006, une communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes ¹ a été adoptée; cette communication définit les règles d'exercice par la Commission de son pouvoir d'appréciation en matière d'amendes à l'égard des participants à une entente, lorsque ces derniers coopèrent avec elle afin de faciliter sa tâche consistant à découvrir et à sanctionner les ententes.
7. En 2004, une communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence a été adoptée, réseau composé des autorités de concurrence au sein de l'UE (c'est-à-dire des autorités nationales et de la Commission) ². En 2006, le REC a élaboré un programme modèle de clémence (voir **annexe C.1**), accompagné de notes explicatives (voir **annexe C.2**). En novembre 2012, le REC a

¹ JO C 298 du 8.12.2006.

² JO C 101 du 27.04.2004 p. 43.

révisé le programme modèle de clémence (voir **annexe C.3**)³; cependant les faits pertinents dans la présente affaire, y compris l'adoption de la décision de l'AGCM (*Autorità garante della concorrenza e del mercato*) [autorité garante de la concurrence et du marché] faisant l'objet du litige devant le juge de renvoi, sont antérieurs au mois de novembre 2012.

2.2. Le droit italien

8. L'article 15 de la loi n° 287/90, intitulé «*Diffide e sanzioni*» (Sommatons et sanctions) est formulé comme suit:

«1. Si, à la suite de l'instruction visée à l'article 14, l'autorité constate l'existence des infractions prévues aux articles 2 ou 3, elle fixe aux entreprises et aux entités concernées un délai pour y mettre fin. En cas d'infractions graves, compte tenu de la gravité et de la durée de l'infraction, elle inflige en outre une amende administrative pouvant atteindre dix pour cent du chiffre d'affaires réalisé par chaque entreprise ou organisme au cours du dernier exercice révolu avant la date de notification de la mise en demeure, en fixant les délais dans lesquels l'entreprise devra procéder au paiement de l'amende.

2. En cas de non-respect de la mise en demeure visée au paragraphe 1, l'autorité applique l'amende administrative pouvant atteindre dix pour cent du chiffre d'affaires ou, si la sanction visée au paragraphe 1 a été appliquée, d'un montant minimum non inférieur au double de l'amende déjà appliquée mais ne dépassant pas dix pour cent du chiffre d'affaires tel que déterminé au paragraphe 1, et fixe également le délai dans lequel le paiement de l'amende doit être effectué. En cas de récidive, l'autorité peut ordonner la suspension de l'activité commerciale pendant une durée maximale de trente jours.

2-bis. L'autorité, conformément à l'ordre juridique communautaire, définit par une mesure générale les hypothèses dans lesquelles, sur la base de la coopération qualifiée des entreprises dans la constatation des infractions au droit de la concurrence, l'amende administrative peut ne pas être appliquée ou être réduite dans les circonstances prévues par le droit communautaire».

9. La décision de l'AGCM du 15 février 2007 par laquelle a été adoptée la «*Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 287/90*» (Communication sur la non-imposition et sur la réduction des amendes en vertu de l'article 15 de la loi n° 287/90), était motivée comme suit:

«VU le modèle de programme de clémence adopté par le réseau européen de la concurrence le 29 septembre 2006;

³ Voir aussi notes explicatives sur le programme modèle de clémence de 2012 (**annexe C.5**).

VU la Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, publiée au JOCE C n° 298 du 8 décembre 2006 (programme de clémence communautaire);

VU la Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, publiée au JOCE C n° 101 du 27 avril 2004;

VU la décision du 6 décembre 2006 lançant une consultation publique sur un projet de programme de clémence;

VU les observations et les commentaires formulés par les personnes concernées;

CONSIDERANT que le programme de clémence communautaire s'applique aux ententes horizontales secrètes consistant dans la fixation des prix, dans la limitation de la production ou des ventes et dans la répartition des marchés; que ces comportements représentent des violations très graves des règles de concurrence, susceptibles d'influer considérablement sur le bien-être des consommateurs et d'avoir des répercussions négatives sur la concurrence dans l'ensemble du système économique;

CONSIDERANT qu'il est difficile de découvrir et de prouver ces pratiques; que, par conséquent, il est nécessaire d'encourager les entreprises qui y ont participé à en dénoncer l'existence à l'autorité;

CONSIDERANT qu'il convient de garantir, sous certaines conditions, le bénéfice de l'immunité d'amendes aux entreprises qui fournissent une contribution déterminante dans la découverte et la constatation de ces violations; qu'en outre, une coopération qualifiée justifie une réduction de l'amende qui, à défaut, serait applicable à l'entreprise;

CONSIDERANT que des approches différentes dans l'octroi des bénéfices de la clémence risquent d'influencer négativement la constatation et la répression des comportements collusoires par les autorités de la concurrence dans le cadre communautaire; qu'en revanche, la coopération entre la Commission et les autorités nationales de concurrence dans le cadre de l'application parallèle de l'article 81 CE est facilitée par l'adoption de programmes de clémence inspirés de ces mêmes principes;

CONSIDERANT, à la lumière de tout ce qui précède, qu'il y a lieu de définir les cas dans lesquels, en vertu de la coopération qualifiée des entreprises dans la constatation des infractions aux règles de concurrence, l'amende administrative peut ne pas être appliquée ou être réduite;

(...))».

10. La communication sur la non-imposition et sur la réduction des sanctions en vertu de l'article 15 de la loi n° 287/90 prévoit, entre autres, ce qui suit:

«Demande sommaire

16. Si la Commission est mieux placée pour traiter l'affaire et instruire la procédure, l'entreprise ayant déjà présenté ou qui s'apprête à présenter à la Commission une

demande tendant à obtenir la non-imposition des sanctions, peut présenter à l'autorité une demande de clémence similaire, rédigée sous forme dite «sommaire», lorsqu'elle estime que l'autorité est également en mesure d'intervenir en l'espèce. En vertu du paragraphe 14 de la communication de la Commission sur la coopération dans le cadre du réseau des autorités garantes de la concurrence, la Commission est la mieux placée lorsqu'un ou plusieurs accords ou pratiques, y compris les réseaux d'accords ou des pratiques similaires, influent sur la concurrence dans plus de trois États membres.

17. La demande sommaire de clémence tendant à obtenir le bénéfice de la non-imposition des sanctions doit contenir au minimum:

- a) la raison sociale et l'adresse de l'entreprise demanderesse;*
- b) la raison sociale et l'adresse des autres entreprises participant à l'entente;*
- c) une description de l'entente en question, incluant:

 - la spécification de la nature de l'entente;*
 - l'indication des biens et des services faisant l'objet de l'entente, son étendue géographique et sa durée;**
- d) l'indication des États membres dans lesquels les éléments de preuve de l'infraction peuvent être vraisemblablement obtenus;*
- e) des informations relatives à d'autres demandes de clémence que l'entreprise a déjà adressées ou entend adresser à d'autres autorités de concurrence en relation avec la même infraction.*

18. L'autorité délivre, à la demande de l'entreprise, un reçu confirmant la date et l'heure de réception de la demande sommaire et l'informe s'il est en principe encore possible d'accorder le bénéfice de la non-imposition des sanctions concernant l'entente en question. Si l'autorité estime utile de demander des renseignements supplémentaires, elle fixe le délai dans lequel l'entreprise doit fournir ces informations. Si l'autorité décide d'intervenir en l'espèce, elle fixe un délai pour compléter la demande de clémence et permettre à l'entreprise de produire les renseignements et les éléments de preuve visés au paragraphe 3. Si la demande est complétée dans le délai fixé par l'autorité, celle-ci est considérée comme réceptionnée dans son intégralité à la date de présentation de la demande sommaire. Dans ce cas, les paragraphes 11 à 13 de la présente communication s'appliquent».

