

CONCLUSIONS DE M. LE JUGE BO VESTERDORF
DÉSIGNÉ COMME AVOCAT GÉNÉRAL
présentées le 10 juillet 1991 *

Sommaire

Introduction	II- 875
Les problèmes structurels du marché du polypropylène de 1977 à 1983	II- 876
I — Partie générale	II- 878
A — Les questions de procédure administrative	II- 878
1. Déroulement de la procédure administrative	II- 878
2. Les principaux points de vue des requérantes	II- 883
3. Caractère des affaires de concurrence	II- 884
4. Les modalités de travail internes à la Commission	II- 886
a) L'organisation interne des travaux de la Commission	II- 886
b) Le conseiller-auditeur	II- 888
5. Accès au dossier	II- 889
a) Le rapport du conseiller-auditeur	II- 889

* Langue originale: le danois.

b) Documents de travail internes concernant la conférence de presse	II- 891
c) Autres questions en matière d'accès au dossier et de communication de documents de preuve aux entreprises	II- 892
6. Modification de l'appréciation juridique au cours de la procédure	II- 900
7. Compte rendu de l'audition devant la Commission	II- 907
B — Motivation de la décision	II- 907
1. L'exigence de motivation en général	II- 907
2. Obligation de la Commission de commenter dans sa décision les preuves et arguments présentés avant la décision	II- 908
3. Individualisations dans la décision	II- 911
4. Interprétation de l'article 85 du point de vue formel	II- 912
C — Notion d'« entreprise » en tant qu'« auteur de l'acte »	II- 913
D — Interprétation de l'article 85	II- 921
1. Introduction	II- 921
2. La notion d'accord	II- 922
3. La notion de pratique concertée	II- 923
a) Présentation du problème	II- 923
b) L'importance de la question en l'espèce	II- 924
c) Moyens et arguments des parties	II- 925

d) Le contexte historique	II- 927
e) La jurisprudence de la Cour de justice en ce qui concerne la notion de pratique concertée	II- 929
f) Observations des avocats généraux de la Cour sur la question	II- 933
g) La doctrine	II- 935
h) Le point de départ de l'interprétation	II- 939
i) La « pratique concertée » suppose-t-elle un comportement sur le marché	II- 939
j) La structure des deux formes d'infraction	II- 944
4. Est-il possible de proposer une théorie de la tentative dans le cadre de l'article 85?	II- 945
5. Le comportement des entreprises constituait-il objectivement un moyen inadéquat?	II- 946
6. Y a-t-il un accord et une pratique concertée?	II- 948
7. Responsabilité collective au titre de l'article 85, paragraphe 1?	II- 950
E — Remarques générales sur l'appréciation des preuves ainsi que sur les catégories de preuves et les preuves	II- 953
1. Généralités	II- 953
2. La libre appréciation des preuves	II- 954
3. La preuve par témoins	II- 954
	II - 871

4. La preuve sous forme de documents	II- 955
5. Les analyses économiques	II- 957
6. Prix cibles et quantités cibles en tant qu'objet d'accord ou de concertation	II- 957
F — L'entente est-elle prouvée?	II- 960
1. Introduction	II- 961
2. Les accords allégués en matière de prix plancher	II- 961
3. Prolongement de l'accord en matière de prix plancher	II- 965
4. Réunions entre producteurs	II- 965
5. Appréciation de la situation en 1977	II- 965
6. Appréciation de la situation en 1978	II- 968
7. Appréciation de la situation en 1979	II- 970
8. Les initiatives en matière de prix	II- 971
a) L'initiative de prix de juillet à décembre 1979	II- 971
b) De janvier à mai 1981	II- 975
c) D'août à décembre 1981	II- 977
d) Les périodes de juin à juillet 1982 et de septembre à novembre 1982	II- 979
e) La fin de l'entente sur les prix	II- 980

9. Les systèmes de quotas	II- 981
a) Système pour 1980	II- 981
b) Période 1981-1982	II- 983
1981	II- 984
1982	II- 985
c) Les systèmes de quotas en 1983	II- 986
10. « Account management » et « account leadership »	II- 987
11. Autres mesures d'accompagnement	II- 988
G — Prescription	II- 988
II — Les affaires considérées individuellement	II- 990
A — Rhône-Poulenc (affaire T-1/89)	II- 990
B — Petrofina (affaire T-2/89)	II- 994
C — Atochem (affaire T-3/89)	II- 999
D — BASF (affaire T-4/89)	II-1000
E — Anic (Enichem) (affaire T-6/89)	II-1001
F — Hercules (affaire T-7/89)	II-1002
G — DSM (affaire T-8/89)	II-1006
	II - 873

H — Hüls (affaire T-9/89)	II-1007
I — Hoechst (affaire T-10/89)	II-1009
J — Shell (affaire T-11/89)	II-1010
K — Solvay (affaire T-12/89)	II-1012
L — ICI (affaire T-13/89)	II-1013
M — Montedipe (affaire T-14/89)	II-1015
N — Chemie Linz (affaire T-15/89)	II-1016
III — Les questions liées à la sanction	II-1017
A — La politique de la Commission en matière d'amendes	II-1020
B — La Commission a-t-elle tenu compte de tous les facteurs pertinents?	II-1024
C — Les circonstances atténuantes	II-1024
D — Réduction des amendes comme conséquence de l'annulation de certaines parties de la décision	II-1026
E — La Commission doit-elle établir une « liste-catalogue » des amendes?	II-1026
F — Portée ou intensité de la participation des différentes entreprises	II-1028
1. Portée telle qu'exposée dans la décision de la Commission	II-1028
2. Les quatre grands producteurs	II-1030
3. Les producteurs moins importants	II-1030
IV — Conclusions	II-1032

*Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,*

Introduction

Sur proposition de sa première chambre, le Tribunal a décidé en formation plénière, le 16 novembre 1989, de désigner un avocat général pour les affaires T-1/89 à T-4/89 et T-6/89 à T-15/89 (polypropylène). Le président du Tribunal a ensuite choisi de nous confier ce rôle. Un examen du dossier et l'impression qui se dégage de l'audience orale montrent que ces affaires répondent pleinement aux critères pour la désignation d'un avocat général qui sont maintenant fixés dans le règlement de procédure du Tribunal, à savoir que la difficulté en droit ou la complexité en fait de l'affaire exige la désignation d'un avocat général.

Les affaires portent sur la décision de la Commission du 23 avril 1986, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV-31.149 — Polypropylène; JO L 230, p. 1). Par cette décision, la Commission a infligé aux quinze entreprises de l'industrie chimique d'importantes amendes pour avoir participé à un accord et une pratique concertée, pendant des périodes de durée variable entre le milieu de l'année 1977 et, en tout cas, jusqu'en novembre 1983, formant ainsi une entente sur les prix et introduisant un système de quotas et d'autres mesures à l'appui de leur entente sur les prix. La Commission a en outre enjoint aux entreprises de mettre fin aux infractions citées.

Quatorze des quinze entreprises ont alors formé un recours en concluant toutes, avec

quelques légères variations dans les diverses formulations, à l'annulation de la décision ou, subsidiairement, à la suppression ou à la diminution des amendes imposées. Par ordonnance du Tribunal du 25 septembre 1990, les quatorze affaires ont été jointes aux fins de la procédure orale.

En dehors d'une série de critiques de caractère formel en ce qui concerne la façon dont la Commission a traité ces affaires sur le plan administratif, les recours comportent une série de questions importantes relatives à l'interprétation de l'article 85 du traité CEE. Ces dernières sont traitées abondamment dans l'ensemble des documents de la procédure et la solution qui leur sera donnée revêtira une grande importance pour l'application future de l'article 85. Le Tribunal se souviendra qu'au cours de l'audience, la Commission a même été jusqu'à déclarer que si elle n'obtenait pas la confirmation de ses principaux points de vue en ce qui concerne l'interprétation et l'application de l'article 85, il faudrait modifier ce dernier. La question de l'interprétation de la notion de « pratique concertée » de l'article 85 constitue un premier point important en l'espèce, à moins que, naturellement, on puisse globalement constater que tous les éléments invoqués par la Commission constituent des « accords » au sens de l'article 85. A cet égard, la question est de savoir si c'est à juste titre que la Commission estime qu'une pratique concertée au sens de l'article 85 existe dès le moment où se produit la « concertation », ou bien s'il doit en outre y avoir une « pratique » dans le sens allégué par les requérantes, à savoir qu'il faut pouvoir prouver qu'on a cherché à matérialiser le résultat de la « concertation » sur le marché, en agissant directement vis-à-vis des clients des entreprises pour le mettre en œuvre. Un autre problème principal est de savoir dans quelle mesure les « accords-cadres » très discutés entre les

parties peuvent constituer un accord au sens de l'article 85, alors que, d'un côté, rien ne permet de penser que les dispositions prises par la suite reposaient principalement sur un accord de coopération future entre les requérantes, mais que, de l'autre côté, on a dû constater la mise en œuvre d'un nombre important de mesures, dont on pouvait prétendre, pour chacune d'entre elles, qu'elle reposait sur des accords ou constituait une pratique concertée, et qui, globalement, formaient une combinaison structurée et étaient fortement systématisées. La question de la participation individuelle des différentes requérantes constitue un troisième problème principal. Cette question se compose de deux éléments, d'une part les problèmes de preuve, et d'autre part la question de la responsabilité pour coopération ou collaboration ou, selon les termes employés dans la procédure, la question de la responsabilité collective ou de l'infraction collective.

Toute une série de griefs de nature formelle se retrouvent dans la plupart des procédures et les problèmes principaux que nous venons d'esquisser sont communs, à quelques exceptions près, à toutes les affaires. Il en va de même de la question des sanctions. C'est pourquoi nous avons opté pour la présentation suivante: nous commencerons par une partie générale concernant les questions de vices de forme dans la décision de la Commission, la question de l'interprétation et de l'application de l'article 85, ainsi que les principes généraux qui peuvent être retenus en ce qui concerne la question de la preuve des infractions dans des affaires telles que celles qui nous occupent. Nous examinerons ensuite chaque affaire individuellement dans la deuxième partie, en vue de déterminer la situation de chaque requérant en ce qui concerne les preuves existantes. Enfin, la troisième partie traitera des sanctions.

Les problèmes structurels du marché du polypropylène de 1977 à 1983

Comme cela ressort de nombreuses déclarations dans le dossier et lors de l'audience, de même que de la décision de la Commission, les présentes affaires portent la marque des problèmes structurels considérables qui ont affecté le marché du polypropylène de la moitié des années 1970 au début des années 1980. Le problème résidait dans une surcapacité importante, d'où une faible rentabilité pour les producteurs et, souvent, des pertes substantielles dans la production de polypropylène. Comme la Commission l'expose dans sa décision (point 12), les investissements de production coûteux entraînent des coûts fixes si élevés qu'une rentabilité acceptable dépend dans une large mesure d'un taux d'utilisation élevé des capacités. Après l'expiration de plusieurs brevets vers 1977, et s'inspirant de prévisions très optimistes quant à l'évolution de la demande, sept nouveaux producteurs d'Europe occidentale se sont lancés dans la production de polypropylène en 1977, ce qui a entraîné une augmentation très importante de la capacité de production, sans que la demande se soit adaptée, même approximativement, au cours des années suivantes. A notre avis, il n'est pas nécessaire, aux fins de l'arrêt, d'étudier plus en détail le contexte qui a soudain engendré un tel excédent de capacité; en effet, comme nous le dirons plus tard, nous sommes d'accord avec la Commission que la question de savoir si, ou dans quelle mesure, certaines entreprises ont reçu des aides d'État à l'intérieur du secteur industriel concerné est dénuée de toute pertinence.