3. FAITS ET PROCEDURE

11. Par décision du 28 mars 2012 dans l'affaire COMP.39462-*Transit*, la Commission a constaté que plusieurs entreprises ont participé pendant plusieurs années⁴ à une entente

⁴ Décision de la Commission C(2012) 1959 du 28 mars 2012 dans l'affaire COMP/39462 – *Transit*. Cette décision fait l'objet d'un recours devant le Tribunal de l'UE dans les affaires suivantes: T-251/12 EGL e.a./Commission, T-254/12 *Kuehne & Nagel e.a./Commission*, T-264/12 *Uti Worldwide e.a./Commission*,

dans le secteur des services de transit aérien international, en violation de l'article 101 TFUE. Par décision du 15 juin 2011 dans l'affaire I722 - *Logistique internationale* (ci-après la «décision attaquée»), l'AGCM a établi que plusieurs entreprises, parmi lesquelles DHL (appartenant à Deutsche Post), Schenker (appartenant à Deutsche Bahn) et Agility Logistics International, ont participé à une entente dans le secteur des services de transit terrestre international de marchandises au départ et à destination de l'Italie, en violation de l'article 101 TFUE.

12. La décision précitée de la Commission dans l'affaire *Transit* tirait son origine d'une demande d'immunité d'amendes présentée à la Commission par Deutsche Post, sous la forme d'une demande de marqueur, le 5 juin 2007 (également au nom de DHL, appartenant au groupe Deutsche Post). Cette demande avait été présentée par rapport à plusieurs violations du droit européen de la concurrence dans le secteur des services de transit international de marchandises en général. Elle avait ensuite été complétée et précisée par plusieurs communications datées respectivement des 6, 11, 14, 20 et 22 juin et du 12 septembre 2007. Sur cette base, la Commission avait donc accordé le 24 septembre 2007 à DHL une immunité conditionnelle pour les services de transit maritime, terrestre et aérien international. Elle a cependant ensuite décidé de ne poursuivre que la partie de l'entente relative aux services de transit aérien international, laissant aux autorités nationales la possibilité de poursuivre lesdites violations relatives aux services de transit maritime et terrestre.
13. Le 12 juillet 2007, Deutsche Post a présenté à l'AGCM, au nom également de DHL, une demande sommaire d'immunité concernant une violation du droit de la concurrence dans le secteur des services de transit international de marchandises. Les parties sont en désaccord quant à la portée précise de cette demande; selon la décision attaquée de l'AGCM, cette demande ne concernait que les services de transit maritime et aérien international de marchandises tandis que pour DHL, la demande portait sur les services de transit et de transport international de marchandises en général, à savoir terrestre, maritime et aérien.
14. Il semble que Deutsche Post n'a pas précisé à l'AGCM, après le 12 juillet 2007, la portée de sa demande d'immunité présentée à cette date.

15. Entre-temps, le 12 décembre 2007, Deutsche Bahn a présenté à l'AGCM (également au nom de Schenker, appartenant au groupe Deutsche Bahn) une demande sommaire d'immunité concernant une violation du droit de la concurrence dans le secteur des services de transit terrestre international de marchandises. Dans la décision attaquée, l'AGCM a considéré cette demande d'immunité comme la première demande d'immunité concernant l'entente dans le secteur des services de transit terrestre international de marchandises. Dans la décision attaquée, l'AGCM a donc accordé à Schenker l'immunité totale d'amendes concernant l'entente dans le secteur des services de transit terrestre international de marchandises.
16. La demande de Deutsche Post du 12 juillet 2007 a été complétée le 23 juin 2008 par une demande sommaire additionnelle d'exonération des sanctions présentée à l'AGCM, l'entreprise précisant que sa demande devait être considérée comme portant aussi sur l'entente dans le secteur des services de transit terrestre international de marchandises. Cette demande d'exonération totale a cependant été rejetée, l'AGCM considérant qu'une autre entreprise (Deutsche Bahn) avait été la première à lui demander l'immunité en ce qui concernait l'entente dans le secteur des services de transit terrestre international de marchandises.
17. En revanche, l'AGCM a accordé à DHL une réduction de l'amende de 49 %, sur la base du fait que les preuves fournies par Deutsche Post avaient confirmé et étayé le cadre probant fourni par Schenker (décision attaquée, considérant 329). L'AGCM a considéré dans ce contexte que même si Deutsche Post avait fourni des informations inexactes quant à la durée effective de la participation à l'infraction des sociétés Express et DHL Global Forwarding lui appartenant, les informations omises n'étaient pas de nature à affecter l'apport fourni aux fins de la preuve de l'infraction (décision attaquée, considérant 334).
18. DHL a saisi le *Tribunale Amministrativo Regionale* (Lazio) [Tribunal administratif régional du Latium] (ci-après: «TAR Lazio») afin d'obtenir l'annulation de la décision attaquée, faisant valoir notamment que, dans cette dernière, l'AGCM lui avait refusé à tort le bénéfice de l'immunité d'amendes. Par jugement n° 03034/2012, le TAR Lazio a rejeté le recours de DHL. Cette dernière a donc interjeté appel devant le *Consiglio di Stato*, l'instance judiciaire administrative suprême en Italie. C'est au cours de cette procédure que le *Consiglio di Stato* a posé à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«L'article 101 TFUE, l'article 4, paragraphe 3, TUE, et l'article 11 du règlement (CE) n° 1/2003, doivent-ils être interprétés en ce sens que:

1) les ANC n'ont pas la faculté, dans leur pratique, de s'affranchir de l'application des instruments définis et adoptés par le réseau européen de la concurrence, notamment du programme modèle de clémence dans un cas comme celui de l'affaire au principal, sans que cela n'aille à l'encontre de ce qui a été affirmé par la Cour de justice de l'Union européenne aux points 21 et 22 de l'arrêt du 14 juin 2011, *Pfleiderer* (C-360/09, Rec. p. I-5161)?;

2) entre la demande principale d'immunité qu'une entreprise a présentée ou qu'elle s'apprête à présenter à la Commission et la demande simplifiée d'immunité qu'elle a présentée à une ANC pour la même entente, il existe un lien juridique tel que l'ANC – nonobstant le contenu du paragraphe 38 de la communication de la Commission sur la coopération dans le cadre du réseau des autorités garantes de la concurrence – est tenue, en vertu du paragraphe 22 du programme modèle du réseau de 2006 (devenu paragraphe 24 selon la numérotation du programme modèle du réseau de 2012) et de la note explicative 45 (devenue note explicative 49 selon la numérotation du programme modèle du réseau de 2012) y relative : a) d'apprécier la demande simplifiée d'immunité à la lumière de la demande principale, et à la condition que la demande simplifiée reflète fidèlement le contenu de la demande principale; b) à titre subsidiaire - si elle estime que la demande simplifiée reçue a un champ d'application matériel plus restreint que celui de la demande principale présentée par la même entreprise, en vertu de laquelle la Commission a accordé l'immunité conditionnelle à cette entreprise - de contacter la Commission ou l'entreprise elle-même, afin d'établir si, postérieurement à la présentation de la demande simplifiée, la Commission, dans le cadre de la poursuite de ses missions d'enquêtes internes, a constaté l'existence d'exemples concrets et spécifiques de conduites dans le secteur prétendument couvert par la demande d'immunité principale mais qui ne l'est pas par la demande d'immunité simplifiée;

3) en vertu des paragraphes 3 et 22 à 24 du programme modèle du réseau de 2006 et des notes explicatives y relatives 8, 41, 45 et 46, et compte tenu des modifications introduites par les paragraphes 24 à 26 du programme modèle du réseau de 2012 et par les notes explicatives y relatives 44 et 49, une ANC qui, à l'époque des faits de l'affaire au principal, appliquait un programme de clémence tel que celui visé dans ladite affaire, pouvait légalement recevoir, pour une entente secrète donnée pour laquelle une première entreprise avait présenté ou s'apprêtait à présenter à la Commission une demande principale d'immunité: a) uniquement une demande simplifiée d'immunité de la part de cette entreprise ou bien b) également d'autres demandes simplifiées d'immunité présentées par d'autres entreprises, qui auraient présenté à la Commission, à titre principal, une demande d'immunité «non susceptible d'être acceptée» c'est-à-dire une demande de réduction de l'amende, notamment lorsque les demandes principales de ces dernières entreprises étaient postérieures à l'octroi de l'immunité conditionnelle à la première entreprise?».

4. EN DROIT

4.1. La pertinence des questions posées à la Cour

19. Les parties sont en désaccord sur la manière d'interpréter la demande sommaire de clémence de DHL du 12 juillet 2007. Alors que DHL prétend que sa demande s'étend à l'ensemble de l'entente sur les services de transit international de marchandises (non seulement dans les secteurs maritime et aérien, mais aussi terrestre), l'AGCM considère qu'elle ne concerne que l'entente sur les services de transit maritime et aérien international de marchandises. Cette question pose tout d'abord un problème de fait, tout en présentant également des aspects juridiques: quelle méthode faut-il adopter pour interpréter une demande sommaire d'immunité ou de clémence présentée à l'AGCM?

4.2. Considérations liminaires sur l'application de l'article 101 TFUE par les autorités nationales de la concurrence

20. Les mesures d'enquête et de sanction des violations des articles 101 et 102 TFUE n'ont pas été harmonisées au niveau de l'UE et sont donc établies par les États membres, dans le respect, bien évidemment, du droit européen pertinent (en particulier de l'article 4, paragraphe 3, TUE, du règlement n° 1/2003 et des principes généraux du droit européen). Il s'ensuit que chaque État membre est libre d'adopter ou pas un programme de clémence dans le domaine du droit de la concurrence⁵. Si une autorité de la concurrence décide d'adopter un programme de clémence national, il est autonome par rapport aux programmes de clémence des autres États membres et au programme de clémence de la Commission européenne, à la condition bien évidemment qu'il respecte le droit européen, notamment l'article 4, paragraphe 3, TUE, le règlement n° 1/2003, ainsi que les principes généraux du droit européen.

21. L'article 4, paragraphe 3, TUE, consacre le principe de coopération loyale, qui régit les relations entre les États membres et les institutions. Ce principe implique que les États membres ont l'obligation de prendre toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit européen et impose également aux institutions européennes des devoirs réciproques de coopération loyale avec les États membres⁶. Ces derniers ne

⁵ Voir point 8 de la déclaration commune du Conseil et de la Commission sur le fonctionnement du réseau des autorités de concurrence: «Les États membres acceptent que leurs systèmes d'exécution soient différents, mais reconnaissent néanmoins mutuellement, comme base de coopération, les normes de leurs systèmes respectifs». Voir aussi point 38 de la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence.

⁶ Voir arrêt du 16 octobre 2003 dans l'affaire C-339/00, Irlande/Commission, Rec. p. I-11757, point 71 avec renvois jurisprudentiels.

peuvent en particulier rendre impossible ou excessivement difficile la mise en œuvre du droit de l'Union, spécifiquement dans le domaine du droit de la concurrence, et ils doivent veiller à ce que les règles qu'ils établissent ou appliquent ne portent pas atteinte à l'application effective des articles 101 et 102 TFUE⁷.

4.3. La valeur juridique du programme modèle de clémence de 2006 et de la communication de la Commission en matière de clémence

22. La première considération relative à la valeur juridique à attribuer au programme modèle de clémence de 2006 élaboré par le REC est qu'il n'est ni un acte juridique prévu par l'article 288 TFUE ni un acte délégué ou d'exécution ni l'un des actes atypiques reconnus par la jurisprudence (à titre d'exemple, un *Beschluß* [une décision]).
23. Il s'agit d'un acte qui n'est évidemment pas dépourvu d'importance politique ou programmatique. Par cet acte, toute autorité nationale de concurrence au sein de l'UE fournit aux autres autorités (nationales et à la Commission) des indications sur ce qu'elle entend faire. Étant donné qu'il est très probable que chaque autorité de concurrence se conformera aux indications fournies, son importance pratique est considérable. Cependant, les effets d'un tel document ne sont pas juridiquement contraignants et ne sont notamment pas comparables à ceux que produirait une directive de l'UE, à savoir l'obligation pour les autorités nationales (administratives ou judiciaires) de les respecter lorsqu'elles interprètent le droit national.
24. Le libellé même du programme modèle de clémence de 2006 incite fortement à conclure qu'il ne présente pas de caractère juridiquement contraignant. En effet on lit au point 4:

«The ECN Model Programme sets out a framework for rewarding the cooperation of undertakings which are party to agreements and practices falling within its scope. The ECN members commit to using their best efforts, within the limits of their competence, to align their respective programmes with the ECN Model Programme. The ECN Model Programme does not prevent a CA from adopting a more favourable approach towards applicants within its programme».

Le programme modèle du REC définit un cadre permettant de récompenser, pour leur coopération, les entreprises parties à des accords et pratiques relevant de son champ d'application. Les membres du REC s'engagent à faire tous leurs efforts, dans les limites de leurs compétences, pour aligner leurs programmes respectifs sur le programme modèle du REC. Ce dernier n'empêche pas une autorité de concurrence d'adopter une approche plus favorable envers les entreprises qui sollicitent la clémence dans le cadre de son programme. (Traduction non officielle de la Commission)

⁷ Arrêt Pfleiderer, précité, point 24.