Dans une économie de marché, en cas de surcapacité dans un secteur déterminé, il faut à long terme réduire cette capacité, si rien n'évolue par ailleurs. La Commission a

d'ailleurs mentionné (point 13 de la décision) une proposition de réduction des capacités présentée dans le cadre de discussions sur ce point en 1982. La Commission n'a toutefois pas voulu admettre une entente de crise proposée par une entreprise, si cela comportait une « restriction inadmissible de la concurrence, telle la fixation de prix ou de quotas ».

En cas de surcapacité sur un marché, les entreprises existantes qui voient de nouveaux concurrents arriver sur ce marché adopteront normalement l'un des comportements suivants: soit essayer d'évincer les nouveaux par la concurrence, soit stopper ou réduire elles-mêmes leur production, soit essayer d'aboutir à un « arrangement » avec les nouvelles entreprises¹. Il n'est pas surprenant que des entreprises qui connaissent une situation telle que celle existant sur le marché du polypropylène en 1977 envisagent d'éviter une concurrence destructrice sur les prix, pouvant compromettre les investissements très importants entrepris en matière d'installations, en s'arrangeant entre elles en vue de survivre provisoirement dans l'attente de temps meilleurs. Dans les cas d'espèce, les capacités de production ont subi une certaine réduction, plus ou moins volontaire, mais cette réduction n'a pas été décisive et la crise dans cette industrie a duré six ans au moins. Ainsi, la crise a duré longtemps, peut-être beaucoup plus que ne l'auraient pensé les entreprises concernées: cela était dû en particulier aux conséquences directes et indirectes de la deuxième grande augmentation du prix du pétrole en 1979 et de l'importante augmentation qui en est résultée pour les prix de la matière première, le propylène, ainsi qu'au ralentissement économique général, entraînant une baisse de la demande.

Ces considérations posent l'un des problèmes fondamentaux du droit de la concurrence, qui est de savoir dans quelle mesure et dans quel cadre les entreprises qui se font normalement concurrence peuvent légalement collaborer pour défendre leurs intérêts communs, soit de manière systématique au sein d'associations par branches ou similaire, soit concrètement, lorsque surviennent des problèmes particuliers. D'un côté, il est incontestable qu'à l'instar des travailleurs, les entreprises sont libres de s'associer et ont le droit de défendre leurs intérêts économiques vis-à-vis des autorités ou autres et, de l'autre côté, il est tout aussi peu contestable qu'il est d'un intérêt public décisif que la concurrence ne soit pas faussée de ce fait dans le marché commun [voir l'article 3, sous f), du traité CEE]. On doit ainsi garantir un équilibre entre, d'une part, les intérêts des entreprises concernées et, d'autre part, le souci d'assurer que les consommateurs et autres partenaires du marché ne soient pas soumis à des prix ou conditions de négociation inacceptables.

C'est donc naviguer entre Charybde et Scylla que d'apprécier les possibilités de coopération entre elles des entreprises et le moment où l'on franchit la ligne de démarcation entre négociations licites et accords ou pratiques illicites. Comme l'a dit l'avocat général Sir Gordon Slynn², le fait qu'une entreprise participe à un réunion où d'autres entreprises concluent des accords susceptibles de fausser la concurrence n'implique pas en soi que la première entreprise puisse être considérée comme ayant participé à un accord ou à une pratique concertée. Le représentant de l'entreprise peut très bien être venu à la réunion dans la conviction qu'aucun point suspect ne se trouvait à l'ordre du jour et, comme on l'a dit, il faut

1 — Voir Baden Fuller dans *European Law Review*, 1979, p. 439.

2 — Arrêt du 7 juin 1983, SA Musique Diffusion Française/Commission (100/80 à 103/80, Rec. p. 1825, 1930).

reconnaître aux entreprises une certaine liberté de discuter de problèmes communs. En revanche, on doit intervenir fermement à l'égard des tentatives pour miner l'une des fonctions les plus importantes du marché, à savoir la libre formation des prix, et nous ne nous fierions guère à la position d'une entreprise qui, pendant une période assez longue, envoie des collaborateurs à de nombreuses réunions où sont discutées des mesures, peut-être compréhensibles du point de vue des entreprises en raison des difficultés rencontrées dans le secteur, mais qui sont difficilement conciliables avec l'article 85, paragraphe 1.

Comme la Cour l'a exprimé dans l'arrêt Züchner³, l'exigence d'autonomie dans le droit de la concurrence de la Communauté s'oppose « rigoureusement à toute prise de contact direct ou indirect entre ... opérateurs, ayant pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché en cause, compte tenu de la nature des produits ou des prestations fournies, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché ». En revanche, le droit de la concurrence n'exclut naturellement pas les contacts en tant que tels entre les entreprises.

I — Partie générale

A — Les questions de procédure administrative

Toutes les requérantes ont fait valoir avec plus ou moins de vigueur et selon des

3 — Arrêt du 14 juillet 1981, point 14 (172/80, Rec. p. 2021, 2031).

combinaisons différentes que la décision attaquée est entachée d'une série de vices de forme. Pour apprécier ces arguments, il peut être utile d'examiner en premier lieu la façon dont la Commission a conduit la procédure administrative dans les cas d'espèce.

1. Déroulement de la procédure administrative

Il ressort de la décision que, les 13 et 14 octobre 1983, des représentants de la Commission ont effectué des vérifications sans avertissement préalable, en application de l'article 14, paragraphe 3, du règlement n° 17⁴, chez dix producteurs de polypropylène approvisionnant le marché commun (Atochem, BASF AG, DSM NV, Hercules Chemicals NV, Hoechst AG, Hüls AG, ICI plc, Montedipe⁵, Shell International Chemicals Co. Ltd et Solvay & Cie). Ces entreprises se sont par la suite vu infliger des amendes et ont formé un recours contre la Commission. Des vérifications ont en outre été effectuées chez BP Chimie à Paris. Toutefois, BP n'est pas visée par la décision contestée, la Commission ayant estimé qu'elle ne disposait pas de preuves suffisantes à l'encontre de cette entreprise (point 78, dernier alinéa, de la décision). Après ces vérifications, la Commission a demandé aux entreprises précitées des renseignements en

4 — Du Conseil du 6 février 1962 premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (JO 1962, 13, p. 204).

5 — On trouve notamment dans la procédure les noms de Montedison, Montepolimeri et Montedipe, ainsi que l'abréviation Monte. Les documents de procédure montrent que la société mère dans le groupe Montedison, la Montedison SpA, a elle-même assuré la production du polypropylène jusqu'à fin 1980, production passée à partir du 1^{er} janvier 1981 à la filiale détenue à 100 %, Montepolimeri SpA, à laquelle était adressée la communication des griefs. Comme le montre le point 8, quatrième alinéa, de la décision, combiné à ses articles 3 et 5, le groupe Montedison a fait l'objet d'une réorganisation interne, avec pour conséquence que la décision a été adressée à Montedipe SpA, qui est la requérante dans l'affaire T-14/89. Cette entreprise est désignée ci-après par Montedipe ou Monte.

application de l'article 11 du règlement n° 17, de même qu'à cinq autres entreprises (Amoco, Chemie Linz AG, Petrokjem AS, Petrofina SA et Anic SpA). Trois de ces cinq entreprises ont formé un recours contre la Commission; l'une des entreprises, Saga Petrokjem AS & Co. a payé l'amende imposée et enfin la Commission n'a pas pensé disposer de preuves suffisantes contre l'entreprise Amoco.

Par la suite, des représentants de la Commission ont effectué des vérifications, en application de l'article 14, paragraphe 2, du règlement n° 17, chez Anic ainsi qu'auprès d'agents de vente de Chemie Linz au Royaume-Uni et en Allemagne. En revanche, aucune vérification n'a été effectuée chez Rhône-Poulenc, qui est pourtant visée par la décision.

Le 30 avril 1984, la Commission a décidé d'engager une procédure d'office, en application de l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 17, et en mai 1984 elle a adressé aux quinze entreprises une communication des griefs conformément à ce règlement. Il s'agissait entre autres de l'ensemble des entreprises qui ont maintenant formé un recours, à l'exception d'Anic et de Rhône-Poulenc. La communication des griefs comportait une partie générale et une partie spécifique adressée à chacune des entreprises.

Il ressort du dossier que toutes les entreprises concernées à ce stade ont alors demandé une audition, en application de l'article 7 du règlement n° 99/63/CEE de la Commission, du 25 juillet 1963, relatif aux auditions prévues à l'article 19, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 17 du Conseil (ci-après « règlement n° 99 »).

En juin 1984, la Commission a accordé aux requérantes l'accès aux dossiers. Les modalités selon lesquelles ce droit a été accordé ont fait l'objet de quelques débats dans la procédure et ont été critiquées par certaines requérantes.

Le 24 octobre 1984 a eu lieu une réunion préparatoire en vue de l'audition qui devait débiter le 12 novembre 1984, entre, d'une part, un fonctionnaire de la Commission, M. Roland Mussard, qui avait pour tâche de conduire l'audition et, d'autre part, les conseillers juridiques des entreprises. Il ressort d'une note présentée par Shell que le fonctionnaire en question a fait deux déclarations, dont l'une est invoquée par une série d'entreprises à l'appui de leurs points de vue, la Commission s'en tenant à l'autre. En premier lieu, M. Mussard aurait dit qu'un représentant de chaque entreprise devrait être présent à l'audience, c'est-à-dire qu'il ne suffisait pas qu'un conseiller externe se présente et que d'après lui il était « plus sûr » que le représentant de la firme soit employé dans le « service commercial » de l'entreprise. La seconde déclaration concernait son propre rôle. Après avoir annoncé qu'il n'exprimait que son point de vue personnel et que ce n'était d'ailleurs pas « particulièrement important », il a fait état d'une divergence entre le commissaire responsable et lui quant à son rôle dans la conduite des affaires de concurrence, ou, en d'autres termes, d'un désaccord sur l'interprétation des règles fixées pour sa mission⁶. Comme l'indique une lettre du 30 octobre 1984, envoyée à la Commission par l'avocat de Shell, cela aurait amené Shell à annoncer qu'elle ne participerait pas à l'audition devant la Commission.

6 — Conformément à la note élaborée par le représentant de Shell après la réunion, annexe 16 de la requête de Shell (affaire T-11/89).

Compte tenu de la réponse des entreprises à la communication des griefs, la Commission a envoyé, le 31 octobre 1984, une série de documents aux avocats de ces dernières. Il s'y trouvait des copies d'instructions de prix données par les entreprises à leurs bureaux de vente, ainsi que des tableaux résumant ces documents. Les avocats de différentes entreprises ont refusé d'accepter les conditions assortissant la communication de ces documents et ont renvoyé ces derniers avant l'audition devant la Commission. En fait, les avocats contestaient la condition posée par la Commission, selon laquelle les documents ne pouvaient être portés à la connaissance des services commerciaux des entreprises concernées.

La première session d'auditions s'est déroulée du 12 au 20 novembre 1984. Au cours de celles-ci, plusieurs entreprises ont refusé d'entrer dans un débat sur la documentation qui leur avait été adressée le 31 octobre 1984, en faisant valoir que la Commission avait modifié son argumentation, qu'elles devaient en toute hypothèse avoir la possibilité de répondre par écrit et qu'elles n'avaient par ailleurs pas eu assez de temps pour étudier les documents en question avant l'audition devant la Commission.

Par une lettre commune du 28 novembre 1984 de BASF, DSM, Hercules, Hoechst, ICI, Chemie Linz, Montedipe, Petrofina et Solvay (à laquelle Hüls s'est ralliée par lettre du 4 décembre 1984), les avocats des entreprises concernées ont présenté des critiques sévères à deux égards. En premier lieu, ils ont fait valoir que la documentation qui leur avait été envoyée le 31 octobre 1984 soulevait de nouvelles questions, tant quant au droit qu'en matière de preuve. Les entreprises ont exposé ensuite qu'elles devaient

disposer d'assez de temps pour analyser les documents et présenter leurs observations écrites et avoir ensuite la possibilité de traiter ces questions dans le cadre d'une nouvelle audition. En outre, les entreprises ont contesté la condition selon laquelle leurs services commerciaux ne pouvaient pas avoir connaissance des documents. En second lieu, les entreprises ont fait valoir qu'à l'issue de la première session d'auditions, la situation se caractérisait pas un manque de clarté croissant et important quant à la position juridique adoptée par la Commission et contre laquelle les entreprises devaient se défendre. Selon ces entreprises, cette incertitude trouvait son origine dans des ambiguïtés substantielles dans les communications des griefs. Elles étaient enfin d'avis que l'incertitude s'était encore accrue lors des auditions. Elles ont affirmé que différents représentants de la Commission avaient tenté de donner des explications orales de la communication des griefs, lesquelles étaient difficiles à comprendre et leur paraissaient incohérentes et contradictoires entre elles.

Sur le premier point, les entreprises ont fait valoir plus précisément que le contenu des communications des griefs et la documentation qui leur était à présent adressée ne permettaient absolument pas de déterminer sur quelle partie des preuves avancées s'appuyaient les différentes constatations de la Commission. Elles ont ainsi affirmé qu'il était impossible, à partir de l'ensemble des documents, d'établir avec exactitude ce que la Commission faisait valoir contre chaque entreprise individuelle. Comme nous le verrons, c'est là une question qui interviendra de nouveau à un stade ultérieur de la procédure.

En outre, les entreprises ont soulevé la question du sens d'une expression dans la lettre

d'accompagnement du 31 octobre 1984, où il était écrit qu'il s'agissait d'un « échantillonnage représentatif » des instructions de prix et autres. A cet égard, les entreprises ont exprimé leurs craintes que la Commission puisse envisager d'utiliser d'autres preuves qui n'avaient pas été communiquées. Les entreprises ont estimé que cette situation était en contradiction avec l'arrêt de la Cour du 25 octobre 1983, AEG/Commission⁷. En ce qui concerne ce premier point, les entreprises ont ensuite exigé que la Commission soit identifiée toutes les autres instructions de prix prétendument comparables dont elle avait l'intention de se servir, ainsi que les documents sur lesquels se fondait une telle comparaison, soit confirme qu'elle renoncerait à s'appuyer sur de telles comparaisons non identifiées en vue d'une décision. Elles ont exigé en outre que la Commission lève l'interdiction de montrer les documents envoyés aux services commerciaux des entreprises. Enfin, elles ont exigé que leur soit donnée l'opportunité de commenter les nouveaux documents, tant par écrit qu'au cours d'une nouvelle audition.

En ce qui concerne le second point, les entreprises ont posé la question, qui est devenue par la suite l'un des problèmes principaux en l'espèce, de savoir dans quelle mesure il était nécessaire que la Commission précise dans chaque cas ce qu'elle considérerait comme un accord au sens de l'article 85, et ce qu'était une pratique concertée. Dès cette époque, les entreprises ont fait valoir que la notion de pratique concertée comportait un élément objectif, une pratique, alors que tel n'était pas le cas en ce qui concerne la notion d'accord, et ce point de vue a également été repris par la suite comme l'un des arguments principaux.

Comme cela a aussi été affirmé ultérieurement, les entreprises estimaient que la communication des griefs était très peu claire sur ce point et que ce manque de clarté s'était encore accru au cours de l'audition; c'est pourquoi elles ont demandé que la Commission explicite ses intentions.

La Commission a répondu à ces demandes en envoyant aux entreprises, le 29 mars 1985, une nouvelle série d'instructions de prix et de tableaux, en même temps qu'un résumé des preuves disponibles en ce qui concernait chaque initiative de prix pour laquelle il existait des documents. Il s'agissait toutefois pour l'essentiel des mêmes documents que ceux envoyés le 31 octobre 1984. Simultanément, la Commission a levé l'interdiction de montrer ces documents aux services commerciaux, accordant aux entreprises la possibilité de répondre par écrit et leur annonçant qu'elle était disposée à organiser encore une audition. En outre, la Commission a envoyé le même jour aux entreprises une lettre où elle répondait aux arguments de ces dernières selon lesquels aucune définition précise n'avait été donnée de l'entente dont la Commission alléguait l'existence.

Le point de vue de la Commission à l'égard de la relation entre accord et pratique concertée, tel qu'il a été porté à la connaissance des entreprises par lettre du 29 mars 1985, peut être résumé ainsi: pendant une longue période, la majorité des producteurs de polypropylène se sont concertés pour fixer, au cours de réunions régulières et institutionnalisées, des objectifs en matière de prix, de tonnages et de quotas, et pour adopter différentes mesures pour donner effet à ces projets. Après les réunions, les projets convenus ont été mis en œuvre au

7 — Affaire 107/82, Rec. p. 3151.

moyen d'instructions données aux services commerciaux. Le degré de consensus atteint en matière de prix et de tonnages, tel qu'il ressort des comptes rendus détaillés adoptés à l'époque même des réunions, amène à conclure que la collusion illicite entre les participants aux réunions est bien assimilable à un ou plusieurs accords au sens de l'article 85, paragraphe 1, ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Il en est ainsi, même si leur nature empêchait de les consigner par écrit ou de les imposer par des moyens légaux. Dans certains cas, les arrangements issus de la collusion peuvent avoir le caractère à la fois d'un accord et d'une pratique concertée, surtout lorsqu'ils sont complexes, étendus et soumis à une révision constante. On en trouve des exemples dans l'affaire Fedetab, où la Cour a jugé inutile de distinguer entre les différentes formes de comportement prohibé. Même si, dans le cas d'espèce, certains des arrangements passés par les producteurs ayant participé aux réunions ne présentent pas toutes les caractéristiques détaillées d'un « accord », ces producteurs ont néanmoins pris des mesures dans l'intention commune de coordonner leurs politiques commerciales. La forme exacte de la collusion incriminée n'a ainsi qu'une importance secondaire, et les producteurs ont participé à une entente illicite, dès lors que différents éléments peuvent entrer dans le concept d'« accord » et de « pratique concertée ». Également, même si l'on devait estimer qu'il convenait de considérer les arrangements anticoncurrentiels des producteurs envisagés dans leur ensemble plutôt comme une pratique concertée que comme un accord auquel s'ajouterait éventuellement une pratique concertée, l'interdiction inscrite à l'article 85 s'applique non seulement à leur comportement uniforme en matière de prix et de vente, mais également et a fortiori au stade de préparation et de réunion qui l'a précédé. Dans cette optique, les arguments visant à prouver que la situation décrite par la Commission constitue une « pratique

concertée » plutôt qu'un « accord », ou vice versa, risquent d'être vains.

En ce qui concerne Anic et Rhône-Poulenc qui n'avaient pas été impliquées dans la première étape, la Commission a estimé avoir obtenu assez de renseignements sur ces entreprises pour leur envoyer, le 29 octobre 1984, une communication des griefs correspondant à celle adressée aux autres. L'audition concernant ces entreprises, de même qu'ICI, a eu lieu pendant la seconde session d'auditions en juillet 1985. Toutes les entreprises, à l'exception de Shell qui, comme nous l'avons dit, n'avait pas non plus participé à la première session d'auditions, ont participé à cette seconde session qui s'est déroulée entre le 8 et le 11 juillet 1985, ainsi que le 25 juillet 1985.

Le projet de procès-verbal des auditions a été envoyé au comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes le 19 novembre 1985 et aux entreprises le 25 novembre 1985. Le procès-verbal définitif contenant les modifications et compléments demandés par les entreprises a été envoyé à ces dernières le 8 juillet 1986.

Comme cela ressort des débats devant le Tribunal, le comité consultatif est intervenu alors qu'il ne disposait pas de la version définitive du procès-verbal, tandis que la Commission, lorsqu'elle a traité l'affaire, disposait à la fois du projet et de la réponse et des demandes de modification des entreprises.

En liaison avec la publication de la décision attaquée, la Commission a tenu une conférence de presse et publié un communiqué de presse. Dans le compte rendu de la confé-

rence de presse rédigé par le bureau de presse, il est mentionné notamment que l'un des collaborateurs du commissaire Sutherland avait déclaré que la Commission pensait que les prix du polypropylène avaient été augmentés artificiellement de 15 à 30 % entre 1977 et 1982, et de 40 % en 1982, par l'effet de l'entente.

Ces circonstances ont suscité une importante série de critiques de caractère formel contre la décision contestée. Les plus importantes de ces critiques seront traitées ici dans la première partie, alors que celles qui n'émanent que de certaines entreprises seront traitées dans la deuxième partie dans les passages concernant chaque requérante.

Parmi les nombreux griefs que les entreprises, les actuelles requérantes, ont qualifiés de formels, on en trouve certains qui relèvent clairement du domaine de la procédure administrative, tels que la question de l'accès aux dossiers, alors que d'autres se trouvent à la limite entre ce qu'on peut naturellement caractériser comme une question formelle et les problèmes juridiques de fond, par exemple l'allégation de DSM en ce sens que la Commission n'a pas tenu suffisamment compte de la règle du bénéfice du doute. Dans d'autres cas encore, il semble que certaines des requérantes voient un avantage à redéfinir comme des questions formelles des problèmes juridiques qui relèvent clairement du fond. Cela peut entraîner un peu d'incertitude dans la qualification par les requérantes des problèmes traités, et il est également clair que ni la logique ni le droit ne permettent de tracer une frontière nette entre les questions qu'on peut qualifier de formelles et celles tenant au fond. Par ailleurs, il est tout aussi clair qu'une question doit être tranchée, indépendamment de sa qualification.

2. *Les principaux points de vue des requérantes*

Comme la Cour a eu l'occasion de le constater dans une série d'affaires, le principe du contradictoire est un principe absolument fondamental du droit administratif communautaire, y compris dans le droit de la concurrence. Ainsi, les entreprises impliquées doivent avoir accès aux documents et autres preuves que l'administration a l'intention d'invoquer contre elles, de même qu'elles doivent avoir la possibilité de commenter, aussi bien les documents pris pour base de la décision, que l'argumentation juridique sur laquelle se fonde cette dernière.

Dans les affaires en cause ici, les requérantes ont présenté une série de moyens qui ont en commun de faire valoir qu'elles estiment que le déroulement de la procédure et la décision ne leur ont pas donné des possibilités garantissant pleinement l'exercice de leur droit de se défendre. En outre, l'une des requérantes a contesté la manière dont la Commission traite les affaires de concurrence.