25. L'expression «*best efforts*» (faire tous ses efforts) exclut que les signataires du document en question aient voulu s'engager juridiquement à atteindre un certain résultat. Cette lecture est confirmée par un document ultérieur du REC, intitulé «*ECN Model Leniency Programme – Report on assessment of the state of convergence*» (*Programme modèle de clémence élaboré par le REC - Rapport d'évaluation sur l'état de convergence*) (**annexe C.4**), dans lequel on lit au point 4 :

«The Model Programme is not a legally binding document. However, the authorities made a political commitment to use their best efforts to align their leniency programmes with the Model Programme or, in case of absence, to introduce aligned programmes.»

Le programme modèle n'est pas un document juridiquement contraignant. Les autorités se sont cependant politiquement engagées à faire tous leurs efforts pour aligner leurs programmes respectifs de clémence sur le programme modèle ou, à défaut, d'introduire des programmes alignés. (Soulignements ajoutés; traduction non officielle de la Commission).

26. Le document susmentionné affirme également au point 5 que:

«The Model Programme was drafted as a coherent document setting out the essential procedural and substantive elements that the ECN members believe every leniency programme should contain. However, this document is not a programme as such under which applicants could apply for leniency. It does not give rise to any legitimate expectations on the part of any undertaking.»

Le programme modèle a été conçu comme un document cohérent fixant les éléments procéduraux et matériels essentiels qui devraient figurer, selon les membres du REC, dans tout programme de clémence. Ce document n'est cependant pas un programme en tant que tel au titre duquel les demandeurs pourraient solliciter la clémence. Il ne saurait faire naître auprès des entreprises quelque confiance légitime que ce soit. (Soulignements ajoutés, traduction non officielle de la Commission).

27. Quant à la communication sur la clémence adoptée par la Commission, elle concerne les modalités selon lesquelles la Commission applique son pouvoir d'appréciation pour ce qui est des amendes frappant les demandeurs de clémence⁸. Elle engage donc la Commission dans la mesure où elle est compatible avec le droit européen⁹. Cependant, de par sa nature, sa teneur et son objectif, elle ne lie pas les autorités nationales.

⁸ Voir arrêt du 16 septembre 2013 dans l'affaire T-376/10, Mamoli, Rec. p. II- 442, points 56 et suivants.

⁹ Voir arrêt du 28 juin 2005 dans les affaires jointes C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Dansk, Rec. p. I-5425, points 209 et suivants.

28. La Cour s'est déjà prononcée sur des questions similaires. Dans l'affaire Pfleiderer, relative à la conciliation entre, d'une part, l'efficacité d'un programme de clémence au niveau national et, d'autre part, le droit d'accès au dossier de la victime d'une entente afin de faire valoir son droit à réparation des dommages découlant des violations du droit de la concurrence, elle a établi ce qui suit:

«21 S'agissant des communications de la Commission, l'une relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (JO 2004, C 101, p. 43) et l'autre sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (JO 2006, C 298, p. 17), il convient de relever qu'elles ne sont pas contraignantes à l'égard des États membres. De plus, cette dernière communication ne vise que des programmes de clémence mis en œuvre par la Commission elle-même.

22 Dans le cadre du REC, un programme modèle en matière de clémence, visant à l'harmonisation de certains éléments des programmes nationaux en la matière, a été également élaboré et adopté au cours de l'année 2006. Toutefois, ce programme modèle n'a pas non plus d'effet contraignant à l'égard des juridictions des États membres»¹⁰.

29. Il découle des considérations qui précèdent que le programme modèle de clémence de 2006 n'a pas de valeur juridique contraignante pour les autorités nationales. Comme la question traitée dans l'affaire Pfleiderer concernait une décision à prendre par un juge national, la Cour n'a pris position que sur l'aspect contraignant de ces programmes pour les juridictions nationales. Les considérations qui précèdent ne peuvent cependant que conduire à la même conclusion (absence de tout caractère juridiquement contraignant des documents précités du REC) à l'égard également des autorités administratives nationales.
30. Il est vrai que l'article 15, paragraphe 2-bis, de la loi n° 287/90 prévoit que les règles sur l'immunité ou la réduction d'amende sont définies par l'AGCM conformément à l'ordre juridique européen. Néanmoins, le programme modèle de clémence n'est pas, pour les motifs exposés ci-dessus, juridiquement contraignant et l'on ne saurait donc véritablement parler de conformité à ce programme.
31. Cela étant, il convient de constater que l'AGCM, lors de l'adoption de son programme de clémence en 2007, s'est expressément référée tant à la communication de la Commission sur la clémence qu'au programme modèle de clémence de 2006. Ces deux documents, bien que juridiquement non contraignants pour les autorités nationales, constituent (avec d'autres) le cadre réglementaire pris en compte par l'AGCM lors de la rédaction de son programme de clémence. C'est dans cette optique que la Commission

¹⁰ Arrêt du 14 juin 2011 dans l'affaire C-360/09, Pfleiderer, Rec. p. I-5161. Voir également arrêt du 13 décembre 2012 dans l'affaire C-226/11, Expedia, Recueil numérique, point 29.

entend à présent exposer le contenu du programme de clémence de l'Union européenne et du programme modèle de clémence de 2006.

4.4. Les principes généraux du programme de clémence de l'Union européenne

32. Il convient tout d'abord de rappeler les traits saillants du programme de clémence de l'Union européenne¹¹. Il s'agit là d'un outil efficace dans la lutte contre les ententes¹² en raison de leur caractère secret et de la difficulté éprouvée par les autorités de concurrence pour les découvrir. Il est d'autant plus utile que, sans lui, la Commission devrait déployer des ressources considérables pour tenter de découvrir l'existence d'ententes et de trouver des preuves pour les sanctionner.
33. Le programme de clémence de l'UE prévoit une sorte d'échange entre l'immunité (ou, le cas échéant, la réduction d'amende) et les informations qui permettent à la Commission de découvrir les ententes, de prouver les faits en question et donc de sanctionner leurs membres¹³. Cela ne signifie pas que le programme de clémence de l'UE soit comparable à un contrat de droit civil, mais il importe de souligner son caractère «utilitariste»: l'immunité ou la réduction d'amende est accordée pour des motifs non pas moraux mais pratiques, c'est-à-dire en raison de l'aide apportée par les demandeurs de clémence pour découvrir et sanctionner les ententes.
34. L'efficacité du programme d'immunité de l'UE repose en particulier sur les quatre éléments suivants:
- Incitation à la coopération des membres de l'entente: une récompense est prévue pour celui qui coopère; en particulier le premier qui coopère obtient l'immunité totale, tandis que des sanctions sévères sont prévues pour les membres des ententes qui, vu leur absence de coopération, restent totalement assujettis au pouvoir de sanction de la Commission.

¹¹ Voir notamment arrêt du 9 septembre 2011 dans l'affaire T-12/06, *Deltafina*, Rec. p. II-5639, points 103 à 122, confirmé sur pourvoi par la Cour dans l'arrêt du 12 juin 2014, C-578/11 P, non encore publié au Recueil.

¹² Arrêt *Pfleiderer*, précité, point 25; arrêt *Deltafina*, précité, points 105 et 106. Voir aussi les conclusions de l'avocat général Ján Mázak du 16 décembre 2010 dans l'affaire *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, C-360/09, non encore publiées au Recueil.

¹³ Communication sur la coopération, points 4, 8, 9, 10, 21 et 22; arrêt *Deltafina*, précité, points 106 et 107. Voir aussi arrêts du 30 septembre 2009 dans l'affaire T-161/05, *Hoechst/Commission*, Rec. p. II-3555, point 96 avec renvois jurisprudentiels; du 26 avril 2007 dans l'affaire T-109/02, *Bolloré/Commission*, Rec. p. II-947, point 718: «tâche d'investigation et de sanction»; du 28 avril 2010 dans les affaires jointes T-456/05 et T-457/05, *Gütermann e.a./Commission*, Rec. p. II-1443, point 221.

- Instauration d'un climat de méfiance et d'incertitude au sein des ententes, puisque, d'une part, une seule entreprise peut bénéficier de l'immunité totale ou, le cas échéant, de chaque niveau de réduction et que, d'autre part, la Commission pourrait, en toute hypothèse, découvrir seule l'entente; le fait que la Commission réalise des enquêtes dans un secteur ne s'oppose pas au programme d'immunité, il s'agit au contraire d'un «accélérateur» de coopération parce qu'une pression est exercée sur les membres de l'entente; il s'ensuit que ces derniers peuvent être amenés à se méfier les uns des autres, créant ainsi une «course à la coopération» qui encourage la dénonciation des ententes à la Commission ¹⁴.
 - Remises de peine limitées au strict nécessaire: l'immunité et la réduction d'amende constituant une exception au principe de la responsabilité pour violation du droit de la concurrence par des entreprises ¹⁵, le montant de la réduction, conformément au principe de proportionnalité, doit être réduit au minimum nécessaire pour obtenir un niveau optimal de sanctions; autrement, en dépit de toutes les réductions totales ou partielles d'amende sur la base du programme de clémence, l'effet dissuasif des amendes effectivement infligées pourrait s'avérer insuffisant en terme de sanction spéciale ou de dissuasion ¹⁶.
 - Les membres de l'entente peuvent difficilement manipuler le programme d'immunité: s'ils pouvaient facilement coordonner leurs demandes de coopération afin d'optimiser les remises de peine et se répartir les avantages découlant de demandes coordonnées de coopération, le programme de clémence serait affaibli et, à la longue, voué à l'échec.
35. L'octroi du bénéfice de l'immunité d'amende exige que le demandeur de clémence abandonne complètement le front commun des participants à l'entente et qu'il passe totalement du côté de la lutte publique contre les ententes ¹⁷.
36. Les considérations qui précèdent permettent aussi de comprendre pourquoi dans le programme de clémence de l'UE la liste des entreprises candidates à l'immunité totale ou à la réduction de l'amende de 50 % et de 30 % est établie en fonction de l'ordre chronologique de présentation des demandes de coopération (à supposer, bien évidemment, que le critère de l'utilité des renseignements fournis à la Commission soit rempli conformément à la communication sur la coopération).

¹⁴ Arrêt Deltafina, précité, point 110.

¹⁵ Arrêt Deltafina, précité, point 109.

¹⁶ Selon la communication sur la coopération (points 9 et 21), les réductions accordées aux membres de l'entente qui présentent une demande d'immunité ne le sont qu'en échange de preuves apportant une valeur ajoutée significative par rapport au matériel probant dont dispose déjà la Commission.

¹⁷ Arrêt Deltafina, précité, point 127.

4.5. Le programme modèle de clémence de 2006

37. Le programme modèle de clémence de 2006¹⁸ tire son origine de la constatation que les divergences entre les différents programmes de clémence au sein de l'UE pourraient dissuader les entreprises de se repentir dans le cas d'ententes à grande échelle et alourdir le traitement des demandes dont sont chargées les différentes autorités de concurrence concernées¹⁹. Le programme modèle de clémence 2006 vise donc à favoriser l'harmonisation des éléments essentiels des politiques de clémence des autorités de concurrence dans l'UE²⁰, en vue d'un double objectif: i) garantir que les membres d'une entente ne soient pas dissuadés de dénoncer les ententes en raison des divergences existant entre les différents programmes de clémence des États membres de l'UE et ii) alléger la charge administrative découlant de la nécessité de présenter plusieurs demandes de clémence (point 2). Les principes généraux du programme de clémence de l'Union européenne définis ci-dessus sous-tendent pour l'essentiel le programme modèle de clémence de 2006.
38. Le programme modèle de clémence 2006 couvre en particulier les aspects suivants:
- les hypothèses dans lesquelles une autorité de concurrence accordera l'immunité totale (points 5 à 7) ou une réduction d'amende (points 9 à 12);
 - les conditions liées à la clémence telles que, par exemple, l'obligation pour le demandeur de clémence de mettre fin à sa participation à l'entente et d'apporter aux autorités une coopération véritable, totale et permanente (point 13);
 - la procédure relative notamment à l'obtention d'un marqueur (points 16 à 18) et à la demande sommaire (points 22 à 25).
39. En ce qui concerne les ententes à grande échelle dans l'UE, les entreprises peuvent avoir intérêt à présenter une demande aussi bien à la Commission qui est, en pareil cas, un interlocuteur particulièrement important, qu'à une ou plusieurs autorités nationales de concurrence éventuellement compétentes (en parallèle ou à la place de la Commission). Il existe une distinction entre, d'une part, la demande d'immunité totale et, d'autre part,

¹⁸ Nous nous référons à la version 2006.

¹⁹ Notes explicatives sur le programme modèle de clémence 2006, points 6 et 39.

²⁰ Programme modèle de clémence de 2006, point 3; notes explicatives sur le programme modèle de clémence de 2006, points 7 et 9.

la demande de réduction d'amende²¹. Concernant la demande d'immunité totale, le programme modèle de clémence de 2006 prévoit la possibilité de présenter une demande de marqueur et une demande sommaire. La première est normalement présentée à la Commission, tandis que la deuxième, le cas échéant, est présentée à une ou à plusieurs autorités de concurrence nationales. Tant la demande de marqueur que la demande sommaire ont pour fonction de permettre au demandeur d'immunité de «réservé» rapidement la première place dans l'ordre d'arrivée des demandes de clémence et de pouvoir donc compléter sa demande ultérieurement, en fournissant la description détaillée des modalités de fonctionnement de l'entente et en produisant des preuves²².

40. Le contenu de la demande de marqueur est substantiellement similaire à celui de la demande sommaire²³. Dans le programme modèle de clémence de 2006, tant la demande de marqueur que la demande sommaire doivent présenter un contenu minimum, qui comprend entre autres le domaine des produits faisant l'objet de l'entente²⁴. Les renseignements et le degré de précision de ce contenu doivent être suffisants pour permettre à l'autorité de concurrence à laquelle la demande est présentée de décider si elle veut agir dans l'affaire en question²⁵. Dans la pratique, la Commission, d'habitude, ne décide d'agir ou de ne pas agir dans un cas déterminé qu'après avoir effectué des inspections; il en va de même pour ce qui est des autorités de concurrence nationales. L'immunité ne peut plus être accordée si elle l'a déjà été pour le même objet, même si c'est à titre préliminaire, à une autre entreprise²⁶. Toute demande d'immunité présentée à une autorité de concurrence (nationale ou européenne) n'implique pas qu'elle soit adressée aux autres autorités de concurrence dans l'UE²⁷.