Les requérantes font valoir les principaux points de vue suivants:

— L'organisation interne de la Commission ne répond pas aux exigences qu'on est en droit de lui imposer, car

- a) ce sont les mêmes personnes qui, d'une part, procèdent aux investigations et, d'autre part, tranchent l'affaire

et

c) la motivation n'est pas suffisamment individualisée par rapport aux différentes entreprises.

b) le conseiller-auditeur a vu son domaine de compétence restreint par rapport à ce que prévoit la décision générale de la Commission sur la compétence du conseiller-auditeur.

Le premier point de vue principal cité soulève une question qui concerne des problèmes fondamentaux liés à l'action de la Commission dans les affaires de concurrence, ce qui nous amène à étudier de plus près le caractère de ces affaires en général.

— Les entreprises n'ont pas disposé d'un accès suffisant au dossier.

— Les entreprises n'ont pas reçu l'ensemble des documents pertinents.

— Les organes dotés d'un pouvoir de décision n'ont pas disposé de tous les éléments ni des éléments exacts fondant la décision.

Deux autres sujets tiennent dans une certaine mesure une place à part, du fait qu'ils ont déjà été traités dans le cadre d'une procédure devant la Cour fondée sur l'article 91. Il s'agit des questions de l'accès, d'une part, au rapport du conseiller-auditeur et, d'autre part, aux documents qui ont servi de base à la conférence de presse tenue en relation avec la publication de la décision. Par ailleurs, bon nombre des problèmes de vice de forme soulevés dans les présentes affaires ont déjà été débattus devant la Cour.

— Au cours de la procédure, la Commission a modifié son appréciation juridique de l'affaire.

3. *Caractère des affaires de concurrence*

— La décision n'est pas suffisamment motivée, notamment, car

A plusieurs égards, les requérantes ont soulevé des critiques de caractère plutôt général à l'encontre de la façon dont la Commission traite les affaires de concurrence. La question repose sur l'une des difficultés les plus importantes posées par le traitement des affaires de concurrence et qui apparaît ici dans une certaine mesure en relation avec l'examen des critiques formelles et dans une mesure encore plus grande en relation avec celui des questions juridiques de fond. Nous pensons ici à la zone de tension qu'on peut clairement constater — et peut-être plus encore dans les cas d'espèce que dans certaines affaires

a) elle ne répond pas de manière satisfaisante aux arguments des entreprises, pas plus qu'elle ne prend position sur les preuves fournies par ces entreprises,

b) la motivation est incohérente,

de concurrence antérieures portées devant la Cour — entre, d'une part, le cadre formel des affaires, constitué par une procédure administrative suivie d'un contrôle juridictionnel de légalité et, d'autre part, le contenu des affaires qui présente en gros toutes les caractéristiques d'une procédure pénale. Dans différents cas, les plaidoiries des parties ne sont compréhensibles que grâce à la terminologie et aux notions du droit pénal et de la procédure pénale.

Dans sa jurisprudence, la Cour a établi que le traitement de l'affaire dans le cadre de la Commission constitue une procédure administrative. Nous renvoyons à cet égard à l'arrêt du 15 juillet 1970, *Boehringer Mannheim/Commission*, point 23 (45/69, Rec. p. 769, 802), où il est constaté que la procédure devant la Commission ayant pour objet l'application de l'article 85 du traité CEE est de nature administrative, même lorsqu'elle peut aboutir à des amendes. Il en est résulté, dans l'affaire en question, que la décision de la Commission n'était pas illicite, bien que les membres de la Commission n'aient pas participé eux-mêmes aux auditions, mais aient laissé ce soin à des fonctionnaires, en application de l'article 9, paragraphe 1, du règlement n° 99.

La Commission n'est pas non plus une juridiction au sens où cette notion est employée à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme. C'est ce que la Cour a dit à plusieurs reprises⁸ et cela n'a pas été contesté par les organes créés dans le cadre de cette convention (voir la décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 9 février 1990⁹), dans laquelle

elle a pris position sur un prolongement des affaires *Pioneer*⁸. Comme le souligne toutefois expressément la Cour dans lesdits arrêts, la Commission doit, tout au long de la procédure administrative, respecter les garanties procédurales fixées par le droit communautaire. Il en résulte qu'on ne peut pas imposer purement et simplement à la Commission des exigences en ce qui concerne le système établi pour le traitement des questions de concurrence, mais que la Commission doit en toute circonstance respecter les règles écrites — ce qui va sans dire — mais aussi les principes non écrits, consacrés par la jurisprudence de la Cour. Dans les affaires *Pioneer*, la Cour a pris position sur l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne des droits de l'homme, en liaison avec l'argument selon lequel la décision contestée était illicite, car la Commission exerçait à la fois la fonction de poursuite et de décision, alors que dans les affaires *Fedetab*, elle s'est prononcée sur la question en relation avec l'infraction alléguée à une série de règles de procédure. Dans aucune de ces affaires, les entreprises n'ont vu confirmer leurs points de vue.

Compte tenu du fait que les amendes qui peuvent être imposées aux entreprises conformément à l'article 15 du règlement 17, malgré le paragraphe 4 de cet article, ont en réalité à notre avis, et compte tenu, dans une certaine mesure de l'arrêt *Öztürk*¹⁰ de la Cour européenne des droits de l'homme, un caractère pénal¹¹, il est essentiel que le Tribunal s'efforce de garantir une situation juridique qui ne pourrait encourir aucune critique justifiée au regard de la convention européenne des droits de l'homme. Aussi doit-on chercher à

8 — Arrêts du 29 octobre 1980, *Van Landewyck/Commission*, dit « *Fedetab* », points 79 à 81 (209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125, 3248), et du 7 juin 1983, dit « *Pioneer* », précité, points 6 à 8.

9 — Affaire 13258/87, *M. et Co./Allemagne*.

10 — Arrêt du 21 février 1984.

11 — Voir ainsi également *Pliakos: Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 1987, p. 145 et suiv.

assurer en tout état de cause, dans le cadre fixé par les règles existantes et la jurisprudence dont nous disposons, que la protection juridique dans la Communauté correspond aux normes jugées acceptables par ailleurs en Europe.

Dans ce contexte, il est également important de souligner que, pour décider si la ou les parties privées qui sont impliquées ont eu des possibilités suffisantes d'assurer leur défense, il faut considérer dans leur ensemble les règles, écrites ou non, d'un certain ordre juridique. Ainsi, par exemple, en l'absence, comme hypothèse de départ, d'un accès complet au dossier concernant tous les documents qui n'ont pas le caractère de documents de travail internes au sens strict du terme — qui n'existe pas dans le droit administratif communautaire — les exigences posées en ce qui concerne les autres garanties juridiques doivent être renforcées de manière notable: en effet, il faut qu'elles assurent le respect du principe fondamental selon lequel la partie privée doit avoir eu connaissance de tous les documents présentant une importance pour la solution de l'affaire, sans qu'il existe d'autres documents susceptibles d'être pertinents en l'espèce. C'est là le problème qui a été particulièrement débattu au cours de la procédure, en liaison avec les craintes des requérantes quant à l'existence de documents non portés à leur connaissance et censés démontrer les effets de l'entente, comme cela avait été allégué lors de la conférence de presse, ces documents pouvant avoir servi de base à la solution de l'affaire, notamment pour la fixation des amendes. Il est donc nécessaire de vérifier dans les moindres détails que la décision repose sur une base si solide que l'existence de documents pertinents, dont les entreprises n'auraient pas eu connaissance¹², ne

puisse être considérée que comme pratiquement exclue.

4. *Les modalités de travail internes à la Commission*

a) L'organisation interne des travaux de la Commission

Tant au cours de la procédure devant la Commission que de celle devant le Tribunal, Shell a fait valoir qu'en instruisant le dossier, la Commission avait négligé d'importantes garanties juridiques. Dans le cadre de l'argument en ce sens que la Commission a omis de s'acquitter de son « devoir d'agir équitablement », Shell précise que l'organisation des travaux de la Commission doit être de nature à permettre, d'une part, de garantir dans la plus large mesure qu'elle puisse se conformer à ce devoir et, d'autre part, que les entreprises impliquées dans des affaires devant la Commission, de même que le public, puissent avoir un degré raisonnable de confiance envers la Commission en tant que preneur de décision impartial. Dans ce contexte, Shell affirme qu'on peut exiger que, dans le cadre des procédures menées conformément aux règlements nos 17 et 99, la Commission soit tenue d'adopter une position objective et neutre en ce qui concerne l'ensemble des preuves et de tenir compte des arguments des requérantes qui peuvent faire naître des doutes sérieux quant à l'exactitude des points de vue provisoires exprimés dans la communication des griefs. Shell ajoute que ces exigences ne peuvent être satisfaites que par une division fonctionnelle entre le « stade de l'enquête » et le « stade de l'accusation » dans les services de la Commission. Aux dires de Shell, une telle division n'existait pas au moment des vérifi-

12 — Voir à cet égard l'arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, points 5 à 10 (322/81, Rec. p. 3461).

cations et de l'appréciation des présentes affaires, en toute hypothèse pas jusqu'à la date de l'envoi des communications des griefs. Shell présente une série d'exemples concrets, lesquels, d'après cette requérante, font apparaître que certains des éléments de l'affaire ont été appréciés de façon si partielle et déséquilibrée, qu'il y aurait lieu de constater que le déroulement des travaux au sein de la DG IV a été, par lui-même, de nature à influencer la décision au détriment de la requérante.

Après avoir décrit la réorganisation de la direction générale qui a eu lieu en 1984/1985, et qui, d'après la défenderesse permet de faire échec à cette critique, la Commission expose qu'il n'existe nulle part des règles lui imposant des modalités d'organisation de ses travaux internes en ce domaine. La Commission conteste en outre qu'on puisse rattacher la survenance d'éventuels défauts ou erreurs à une certaine manière d'organiser le travail. Selon la Commission, les exemples présentés par la requérante doivent donc être totalement renvoyés au débat sur les questions de fond. Enfin, la Commission remarque que plus de 20 membres de son personnel ont collaboré à la procédure.

A l'égard de ces développements, nous pensons qu'il convient tout d'abord de dire qu'il n'est en principe pas possible dans ce cas particulier, de déduire d'éventuels défauts ou de travaux pouvant être de faible qualité qu'en général l'organisation interne des travaux de la Commission présente des faiblesses. Même des instances administratives aussi bien organisées sur le plan interne qu'on puisse le concevoir et qui s'entourent de toutes les garanties juridiques imaginables peuvent commettre des erreurs. Au contraire, des organisations dont les moda-

lités internes de travail laissent peut-être à désirer en général, peuvent fournir un travail remarquable. C'est pourquoi nous sommes d'accord avec la Commission qu'on ne saurait se fonder sur d'éventuelles erreurs commises lors du traitement de l'ensemble formé par les présentes affaires pour constater que l'organisation interne de la Commission permet de supposer a priori qu'elle engendre des défauts tels que ceux que la requérante pense avoir démontrés.

D'un autre côté — comme nous le laissons entendre ci-avant — force est d'admettre, avec Shell, qu'en général le fait que la même instance administrative détienne une compétence qui lui permet, outre l'instruction et la poursuite, d'infliger des amendes aussi lourdes que celles du cas d'espèce, peut être un facteur de problèmes. Selon la jurisprudence de la Cour précitée¹³, il est toutefois établi que l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme ne fournit pas le moindre élément juridique concret permettant d'imposer à la Commission d'organiser son travail d'une manière déterminée. Ainsi, il semble qu'en invoquant les exigences usuelles de bonne pratique administrative, d'objectivité et de neutralité que personne ne saurait contester, et dont Shell pense à juste titre qu'elles doivent constituer le fil directeur s'agissant d'affaires de concurrence, cette requérante veut créer un principe imposant une organisation administrative déterminée des travaux; on ne peut toutefois déduire un tel principe, ni du traité, ni des règles fixées en application de ce dernier en ce qui concerne les procédures en matière de concurrence, ni d'une quelconque base juridique existante. C'est pourquoi il convient de rejeter les arguments de Shell en ce qui concerne les modalités internes de travail de la Commission.

13 — Voir note 8.

b) Le conseiller-auditeur

Article 6

Au début des années 1980, la Commission a jugé opportun de charger à l'avenir une personne disposant d'une certaine indépendance dans ses fonctions de diriger les auditions prévues à l'article 9, paragraphe 1, du règlement n° 99. C'est pourquoi la Commission a créé un poste de conseiller-auditeur à partir du 1^{er} septembre 1982 et y a nommé M. Roland Mussard qui a d'ailleurs dirigé les auditions dans les présentes affaires. La création du poste a été annoncée dans le onzième rapport sur la politique de concurrence. Dans le treizième rapport sur la politique de concurrence, la Commission a publié les termes du mandat conféré au conseiller-auditeur et c'est sur l'interprétation des compétences du conseiller-auditeur dans le cadre de ce mandat qu'aurait existé le désaccord entre le conseiller-auditeur et le commissaire responsable dont nous faisons état ci-avant au point 1.

Les dispositions pertinentes sont les suivantes:

« *Article 5*

Le conseiller-auditeur fait rapport au directeur général de la concurrence sur le déroulement de l'audition et sur les conclusions qu'il en tire. Il formule ses observations sur la poursuite de la procédure. Ses observations peuvent concerner, entre autres, la nécessité d'un complément d'information, l'abandon de certains points de griefs ou la communication de griefs supplémentaires.

Dans l'exercice des fonctions définies à l'article 2 ci-avant, le conseiller-auditeur peut, s'il l'estime approprié, saisir directement de ses observations le membre de la Commission chargé des questions de concurrence lorsqu'est soumis à ce dernier l'avant-projet de décision destiné au comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes.

Article 7

Le cas échéant, le membre de la Commission chargé des questions de concurrence peut décider, sur demande du conseiller-auditeur, de joindre l'avis final émis par celui-ci au projet de décision dont est saisie la Commission, de manière à garantir que celle-ci, lorsqu'elle se prononce sur une affaire individuelle en tant qu'instance décisionnelle, soit pleinement informée de tous les éléments de l'affaire. »

Il ne fait aucun doute que les compétences attribuées par ces articles au conseiller-auditeur dans le cadre de son mandat sont de nature à contribuer à ce que le commissaire responsable du domaine de la concurrence bénéficie des meilleures bases possibles pour sa décision, car non seulement il obtient une orientation de la part de la hiérarchie administrative habituelle, mais il peut également recevoir un rapport écrit ou oral émanant d'une personne qui, en toute indépendance vis-à-vis des autres services responsables, a assuré la direction de l'audition. Ainsi, la Commission a elle-même institué des garanties juridiques dont on peut dire qu'elles

vont au-delà des garanties de procédure administrative dont la jurisprudence de la Cour a exigé le respect ou qui résultent par ailleurs des bases réglementaires écrites.

Dès lors que la Commission a choisi d'instituer de telles règles qui ont la nature de garanties juridiques, on peut au moins affirmer qu'elle doit forcément les respecter, et ce même si elle n'était pas juridiquement tenue de se donner ces règles. Tel doit notamment être le cas lorsque les règles sont publiées pour les milieux intéressés, avec mention expresse de ce que ces règles ont pour but de renforcer les garanties de sécurité juridique pour les entreprises qui se trouvent dans la ligne de mire de la Commission. En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour sur la façon dont une administration est tenue par ses propres règles, nous renvoyons particulièrement à l'arrêt du 30 janvier 1974, *Louwage/Commission*, point 12 (148/73, Rec. p. 81, 89), où l'on peut lire que, même si une directive interne « ne saurait être qualifiée de règle de droit à l'observation de laquelle l'administration serait en tout cas tenue, elle énonce toutefois une règle de conduite indicative de la pratique à suivre, dont l'administration ne peut s'écarter sans donner les raisons qui l'y ont amenée, sous peine d'enfreindre les principes de l'égalité de traitement ». Dans l'affaire *Commission/Conseil* (81/72, Rec. 1973, p. 575), la Cour a fait les mêmes constatations et même, dans ce cas, en ce qui concerne le Conseil en tant qu'organe légiférant.

A cet égard, la disposition importante est l'article 6, selon lequel le conseiller-auditeur peut, lors de l'envoi de l'avant-projet de décision au comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, s'adresser directement au commissaire

responsable et lui communiquer ses observations. Or, en l'espèce, aucune preuve n'a été apportée indiquant que le conseiller-auditeur a été empêché de présenter ses observations au commissaire responsable, avant que le comité consultatif ne soit saisi. De même en ce qui concerne l'article 5, rien ne montre que le conseiller-auditeur a été empêché de présenter son point de vue au directeur général. Enfin, il n'est pas possible de déduire de l'article 7 du mandat une quelconque obligation du commissaire responsable de faire parvenir à la Commission le point de vue du conseiller-auditeur. Même s'il est malheureux, bien entendu, que le conseiller-auditeur et le commissaire responsable n'aient pas été tout à fait d'accord sur les objectifs des règles, rien, d'après nous, dans les présentes affaires n'étaye l'affirmation selon laquelle la Commission aurait omis de respecter les règles adoptées par elle.

En conséquence, il convient de rejeter les moyens présentés par une série de requérants en ce sens que la Commission aurait réduit de manière inacceptable les compétences du conseiller-auditeur.

5. *Accès au dossier*

a) Le rapport du conseiller-auditeur

Comme cela ressort du dossier, ICI a demandé la communication de ce rapport en formant son recours, dans le cadre d'une procédure spéciale devant la Cour, en application de l'article 91 du règlement de procédure. D'autres requérants ont de même demandé à la Commission de leur communiquer ce rapport, mais sans succès, et elles

ont alors fait valoir que l'absence de communication du rapport constituait un vice de procédure. Dans le cadre de la procédure fondée sur l'article 91, ICI a prétendu qu'il existait des différences importantes entre la décision contestée et certaines des déclarations émises par le conseiller-auditeur au cours de l'audition en ce qui concerne les affaires. A cet égard, la Commission a fait valoir que le mandat du conseiller-auditeur ne comporte aucune règle exigeant que le rapport de ce dernier soit communiqué aux entreprises. La Commission estime qu'il s'agit d'un document interne dont la publication pourrait être inopportune pour la Commission, car une règle ou une pratique en ce sens risquerait de dissuader le conseiller-auditeur ou les personnes impliquées dans l'affaire de s'exprimer librement dans le cadre de la procédure administrative.

La Cour a rejeté la demande d'ICI par ordonnance du 11 décembre 1986, en soulignant que le rôle du conseiller-auditeur est purement consultatif et que la Commission n'est nullement tenue de s'y ranger. En conséquence, de l'avis de la Cour, l'importance du rapport du conseiller-auditeur ne justifie pas que la Cour doive en tenir compte pour exercer son rôle de contrôle.

Au stade actuel de la procédure, il s'agit de savoir dans quelle mesure l'absence de communication du rapport du conseiller-auditeur peut être considérée comme un vice affectant la décision. Si les requérants demandent l'accès au rapport du conseiller-auditeur, c'est qu'elles estiment qu'il contient des points de vue qui diffèrent de ceux exprimés dans la décision.

Or, comme l'a dit la Commission, ce n'est pas le rapport du conseiller-auditeur qui fait ici l'objet du contrôle juridictionnel. Ce n'est pas à la lumière du rapport qu'il convient de contrôler la décision attaquée. Il n'est ni surprenant ni étrange que, dans une grande organisation administrative telle que la DG IV, un ensemble d'affaires aussi important que celui qui nous occupe engendre des opinions divergentes, tant en ce qui concerne les faits que les questions de droit dont, en toute hypothèse, certaines sont notoirement controversées. A l'issue du débat sur la solution à donner à l'affaire au sein de la Commission, y compris lorsqu'elle agit en tant que collège, une décision est prise et c'est sur le fondement matériel et juridique de cette décision que doit porter le contrôle du Tribunal. Selon nous, il serait tout à fait déraisonnable que la Commission soit obligée de présenter un document qui a le caractère de document de travail interne, si l'unique objectif est de prouver que l'un des membres du personnel de la Commission a, ou a eu, une conception des éléments matériels et juridiques différente de celle qui est devenue la conception définitive. Il est d'ailleurs significatif que, dans onze des douze États membres (à l'exception du Royaume-Uni) où la législation donne en principe accès aux dossiers également aux entreprises impliquées dans des affaires de concurrence nationales, les pièces qualifiées de documents de travail internes, telles que les procès-verbaux, les notes ou les comptes rendus, en sont généralement exclues. En règle générale, de tels documents reproduisent des considérations provisoires, y compris éventuellement une appréciation ancienne de l'affaire, maintenant abandonnée, qu'on ne juge pas nécessaire ni même opportun — et à juste titre à notre avis — de porter à la connaissance des parties ou de la partie. La seule justification raisonnable éventuelle de la communication d'un tel document est celle que la Cour a exposée dans l'ordonnance que nous venons de citer, où elle renvoie à une autre de ses

ordonnances, du 18 juin 1986, British American Tobacco et Reynolds Industries¹⁴, à savoir qu'un tel document puisse servir à vérifier s'il existe un détournement de pouvoir. Comme la Cour le déclare, un examen du dossier interne de la Commission en vue de vérifier si la décision de celle-ci a été influencée par des considérations autres que celles indiquées dans la motivation de la décision constitue une mesure d'instruction exceptionnelle. Le fait de l'utiliser suppose que les circonstances entourant la décision donnent lieu à des doutes sérieux quant aux motifs véritables, et notamment à des soupçons que ces motifs sont étrangers à ceux qui peuvent légitimement être invoqués en droit communautaire.