²¹ Pour la première, voir les points 16 à 25; pour la deuxième, voir les points 26 et 27 du programme modèle de clémence 2006.

²² Notes explicatives sur le programme modèle de clémence de 2006, point 36.

²³ Notes explicatives sur le programme modèle de clémence de 2006, point 36.

²⁴ Voir points 18 et 22 du programme modèle de clémence de 2006.

²⁵ Notes explicatives sur le programme modèle de clémence de 2006, point 45.

²⁶ Notes explicatives sur le programme modèle de clémence de 2006, point 17.

²⁷ Voir en particulier point 1 du programme modèle de clémence de 2006 élaboré par le REC. Voir aussi le point 55 du *ECN Model Leniency Programme – Report on assessment of the state of convergence*.

Voir aussi le point 38 de la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence: «En l'absence d'un système de clémence pleinement harmonisé s'étendant à l'ensemble de la Communauté, une demande de clémence adressée à une autorité donnée ne saurait être considérée comme étant une demande adressée à une autre autorité de concurrence. Il s'ensuit que le demandeur a intérêt à solliciter la clémence auprès de toutes les autorités de concurrence qui sont compétentes pour appliquer l'article 81 du traité sur le territoire affecté par l'infraction et qui peuvent être considérées comme bien placées pour agir contre l'infraction en question(15). Compte tenu de l'importance

4.6. La décision attaquée et le programme de clémence italien au regard du principe d'effectivité conformément à l'article 4, paragraphe 3, TUE, à l'article 101 TFUE, aux principes généraux de droit européen, au règlement (CE) n° 1/2003 et au programme modèle de clémence 2006

41. Le programme de clémence de l'AGCM (point 17) prévoit que la demande sommaire d'immunité doit contenir, entre autres, une description de l'entente en question, qui inclut «la spécification de la nature de l'entente» et «l'indication des biens et services faisant l'objet de l'entreprise». À cet égard, le programme de clémence italien est formulé de manière légèrement différente, mais son contenu équivaut à celui du programme modèle de clémence de 2006 (point 22), dans lequel on lit «*[s]ummary applications should include a short description of ... the affected product(s); the affected territory(ies) ...* (Les demandes sommaires doivent inclure les renseignements suivants sous forme succincte... le ou le(s) produit(s) visés; le ou les territoire(s) affecté(s))».
42. Il convient de vérifier si l'application en l'espèce de la règle du programme de clémence italien par l'AGCM peut violer le principe d'effectivité prévu par le droit européen. En d'autres termes, les dispositions du programme de clémence italien et la manière dont il a été appliqué en l'espèce, peuvent-elles porter atteinte à l'application effective de l'article 101 TFUE? Il est difficile en l'espèce de répondre à cette question par l'affirmative. En effet, l'obligation pour les entreprises qui sollicitent l'immunité d'être suffisamment précises n'est manifestement ni inutile ni excessive au regard de l'objectif de découvrir et de sanctionner efficacement les ententes dans l'UE. Au demeurant, la possibilité pour une entreprise qui dénonce une entente de se réserver la première place suppose qu'elle dénonce une entente spécifique. Si, en cas d'entente dans un secteur spécifique différent (y compris voisin), une autre entreprise présente la première la demande d'immunité, elle sera considérée comme la première sur la liste en ce qui concerne cette autre entente, conformément au principe de la «course à la coopération» qui caractérise le programme de clémence.
43. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si une autorité nationale de concurrence doit demander à l'entreprise ayant présenté une demande d'immunité, des éclaircissements quant à la portée de cette demande. À l'évidence, cette autorité *peut*

du choix du moment dans la plupart des systèmes de clémence en vigueur, les demandeurs auront également intérêt à se demander s'il est indiqué de solliciter simultanément des mesures de clémence auprès de toutes les autorités compétentes. Il incombe au demandeur de faire les démarches qu'il juge indiquées pour défendre sa position dans le cadre d'une éventuelle procédure engagée par ces autorités».

poser une question en ce sens à ladite entreprise. Cependant, on peut difficilement prétendre qu'en vertu du droit européen l'autorité est tenue par une obligation *générale* de vérifier le contenu de la demande d'immunité. La même conclusion s'impose aussi si l'on se réfère au programme modèle de clémence de 2006. Il est vrai que l'on ne peut exclure que, dans certaines affaires, les *circonstances particulières* imposent à l'autorité de concurrence de questionner le demandeur d'immunité. Cependant, la Commission est d'avis qu'en l'espèce les circonstances n'imposent pas une telle obligation à l'AGCM. Il appartient au juge national de vérifier, entre autres, cet aspect.

44. Par ailleurs, le principe de la sécurité juridique implique que dans le champ d'application du droit européen, les critères sur la base desquels une autorité de concurrence prend une décision quant à la demande d'immunité d'une entreprise soient suffisamment clairs, précis et connus à l'avance²⁸. La Commission est d'avis que l'ordre juridique italien contient des règles suffisamment claires en matière d'immunité d'amendes infligées pour violation de l'article 101 TFUE.
45. La protection de la confiance légitime des particuliers est un corollaire du principe général de sécurité juridique. Selon le droit européen, une confiance légitime ne peut naître que si plusieurs conditions rigoureuses sont satisfaites. Premièrement, des assurances précises, inconditionnelles et concordantes, émanant de sources autorisées et fiables doivent avoir été fournies à l'intéressé par l'administration. Deuxièmement, ces assurances doivent être de nature à faire naître une attente légitime dans l'esprit de celui auquel elles s'adressent. Troisièmement, ces assurances doivent être conformes aux règles applicables²⁹. Selon la jurisprudence, l'opérateur économique prudent et avisé, en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure communautaire de nature à affecter ses intérêts, ne saurait invoquer le bénéfice d'un tel principe lorsque cette mesure est adoptée³⁰.
46. Le Tribunal, dans l'arrêt Deltafina confirmé par la Cour, a exclu la violation de la confiance légitime de l'entreprise qui avait obtenu une immunité conditionnelle mais avait ensuite violé son obligation de coopération totale, continue et loyale à l'égard de la Commission, en révélant aux autres cartellistes l'existence de sa coopération avec la

²⁸ Voir arrêt Commission/France (golden shares).

²⁹ Arrêt du 7 juin 2005 dans l'affaire C-17/03, VEMW, Rec. p. I-4983, points 73 et 74; arrêt Deltafina, précité, points 190 et suivant, avec renvois jurisprudentiels, et arrêt Tokai, T-236/01, point 152, avec renvois jurisprudentiels.

³⁰ Arrêt VEMW, précité, point 74, avec renvois jurisprudentiels.