La présente procédure n'a fait apparaître aucun élément permettant de supposer un détournement de pouvoir. Ainsi la Commission pouvait légitimement refuser de produire le rapport. A notre avis, les moyens présentés à cet égard doivent donc être rejetés.

b) Documents de travail internes concernant la conférence de presse

Dans son ordonnance du 11 décembre 1986, la Cour a en outre pris position sur une demande, formée par ICI, d'accès à des documents internes de travail établis aux fins de la conférence de presse mentionnée ci-avant. Il ressort de l'ordonnance qu'ICI pensait — sur la base de différentes déclarations dans la presse — que la Commission avait tenu compte d'éléments dont il n'était pas fait état dans la communication des griefs et que les entreprises, dont ICI, n'avaient donc pas eu l'opportunité de

commenter. En outre, la décision contestée à présent ne ferait pas non plus apparaître ces circonstances. A cet égard, la Commission a déclaré qu'il est de bonne administration que ses collaborateurs puissent librement consigner par écrit leurs réflexions internes, sans que ces dernières parviennent automatiquement entre les mains de tiers. Comme nous l'avons dit plus haut en ce qui concerne la production du rapport du conseiller-auditeur, la Cour a déclaré tout d'abord dans ladite ordonnance que l'accès aux documents de travail internes de la Commission constituait une mesure d'instruction exceptionnelle, qui ne devait être utilisée qu'en cas de doute sérieux quant aux motifs réels d'une décision. La Cour a poursuivi en ajoutant que les affirmations d'ICI, fondées sur des déclarations dans la presse et selon lesquelles la décision reposait sur des motifs autres que ceux contenus dans la décision, n'étaient pas confirmées par les articles auxquels se référait ICI. La Cour a déclaré en outre que les déclarations de journalistes et les interviews de collaborateurs de la Commission ne pouvaient être assimilées à la position de l'institution qui est fixée dans la décision litigieuse. La Cour a estimé en conséquence qu'à ce stade de la procédure, il n'y avait pas de raison sérieuse de penser que la décision reposait sur des motifs autres que ceux qui y étaient énoncés.

Comme cela a été souligné au cours de l'audience, la Cour ne s'est prononcée dans cette ordonnance que sur la question telle qu'elle se présentait à l'époque. Ainsi, la Cour a expressément laissé ouverte la possibilité de l'apparition ultérieure de nouveaux éléments, susceptibles de présenter la question sous un autre jour, et au cours de la procédure juridictionnelle le représentant d'ICI a d'ailleurs demandé expressément au Tribunal de réexaminer cette question.

14 — 142/84 et 156/84, Rec. p. 1899.

D'après nous, il n'est pas surprenant que les requérantes aient été fortement préoccupées en voyant qu'il était question d'un effet de l'entente alléguée allant jusqu'à 40 % d'augmentation des prix, alors que cet effet n'est pas quantifié dans la décision. Selon la conception que nous défendrons ultérieurement dans nos conclusions, les effets d'une entente sur le marché n'ont d'importance que pour la fixation du montant des amendes. Mais, même dans cette perspective restreinte, on peut comprendre la crainte des entreprises que le taux indiqué au cours de la conférence de presse en ce qui concerne ces effets soit utilisé pour déterminer le montant des amendes.

Ni la procédure écrite ni l'audience n'ont fait apparaître le moindre élément susceptible d'expliquer définitivement ce qui s'est passé. L'indication la plus précise que nous ayons obtenue est la déclaration de la Commission lors de l'audience, selon laquelle il était possible que le fonctionnaire chargé de la conférence de presse ait éventuellement mal interprété les courbes figurant en annexe à la décision. L'image de marque de la Commission n'a rien à gagner au fait que son porte-parole dans une conférence de presse se livre à des déclarations telles que celles visées, si la décision ne les étaye en rien.

C'est toutefois un trait caractéristique des conférences de presse que les propos qui y sont tenus peuvent facilement paraître plus catégoriques qu'on ne le souhaitait, et le risque de déclarations inconsidérées est souvent présent. Ainsi, selon nous, de telles déclarations ne suffisent pas en général pour justifier le soupçon d'incorrection. A cet égard, il convient de souligner que les chiffres cités ne figurent pas dans la communication de presse publiée. Il faut en outre mentionner que, comme la Commission l'a

fait valoir dans ses observations dans le cadre de la procédure fondée sur l'article 91, l'annexe IX de la décision, qui constitue un document accessible au public, montre vraiment des augmentations de l'ordre de grandeur visé. Il n'est peut-être pas tout à fait incompréhensible que le membre du personnel de la Commission concerné ait pu déclarer dans ce contexte que les augmentations de prix citées représentaient les effets de l'entente. De même, à notre avis, aucun élément important en l'espèce ne ressort des extraits de presse produits. Le fait que des membres de la Commission aient pu avoir des opinions divergentes en ce qui concerne la politique à appliquer en matière d'amendes est d'aussi peu d'importance pour la solution de l'affaire que d'éventuelles considérations quant aux résultats de l'activité de lobby exercée, selon la presse, par les entreprises.

De leur côté, les requérantes n'ont pu relever aucun élément — encore moins d'éléments nouveaux — justifiant qu'elles soupçonnent la Commission d'avoir utilisé les chiffres cités en liaison avec la fixation des amendes ou par ailleurs dans le cadre de sa décision. Ainsi, nous estimons qu'il n'y a toujours pas de raison d'affirmer que les documents établis en vue de la conférence de presse auraient dû être produits dans la procédure. Nous proposons donc que les moyens des requérantes en ce qui concerne cette question soient rejetés.

c) Autres questions en matière d'accès au dossier et de communication de documents de preuve aux entreprises

Comme nous l'avons dit plus haut, le souci de bonne administration et de bonne justice

exige que les personnes ou les entreprises qui risquent de se voir infliger une amende, aient toutes les possibilités de se défendre. Cela implique que les intéressés aient connaissance de tous les documents pertinents.

Toutefois, le droit communautaire ne comporte pas de règle générale prévoyant un tel accès inconditionnel aux dossiers (voir plus particulièrement l'arrêt de la Cour VBVB et VBBB/Commission¹⁵).

La méthode élaborée par la Cour pour assurer l'exercice des droits de la défense est différente, à savoir que l'administration doit veiller à ce que « l'entreprise intéressée ait été en mesure de faire connaître utilement son point de vue sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence d'une infraction »¹⁶. Dans l'affaire VBVB et VBBB/Commission, la Cour part bien du principe que l'accès aux dossiers sera ordonné s'il existe des éléments concrets permettant du supposer qu'ont été utilisés des documents dont les entreprises n'ont pas connaissance, ce qui correspond à l'ordonnance citée sous a) et b). La Cour a ensuite précisé son point de vue en déclarant que ce n'est pas un document déterminé en tant que tel qui importe « mais les conclusions qu'en a tirées la Commission ». La Cour ajoute qu'une entreprise peu légitimement escompter que, dès lors qu'un document n'est pas mentionné dans la communication des griefs, il ne sera pas utilisé dans la décision. Il en résulte que ce document ne peut donc être considéré comme un moyen de preuve

dans le cadre d'une éventuelle procédure juridictionnelle¹⁷.

Dans son onzième rapport sur la politique de concurrence, la Commission a annoncé qu'elle donnerait aux entreprises l'accès aux dossiers dans les affaires de concurrence. On lit plus précisément à cet égard (p. 31-32):

« Suivant une jurisprudence constante de la Cour de justice, la communication des griefs peut se borner à énoncer, même sommairement, mais de manière claire, les faits essentiels sur lesquels la Commission se base, à condition toujours que celle-ci fournisse, au cours de la procédure administrative, les éléments nécessaires à la défense. A cet égard, la Commission n'a pas l'obligation de transmettre aux entreprises intéressées la totalité des documents sur lesquels elle fonde son raisonnement, mais il suffit qu'elle leur communique les seuls documents relatifs à des faits essentiels.

Conformément à cette jurisprudence, la Commission donne déjà aux entreprises la possibilité de commenter tout document et tout élément de fait qu'elle leur oppose dans sa communication des griefs. Dans les cas où les entreprises présentent une demande justifiée par la nécessité d'une meilleure compréhension du dossier, la Commission leur donne également la possibilité de prendre connaissance des documents eux-mêmes. La Commission a également pour pratique de communiquer dans la mesure du possible aux entreprises mises en cause la partie pertinente des plaintes formelles.

15 — Arrêt du 17 janvier 1984, points 23 à 25 (43/82 et 63/82, Rec. p. 19, 59).

16 — Michelin/Commission, précité, note 12.

17 — Voir l'arrêt du 25 octobre 1983, AEG/Commission, précité, point 27.

Elle envisage même d'aller au-delà des exigences formulées par la Cour en donnant en principe aux entreprises impliquées dans une procédure la faculté de prendre connaissance du dossier concernant l'affaire en cause. Tout examen de ce genre trouve cependant ses limites dans l'obligation qu'a la Commission de ne pas divulguer les secrets d'affaires d'autres entreprises et dans la nécessité de préserver le caractère confidentiel des documents internes ou de travail de la Commission. »

Les règles sur ce point ont été formulées de la manière suivante dans le douzième rapport (p. 40-41):

« La Commission a concrétisé l'intention qu'elle a manifestée dans le onzième rapport d'aller au-delà des exigences formulées par la Cour en améliorant l'exercice des droits de la défense au niveau de la procédure administrative. Elle accorde dorénavant aux entreprises impliquées dans une procédure la faculté de prendre connaissance du dossier les concernant.

Les entreprises sont informées du contenu du dossier de la Commission par l'adjonction à la communication des griefs ou à la lettre de rejet de la plainte, d'une liste de tous les documents composant le dossier, avec l'indication des documents ou parties de ceux-ci qui leur sont accessibles.

Les entreprises sont invitées à examiner sur place les documents accessibles. Si une entreprise souhaite n'en examiner que quelques-uns, la Commission peut lui en faire parvenir des copies.

La Commission considère comme confidentiels et, par conséquent, inaccessibles pour une entreprise déterminée les documents suivants:

- les documents ou parties de ceux-ci contenant des secrets d'affaires d'autres entreprises;
- les documents internes de la Commission, tels que les notes, projets ou autres documents de travail;
- toutes autres informations confidentielles, telles que celles permettant d'identifier les plaignants qui souhaitent ne pas voir révélée leur identité, ainsi que les renseignements communiqués à la Commission sous réserve d'en respecter le caractère confidentiel.

Lorsqu'une entreprise demande, pour un motif justifié, de consulter un document non accessible, la Commission peut mettre à sa disposition un résumé non confidentiel de ce document.

Afin de faciliter la détermination du caractère accessible ou non des documents, les entreprises sont désormais invitées, lorsqu'elles fournissent des informations, à préciser si, et dans quelle mesure, celles-ci devraient être considérées comme confidentielles.

Les modalités d'accès ainsi prévues devraient pouvoir s'appliquer sans difficulté sauf pour les dossiers constitués avant leur mise en

œuvre, pour lesquels il n'a pas pu être tenu compte de ces nouvelles dispositions et qui devraient être traités cas par cas. »

Dans le treizième rapport, la Commission expose plus précisément une série d'éléments relatifs à l'accès aux dossiers. On y lit, entre autres (p. 68):

« La Commission ne livre pas accès à son dossier avant d'avoir engagé une procédure formelle. Les entreprises n'ont donc aucune possibilité de le consulter avant d'avoir reçu de la Commission un exposé formel des griefs. Celui-ci comporte en annexe une liste des documents composant le dossier de la Commission, avec l'indication du niveau d'accessibilité de chacun. »

Dans son dix-huitième rapport sur la politique de concurrence (1988), la Commission écrit ce qui suit sur les expériences acquises (p. 52-53):

« Les arrêts de la Cour dans l'affaire 'AKZO/secret professionnel' et dans les affaires 'BAT/Commission' obligent la Commission à prendre des précautions particulières en ce qui concerne le traitement des informations confidentielles. Après avoir examiné ce problème avec soin, la Commission est parvenue à la conclusion que les principes dont s'inspirent les dispositions existantes doivent être conservés. Il est toutefois nécessaire de préserver la confidentialité de tous les documents dont la divulgation pourrait avoir des conséquences graves pour le fournisseur de ces informations. Il s'agit essentiellement des documents contenant des secrets commerciaux, mais éventuellement aussi d'autres documents

confidentiels appartenant à une entreprise qui peut ne pas souhaiter qu'ils soient communiqués à des tiers ou aux parties à la procédure. En principe, ces dernières ne devraient pas avoir accès, notamment, aux informations confidentielles (sensibles) fournies par des tiers au cours des enquêtes.