Commission avant que cette dernière ait mené des inspections. Le Tribunal est parvenu à cette conclusion en se fondant notamment sur la considération que Deltafina ne pouvait se prévaloir d'aucune assurance précise, inconditionnelle et concordante qu'elle obtiendrait l'immunité définitive à la fin de la procédure administrative. Le Tribunal a ajouté que la Commission n'est pas tenue d'informer les demandeurs d'immunité qu'ils doivent respecter les obligations découlant de la communication sur la coopération de 2002 et notamment celle de coopération, la communication indiquant elle-même clairement les conséquences d'une telle violation.

47. Dans l'arrêt Nintendo passé en force de chose jugée, le Tribunal a estimé qu'«[e]u égard à la compétence exclusive du collège des membres de la Commission pour adopter une décision infligeant une amende, un fonctionnaire de la Commission ne peut aucunement avoir fourni à Nintendo, lors d'une réunion informelle avec ses représentants, des assurances précises émanant d'une source autorisée et fiable quant à la déduction des compensations offertes aux tiers du montant final de l'amende»³¹.
48. En l'espèce, après la présentation de la demande d'immunité par DHL le 12 juillet 2007, il apparaît que l'AGCM n'a pas fourni des assurances précises, inconditionnelles et concordantes quant au fait que cette demande couvrait l'entente des services de transit et de transport international de marchandises en général, c'est-à-dire dans les secteurs terrestre, maritime et aérien. Si l'existence de telles assurances n'est pas prouvée, il est raisonnable de considérer, au regard de la jurisprudence citée à la note 30, qu'il appartenait plutôt à l'entreprise de préciser dans sa demande que celle-ci couvrait l'entente des services de transit et de transport terrestre, maritime et aérien international de marchandises ou, à tout le moins, de demander à l'AGCM de lui confirmer qu'elle entendait la demande en ce sens.
49. L'interdiction de discrimination, qui fait partie des principes fondamentaux du droit européen, exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une telle différenciation ne soit objectivement justifiée³². Une différence de traitement est justifiée dès lors qu'elle est fondée sur un critère objectif et raisonnable, c'est-à-dire lorsqu'elle est en rapport avec un but légalement admissible poursuivi par la législation en cause, et que cette différence est proportionnée au but

³¹ Arrêt du 30 avril 2009 dans l'affaire T-13/03, Nintendo/Commission, Rec. p. II-975, point 208. Voir aussi arrêt du 31 mars 1998 dans l'affaire T-129/96, Preussag/Commission, Rec. p. II-609, points 77 et suivants.

³² Voir, parmi d'autres, l'arrêt VEWE, précité, point 48, avec renvois jurisprudentiels.

poursuivi par le traitement concerné³³. Cependant, on ne voit pas clairement en l'espèce de quelle manière ce principe a pu être violé. Il en est de même pour ce qui est du principe de bonne administration, qui est également un principe général du droit européen³⁴.

50. La Commission entend à présent examiner le cas où le juge national tient compte de la communication de la Commission en matière de clémence et du programme modèle de clémence de 2006. Il ressort du programme modèle de clémence de 2006 que pour pouvoir bénéficier de l'immunité ou de la réduction des amendes dans un État membre, l'entreprise concernée doit présenter dans cet État une demande d'immunité ou de réduction d'amende séparée et distincte de celle qu'elle a déjà présentée (ou qu'elle s'apprête à présenter) à la Commission³⁵. Il est vrai que si une demande sommaire d'immunité est présentée, c'est parce qu'une demande d'immunité a été (ou est sur le point d'être) présentée à la Commission. Cependant, actuellement, il n'existe aucune garantie que l'étendue des deux demandes soit identique. En outre, rien n'indique dans les documents précités que, pour en déterminer la portée, l'autorité de concurrence qui reçoit la demande sommaire d'immunité doive l'examiner à la lumière de la demande d'immunité présentée à la Commission. Aux termes du point 38 de la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, une demande de clémence adressée à une autorité donnée ne saurait être considérée comme étant une demande adressée à une autre autorité de concurrence³⁶. La même solution ressort aussi de la lecture de la version 2012 du programme modèle de clémence³⁷.

³³ Arrêt du 16 décembre 2008 dans l'arrêt C-127/07, Arcelor et Lorraine, Rec. p. I-9895, point 47.

³⁴ Voir article 41 de la charte européenne des droits fondamentaux; arrêt du 21 novembre 1991 dans l'affaire C-269/90, Technische Universität München, Rec. p. I-5469, point 14.

³⁵ Voir en particulier le point 1 du programme modèle de clémence de 2006 élaboré par le REC. Voir aussi le point 55 du *ECN Model Leniency Programme – Report on assessment of the state of convergence*.

³⁶ Voir note 27 *supra*.

³⁷ «46. As long as the CA has not decided to take action in the case, the applicant's duty to provide further information and generally assist with the investigation only exists towards the Commission. However, since the scope of a summary application marker is essentially determined by the content of the leniency application, applicants should consider the following. From a substantive point of view, a summary application should be a proper summary of the leniency application submitted at the Commission. Therefore, if a leniency applicant has received a summary application marker from an NCA, and it subsequently provides information and evidence to the Commission which indicates that the alleged cartel is significantly different in scope than reported to the NCAs in its summary applications (for example, it covers an additional product), the applicant should consider updating the NCAs where it has filed summary applications in order to keep the scope of its protection at the NCAs identical to the scope of protection at the Commission. The duties specified under paragraphs 13(2)(d) (no destruction, falsification or

51. La Commission est donc d'avis que tant le droit européen primaire et dérivé que le programme modèle de clémence de 2006 ne contiennent de disposition imposant, dans des termes spécifiques, d'interpréter une demande sommaire d'immunité présentée par une entreprise à une autorité de concurrence nationale conformément et conjointement à la demande d'immunité présentée préalablement ou aussitôt après par cette entreprise à la Commission. Cette dernière n'a pas, au demeurant, pour habitude de communiquer automatiquement les demandes d'immunité aux autorités nationales de concurrence des États membres³⁸. Dès lors, dans des cas tels que le cas d'espèce (qui correspond aux cas

concealment) and 13(2)(e) (no disclosure of contents or existence of the application) of the ECN Model Programme will also be owed to the NCA which has received the summary application».

Tant que l'autorité de la concurrence n'a pas décidé d'intervenir dans l'affaire, l'obligation du demandeur de fournir d'autres informations et de prêter son assistance dans le cadre de l'enquête n'existe que vis-à-vis de la Commission. Cependant, étant donné que l'étendue d'un marqueur accordé à la suite d'une demande sommaire est essentiellement déterminée par le contenu de la demande de clémence, les demandeurs doivent considérer ce qui suit. Du point de vue matériel, une demande sommaire présente un résumé correct de la demande de clémence adressée à la Commission. Donc, si un demandeur de clémence a obtenu d'une autorité nationale de la concurrence un marqueur et qu'il donne ensuite des informations et des preuves à la Commission qui indiquent que l'étendue de l'entente présumée est bien différente de celle dont il était fait état dans sa demande sommaire adressée à l'autorité nationale de la concurrence (l'entente couvre par exemple un produit supplémentaire), le demandeur fera en sorte de donner à ladite autorité, auprès de laquelle il a introduit une demande sommaire, des informations actualisées, de façon à maintenir l'étendue de sa protection venant de l'autorité à un niveau égal à celui de la protection venant de la Commission. Il convient de respecter aussi à l'égard de l'autorité nationale de la concurrence qui a reçu la demande sommaire les obligations précisées aux paragraphes 13(2)(d) (s'abstenir de détruire, de falsifier ou de dissimuler des informations ou preuves utiles) et 13 (2)(e) (s'abstenir de divulguer l'existence ou la teneur de la demande) du programme modèle du REC. (Traduction non officielle de la Commission).