Lorsque des procédures sont engagées contre plusieurs entreprises concurrentes, la Commission doit, pour des raisons d'intérêt public, veiller à ce que l'accès aux dossiers n'aboutisse pas à un échange d'informations sensibles sur le plan commercial entre les entreprises qui font l'objet de la procédure. Cette règle est applicable même si les entreprises conviennent de lever réciproquement le caractère confidentiel de ces informations.

...

Les documents ou les informations peuvent être rendus accessibles aux parties à la procédure soit par l'accès au dossier, soit par l'envoi de copies, selon les circonstances... »

Comme on le voit, il existe donc pour l'instant deux systèmes concurrents qui ont tous deux pour objectif de permettre aux entreprises d'assurer leur défense. Cette situation a incontestablement contribué à engendrer certains des problèmes invoqués par les requérantes en liaison avec leurs arguments en ce sens qu'on ne leur a pas communiqué tous les documents pertinents.

Pour la plupart, les requérantes ont fait valoir qu'elles n'ont pas reçu certains des documents sur lesquels est fondée la décision de la Commission.

Il s'agit principalement de trois catégories de documents:

- 1) Documents qui n'ont pas été adressés aux entreprises, mais auxquels les entreprises ont eu accès pour en prendre connaissance, lorsque, en juin 1984, les requérantes ont pu accéder aux archives de la Commission.
- 2) Les documents qui ont été annexés à la communication des griefs générale, mais qui ne sont pas désignés de manière expresse ou identifiable dans les griefs.
- 3) Documents dont la Commission reconnaît ne pas les avoir envoyés aux entreprises à la suite d'une erreur.

Il existe en outre une quatrième catégorie, à savoir les documents qui, selon la Commission, ne « concernent » pas la requérante particulière, et pour lesquels la Commission fait valoir expressément dans les mémoires en défense que ces documents ne sont pas opposés à la requérante non « concernée » par ces derniers.

Quant à la première catégorie, plusieurs requérantes invoquent en premier lieu quelques circonstances pratiques, à savoir que les conditions de place et de copie dans le cadre de l'accès aux archives dont elles ont bénéficié ne leur assuraient pas des possibilités convenables d'étudier le dossier extrêmement important qui leur était présenté. La Commission conteste qu'il y ait eu des problèmes à cet égard. Les requérantes estiment toutefois que les problèmes pratiques qu'elles font valoir auraient dû suffire à

conduire la Commission à sélectionner les documents qu'elle envisageait d'utiliser.

Si l'on pense toutefois que les requérantes sont des entreprises qui peuvent se procurer toute l'aide concevable de la part d'experts, et qu'elles l'ont fait, elles ne sauraient valablement affirmer sans plus de détails que des problèmes pratiques les ont empêchées d'utiliser les possibilités offertes de prendre connaissance des documents qui leur ont été rendus accessibles.

Les requérantes ont toutefois fait valoir en outre que l'accès aux dossiers dont elles ont bénéficié n'était pas suffisant pour que la Commission puisse ensuite utiliser à leur encontre les documents qu'elles ont pu consulter. A l'appui de cette affirmation elles renvoient à la jurisprudence de la Cour précédemment citée, aux termes de laquelle des documents qui sont utilisés comme bases de preuve pour la décision doivent être cités expressément dans la communication des griefs ou, éventuellement, dans les communications complémentaires adressées aux requérantes. A cet égard, la Commission estime que des documents dont on a permis aux entreprises de prendre connaissance, doivent pouvoir être utilisés contre ces dernières.

Ce qui précède montre clairement le schisme qui s'est produit et sur lequel la Cour n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer.

Il ressort toutefois de la jurisprudence de la Cour qu'on ne peut pas exiger purement et simplement que la Commission envoie spontanément des copies de documents, si ces

derniers sont par ailleurs identifiés dans la communication des griefs de manière à permettre aux entreprises de demander une copie¹⁸. D'un autre côté, rien dans la jurisprudence existante n'indique que la Cour serait disposée à modifier son point de vue sur la manière dont un document doit être signalé à une entreprise pour pouvoir être utilisé comme preuve à son encontre. L'affaire AEG/Commission fournit un bon exemple à cet égard, car on aurait pu supposer que l'entreprise connaissait les documents qui avaient été trouvés chez elle.

L'accès aux dossiers, selon le système instauré par la Commission, a été offert aux requérantes dans les présentes affaires, alors que ce système existait depuis au moins un an après son annonce dans une publication parvenue, selon toute vraisemblance, à la connaissance des milieux intéressés. D'un autre côté, les bénéficiaires de l'accès aux dossiers ne pouvaient pas deviner que la Commission utiliserait la possibilité qu'elle leur accordait pour prétendre qu'il n'était pas nécessaire de viser expressément un document, ni en tout cas de l'envoyer. Dans ce contexte, une appréciation globale nous conduit à penser que la solution la plus correcte dans les présentes affaires serait d'ignorer dans chaque procédure les documents qui n'ont été ni envoyés à l'entreprise ni mentionnés dans la communication des griefs ou dans les documents envoyés ultérieurement¹⁹.

En ce qui concerne le deuxième groupe de documents que les entreprises ont reçus mais qui ne sont prétendument pas identifiés

dans la décision, le problème se pose d'une façon quelque peu différente. Il est établi que les entreprises ont reçu des copies de ces documents et la communication était en soi de nature à les prévenir que la Commission envisageait de les utiliser dans le cadre d'une décision éventuelle. Ainsi, les requérantes avaient la possibilité de se prononcer sur la valeur probante de ces documents et, d'après l'arrêt de la Cour AEG/Commission, c'est à cette fin que le document doit être « mentionné » dans la communication des griefs. Cela suppose bien entendu que les requérantes aient pu établir, avec un degré raisonnable de certitude sur la base de la communication des griefs, ce que la Commission cherche à prouver. Comme le montrera l'alinéa suivant, nous pensons que, dans la communication des griefs combinée à ses lettres du 29 mars 1985, la Commission a si bien mis en lumière ce qu'elle cherchait à prouver que, dès ce moment, l'optique dans laquelle les requérantes devaient lire chaque document et se prononcer à son égard ne pouvait échapper à ces dernières. Nous pensons donc que rien ne justifierait qu'on élimine ces documents de la procédure.

Il convient, conformément à ce que nous venons de dire, d'ignorer les documents qui n'ont pas été envoyés à la suite d'une erreur, à savoir la troisième des catégories nommées, à moins que dans la communication des griefs ou dans les lettres du 29 mars 1985 ils n'aient été mentionnés si clairement que les entreprises étaient en mesure d'en demander une copie. Les documents en question doivent être examinés en relation avec la question de savoir dans quelle mesure on peut penser qu'ils pouvaient être pertinents pour la défense des entreprises (voir ci-après en ce qui concerne le quatrième groupe de documents).

18 — Voir Schwarze: *Europäisches Verwaltungsrecht*, II, p. 1294, note 77, selon lequel les entreprises impliquées dans des affaires d'entente ont le droit en toute hypothèse, à leur demande, de recevoir une copie de documents pertinents.

19 — Voir la réaction de la Cour dans l'affaire AEG/Commission, précitée, note 17.

La quatrième catégorie pose moins de problèmes à cet égard, puisque la Commission fait valoir elle-même directement que les documents ne sont pas utilisés contre les requérantes individuelles. Notre tâche se limite donc ici à vérifier si le document n'a réellement pas été utilisé dans la procédure contre l'entreprise en cause. Le fait que la Commission affirme que certains documents ne « concernent » pas une entreprise déterminée pose toutefois des problèmes à deux autres égards.

C'est le cas, en premier lieu, pour la preuve de l'existence même de l'entente et notamment d'un accord ou d'un accord-cadre. D'après le système de présentation des preuves qu'elle a utilisé, la Commission a d'abord voulu présenter les preuves de l'entente elle-même, puis celles de la participation de chaque requérante. L'entente devrait être prouvée par les annexes à la communication des griefs générale c'est-à-dire par les « 101 documents de preuves », la participation des entreprises par les annexes envoyées à chaque requérante. Ainsi, dès lors que la Commission n'a pas envoyé l'ensemble des annexes à toutes les requérantes et a donc scindé en deux étapes la fourniture des preuves — selon une logique contestable fondée sur l'idée qu'on peut démontrer de manière autonome l'existence d'une entente, laquelle peut difficilement être formée d'autre chose que de la participation de chaque entreprise — c'est de cette situation que le Tribunal doit partir pour apprécier les preuves. Il faut examiner si l'existence même de l'entente peut être considérée comme prouvée sur la base des « 101 documents » sans tenir compte des annexes envoyées uniquement à des requérantes particulières en liaison avec la communication individuelle des griefs. Dans le cas contraire, on pourrait précisément prétendre que les documents ont été utilisés contre l'ensemble des requérantes.

En second lieu, la procédure utilisée par la Commission soulève des difficultés en relation avec la question de l'accès aux documents à décharge sur laquelle les requérantes ont insisté au cours de la procédure. D'après ce qui vient d'être dit, lesdits documents ne peuvent pas être utilisés contre les requérantes, mais celles-ci invoquent l'absence d'accès à ces documents comme une faute de procédure en faisant valoir que les documents pourraient éventuellement plaider en leur faveur.

La Commission décrit par exemple le contexte d'un défaut d'accès aux dossiers dans les termes suivants (BASF, mémoire en défense, p. 61, point 3.2):

« Des dix autres documents cités dans la requête p. 9 à 11, neuf n'ont pas été rendus accessibles à la requérante, soit parce qu'ils n'étaient d'aucune pertinence pour la procédure contre la requérante (ils ne concernent que les entreprises expressément mentionnées dans les différents documents), soit parce qu'ils contiennent uniquement une confirmation d'autres documents qui étaient connus de la requérante (cela vaut pour la note mentionnée au point 29 de la décision, concernant une réunion interne chez Shell, le 5 juillet 1979)... »

Cette citation montre non seulement que la Commission s'est privée par là d'une possibilité de renforcer d'autres preuves, qui ne sont peut-être pas très solides, mais également que la Commission pense en fait qu'il lui incombe, dans un ensemble d'affaires tel que celui-ci, de déterminer quels documents peuvent être intéressants pour telle entreprise dans le cadre de la défense de celle-ci. On peut comprendre qu'en liaison avec la procédure, la Commission ait mis l'accent,

peut-être fortement, sur les documents pouvant fonder la décision, mais il est moins compréhensible qu'elle n'ait pas pu prévoir les problèmes sérieux auxquels elle s'exposait en refusant d'accorder d'emblée et en tant que principe l'accès à tous les documents, à l'exception de ceux couverts par l'article 20 du règlement n° 17.