«47. In addition, the applicant must comply with any specific additional information requests of an NCA which has received a summary application in particular for the NCA to reach an informed view on the issue of case allocation. Failure to comply with such requests by an NCA fully and expeditiously would result in loss of the summary application marker. If the applicant is requested by an NCA to perfect the summary application into a full application, the applicant must submit to the NCA all information and evidence that relates to the alleged cartel. Normally, this would require the applicant to provide NCAs with all information and evidence that it has also supplied to the Commission. In this context, applicants are encouraged to verify the requirements applicable under the relevant leniency programmes with the NCAs concerned. Moreover, the applicant shall provide the NCA with any additional information that may be required under the relevant leniency programme».

En outre, le demandeur doit satisfaire à toute demande d'information supplémentaire spécifique provenant d'une autorité nationale de la concurrence qui a reçu une demande sommaire, notamment pour que cette autorité soit bien informée sur la question de l'attribution du dossier. Ne pas satisfaire à de telles demandes provenant d'une autorité nationale de la concurrence entraîne à brève échéance la perte totale du marqueur. Si l'autorité en question demande au demandeur de compléter la demande sommaire pour en faire une demande complète, le demandeur doit présenter à l'autorité toutes les informations et preuves ayant trait à l'entente dont il est fait état. Cela nécessite normalement que le demandeur donne à l'autorité toutes les informations et preuves qu'il a aussi données à la Commission. À cet égard, les demandeurs sont incités à vérifier, avec les autorités nationales de la concurrence concernées, les conditions applicables au titre des programmes de clémence pertinents. De plus, le demandeur donne à l'autorité nationale de la concurrence toutes les informations supplémentaires susceptibles d'être exigées au titre du programme de clémence pertinent. (Traduction non officielle de la Commission).

³⁸ Les points 40 et 41 de la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence prévoient la possibilité pour les membres du REC de s'échanger, sous certaines conditions, les informations fournies par les demandeurs d'immunité. Cependant, dans la pratique, ce genre d'échange est jusqu'à présent plutôt rare.

habituellement traités dans la pratique), où la demande d'immunité présentée à la Commission n'a pas été envoyée par cette dernière à l'autorité de concurrence nationale, ladite autorité, l'AGCM en l'occurrence, peut difficilement, ne fût-ce que pour des raisons pratiques, lire de façon coordonnée la demande d'immunité lui ayant été présentée et celle présentée à la Commission par la même entreprise.

52. En conclusion, il convient de trouver la solution du présent litige d'abord dans le droit italien, ce dernier régissant le système d'immunité prévu par l'AGCM qui ne l'a pas adopté en application d'une directive européenne (inexistante à ce jour). Il est vrai que, s'agissant de l'application de l'article 101 TFUE, on se trouve dans le champ d'application du droit de l'UE, de sorte que l'article 4, paragraphe 3, TUE (en particulier l'obligation de garantir l'application effective du droit européen), les principes généraux du droit européen (tels que l'égalité, la sécurité juridique et la protection de la confiance légitime) et le règlement n° 1/2003 s'appliquent. Les documents tels que le programme modèle de clémence de 2006 élaboré par le réseau européen de concurrence n'ont pas de valeur juridique contraignante, mais une valeur politico-programmatique en ce qui concerne uniquement les relations entre les autorités de concurrence dans l'UE. Ces documents peuvent cependant être pris en considération par l'interprète national.

5. CONCLUSIONS

53. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Commission propose à la Cour de répondre comme suit aux questions posées par le juge de renvoi:
- 1) **Il convient d'interpréter l'article 101 TFUE, l'article 4, paragraphe 3, TUE, les principes généraux du droit européen et le règlement n° 1/2003 en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce qu'une autorité nationale de la concurrence s'écarte du programme modèle de clémence de 2006, ce document élaboré par le réseau européen de concurrence n'étant pas juridiquement contraignant pour les autorités nationales de concurrence. Partant, le fait qu'une autorité nationale de la concurrence s'écarte du programme modèle de clémence de 2006 ne constitue pas en soi une violation de l'arrêt Pfeiderer de la Cour dans l'affaire C-360/09.**
 - 2) **Il convient d'interpréter l'article 101 TFUE, l'article 4, paragraphe 3, TUE, les principes généraux du droit européen et le règlement n° 1/2003 en ce sens qu'il n'existe pas de lien juridique contraignant entre, d'une part, la demande principale d'immunité qu'une entreprise a présentée ou qu'elle s'apprête à présenter à la Commission et, d'autre part, la demande simplifiée d'immunité présentée par cette entreprise à une autorité nationale de la concurrence pour cette même entente. Le programme modèle de clémence de 2006 du réseau européen de concurrence ne contient aucune disposition prévoyant:**

- a) une règle selon laquelle une demande simplifiée d'immunité présentée à une autorité nationale de la concurrence doit être examinée à la lumière de la demande principale d'immunité présentée à la Commission, ou
- b) une règle selon laquelle, si une demande simplifiée d'immunité présentée à une autorité nationale de la concurrence a une étendue matérielle plus restreinte que celle de la demande principale d'immunité présentée à la Commission, cette autorité est tenue de contacter la Commission ou le demandeur afin d'établir si la Commission a identifié des exemples concrets ou spécifiques de comportements dans le secteur prétendument couvert par la demande principale d'immunité mais non couvert par la demande d'immunité sommaire.
- 3) Il convient d'interpréter l'article 101 TFUE, l'article 4, paragraphe 3, TUE, les principes généraux du droit européen et le règlement n° 1/2003 en ce sens que le programme modèle de clémence de 2006 du réseau européen de concurrence et les notes explicatives y afférentes ne s'opposent pas, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, au fait qu'une autorité nationale de la concurrence, sur la base d'un programme national d'immunité d'amendes infligées pour violation de l'article 101 TFUE, accorde l'immunité totale d'amendes à l'entreprise qui lui a présenté en premier une demande d'immunité (simplifiée ou complète) pour un secteur spécifique, même si une autre entreprise a déjà présenté une demande d'immunité pour une entente relative à un secteur spécifique voisin mais séparé du premier secteur, indépendamment de la question de savoir laquelle des deux entreprises a présenté en premier à la Commission une demande d'immunité susceptible d'être acceptée.

M. Luigi Malferrari

M. Gero Meeßen
Agents de la Commission

Mme Teresa Vecchi