Comme cela a été souligné lors de l'audience, la Commission estime elle aussi que l'affaire doit être jugée sur la base d'une appréciation globale du poids des preuves. Le point de vue des requérantes selon lequel elles auraient dû avoir accès également aux documents qui ne sont utilisés que contre d'autres entreprises semble ainsi justifié. Dans ce contexte, nous pensons qu'il convient de constater que toutes les entreprises concernées doivent par principe avoir accès à tous les documents de preuves dans un ensemble d'affaires, tel que celui qui nous occupe, où il est particulièrement nécessaire de pouvoir parvenir à un résultat, s'agissant de preuves, sur la base d'une appréciation globale de toutes les circonstances de l'espèce.

Il est difficile de déduire de la jurisprudence de la Cour un indice clair en ce qui concerne la position de la Cour sur cette question. On trouve pourtant une indication dans l'affaire AEG/Commission (point 24, Rec. 1983, p. 3192), où il est dit que c'est à bon droit qu'AEG a fait valoir que la Commission ne pouvait se prévaloir d'un document dont une partie n'avait pas été communiquée à l'entreprise, « et qu'il n'appartenait pas à la partie défenderesse d'apprécier si un document ou une partie d'un document était ou non utile pour la défense de l'entreprise intéressée ». La Cour a ensuite exclu la totalité de ce document de la procédure. Il est ainsi établi que ce n'est

pas le rôle de la Commission d'apprécier ce que l'entreprise peut utiliser pour sa défense. A première vue, de telles déclarations ne correspondent pas particulièrement bien à la jurisprudence de la Cour selon laquelle, par ailleurs, comme nous l'avons examiné ci-avant, il n'existe pas d'accès général aux dossiers et le cadre de l'affaire est formé par les documents que la Commission a utilisés comme fondement de sa décision. D'un autre côté, cette jurisprudence n'a pas, en tout cas pas expressément, pris position sur l'accès aux dossiers en relation avec les documents de preuves existants dans une affaire mais qui, d'après la Commission, ne « concernent » pas un requérant déterminé.

Dans ces circonstances, on doit pouvoir constater que la jurisprudence de la Cour n'est en toute hypothèse pas en contradiction avec le point de vue selon lequel les requérantes auraient dû également avoir accès aux documents utilisés contre d'autres entreprises.

Il apparaît clairement, d'emblée, qu'il ne serait pas approprié de réagir en excluant de tels documents de la procédure, car l'objectif avoué des requérantes est justement d'utiliser éventuellement ces documents pour démontrer leur non participation à un ou plusieurs égards²⁰. En outre, il ne serait pas non plus raisonnable d'exclure de ce fait des documents qui sont éventuellement appropriés en tant que preuves contre d'autres entreprises.

Il convient de mentionner, entre parenthèses, que les requérantes doivent bien entendu avoir le droit de se prévaloir des

20 — Voir Lasok, K. P. E.: *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, p. 260, note 4.

documents qu'elles ont en fait réussi à se procurer, même si la Commission ne pense pas qu'ils concernent l'entreprise en cause [voir par exemple l'utilisation par Shell du document de Solvay du 6 septembre 1977, dont Shell a pris une copie lorsqu'elle a eu accès aux archives (mémoire en défense dans l'affaire Shell, p. 69)]. En aucune manière les documents ne peuvent être considérés comme « obtenus frauduleusement ».

Si, dans une affaire, apparaissent des documents qui n'ont pas été communiqués aux requérantes alors qu'ils auraient dû l'être et qu'ils peuvent avoir une importance pour leur défense, il n'y a, à notre connaissance, que deux réactions possibles. Soit la décision doit être annulée, en partant du principe que le rôle du Tribunal consiste uniquement en un contrôle de légalité, si après avoir apprécié le contenu des documents on doit constater qu'ils ont pu avoir une importance réelle pour des requérantes autres que celles qui, d'après la Commission, sont « concernées » par ces documents. Ou alors le Tribunal doit se charger d'apprécier concrètement quelle importance présentent pour l'affaire Y des preuves qu'on ne trouve que dans l'affaire X.

Il faut toutefois exiger en toutes circonstances que les documents aient pu avoir une importance réelle et concrète. Dans les présentes affaires, aucun des documents rencontrés qui n'ont pas été envoyés à toutes les entreprises, tel que par exemple le document de Solvay qui vient d'être cité, n'était de nature à modifier le tableau de la situation sur un point important. Étant donné les preuves relativement claires et convaincantes qui existent quant à la plupart des griefs de la Commission, il ne nous paraît en outre pas vraisemblable que les

documents visés, non produits dans la procédure (et qui sont peu nombreux), seraient susceptibles d'entraîner une appréciation des preuves si différente qu'on devrait aboutir à un autre résultat.

6. Modification de l'appréciation juridique au cours de la procédure

Conformément à l'article 19, paragraphe 1, du règlement n° 17 (voir les articles 1^{er} et 2 du règlement n° 99), la Commission donne aux entreprises à l'égard desquelles elle envisage d'adopter une décision en application des articles 85 et 86 du traité, une communication écrite des griefs retenus contre elles. C'est ce qui établit l'objet du litige et c'est sur cette base que les entreprises concernées ont la possibilité d'exprimer leur point de vue avant que la décision ne soit adoptée (voir l'article 4 du règlement n° 99).

Dans les présentes affaires, plusieurs des requérantes ont allégué une modification de l'appréciation juridique de l'affaire au cours de la procédure administrative. Ce moyen, qui est invoqué avec une insistance particulière par les requérantes Hoechst, Hüls et Chemie Linz, sera examiné ci-après.

Le moyen selon lequel la Commission a modifié son appréciation juridique de l'affaire en cours de procédure peut être résumé comme suit: selon les requérantes, pendant toute la procédure administrative, la Commission a fait état d'une longue série d'infractions à l'article 85, paragraphe 1, alors que ce n'est que dans sa décision qu'elle a qualifié l'ensemble des circonstances d'accord unique ou, comme au point

81, troisième alinéa, de la décision, d'« accord-cadre ». Les requérantes qui ont fait valoir cet argument s'appuient sur les termes utilisés tant dans la communication des griefs que dans les lettres de la Commission du 29 mars 1985. La Commission rétorque sur ce point que, dès la communication des griefs et la lettre du 29 mars 1985, son exposé de l'affaire correspondait au point de vue exprimé dans la décision. La Commission ajoute que la jurisprudence de la Cour n'impose pas une identité absolue entre, d'une part, la communication des griefs et, d'autre part, la décision.

L'argumentation plus précise des requérantes en ce sens que la modification alléguée de la qualification juridique a restreint leurs possibilités de se défendre peut être résumée ainsi: un accord-cadre précède nécessairement et par définition des accords isolés. Un accord-cadre constitue un acte juridique par lequel les parties contractantes fixent à l'avance des règles qui doivent par la suite être respectées et concrétisées dans les cas particuliers. Un accord-cadre s'appuie, au moins partiellement, sur d'autres conditions de droit et de fait qu'un comportement continu. Alors que la preuve d'un accord-cadre dispense la Commission de l'obligation de produire la preuve irréfutable d'accords isolés ou d'autres mesures restreignant la concurrence, la qualification d'infraction continue au sens juridique consiste à rassembler a posteriori des actions isolées pour les ramener à un comportement unique. A l'inverse de l'accord-cadre, l'infraction continue présuppose toutefois la preuve d'une série ininterrompue d'accords isolés. L'« accord-cadre » d'une part et l'« infraction continue » d'autre part sont donc des notions qui diffèrent l'une de l'autre, aussi bien en ce qui concerne leurs conditions de fait que leurs conséquences juridiques. Selon les requérantes, ce qu'elles décrivent comme un changement de position

de la Commission est l'expression du fait que les observations des entreprises ont permis à la Commission de s'apercevoir que les preuves d'une infraction continue étaient insuffisantes, ce qui l'a conduit à faire valoir à présent qu'il existait un accord-cadre pour pouvoir continuer à maintenir qu'une entente avait existé pendant toute la période de 1977 à 1983.

Les requérantes estiment ainsi que la décision comporte une modification importante de fondement, car il convient à présent de répondre à une accusation formulée comme un « accord unique et continu au sens de l'article 85, paragraphe 1 » et contre l'accusation d'« accord-cadre qui s'est traduit par une série de sous-accords plus détaillés élaborés à intervalles périodiques », ce qui est exprimé à l'article 1^{er} de la décision par les termes: « en participant ... à un accord et une pratique concertée remontant au milieu de l'année 1977 ». Les requérantes de langue allemande opposent à cela le premier paragraphe de la communication des griefs où il est dit en allemand que la décision concerne « eine Vielzahl » (un grand nombre) d'accords et/ou de pratiques concertées et le fait que, tout au long de la communication, il est question d'accords, de pratiques concertées, d'infractions etc., le tout au pluriel.

La Commission a rétorqué sur ce point en premier lieu en invoquant la jurisprudence de la Cour²¹, selon laquelle la décision ne doit pas nécessairement être une copie de l'exposé des griefs. Conformément à ces arrêts, la Commission doit en effet tenir compte des éléments résultant de la procédure administrative, que ce soit pour aban-

21 — Arrêts du 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma/Commission, points 91 à 93 (41/69, p. 661, 693), et du 29 octobre 1980, Van Landewyck/Commission, précité, points 67 à 74.

donner des griefs qui se seraient révélés mal fondés, ou en vue d'aménager et de compléter les arguments en fait et en droit à l'appui des griefs qu'elle maintient. Comme le déclare la Cour, cette possibilité n'est pas en contradiction avec l'article 4 du règlement n° 99.

A cet égard, la Commission rappelle qu'elle faisait déjà valoir en plusieurs endroits dans les griefs communiqués aux requérantes le 25 mai 1984 l'existence d'une collusion continue et institutionnalisée (voir points 128 et 132). Dans sa lettre du 29 mars 1985 concernant les accords et pratiques concertées, la Commission avait dit par ailleurs qu'elle n'excluait pas la possibilité d'un « accord central » entre les quatre plus grands producteurs et que les accords en ce qui concerne les autres participants reposaient sur un plan suffisamment détaillé pour pouvoir être assimilé à un « accord » ou des « accords » au sens de l'article 85. Selon la Commission, les précisions ainsi apportées étaient suffisamment claires pour permettre de formuler une défense appropriée. Pendant la procédure administrative, un débat spécifique et approfondi en ce qui concerne le véritable caractère de l'entente était possible et la Commission a tiré les conséquences de ce débat dans sa décision, de même que les requérantes ont largement utilisé leurs possibilités de se défendre.

Il n'est guère étonnant que ce soit justement trois des requérantes de langue allemande qui ont particulièrement fait valoir l'argument dont nous débattons ici, car le premier point de la communication générale des griefs était formulé de manière légèrement différente en allemand et dans les autres langues utilisées en l'espèce. Alors qu'en anglais on dit que la communication concerne « a complex of agreements and/or

concerted practices », en français « un ensemble d'accords et/ou de pratiques concertées », en italien « un complesso di accordi e/o di pratiche concordate » et en néerlandais « een geheel van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen », il est question, comme on l'a dit, dans la version allemande de « eine *Vielzahl* von Vereinbarungen und/oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen » (c'est nous qui soulignons). Alors que, dans ses observations écrites, la Commission ne l'a pas expressément mentionné, elle a prétendu lors de l'audience, en se référant spécialement au terme « ensemble », qu'elle avait dès le départ fait valoir que l'infraction à l'article 85, paragraphe 1, consistait dans la totalité des accords, etc., considérés globalement et non dans les accords isolés.

Alors que dans les autres langues on peut raisonnablement dire que le point 1 de la communication des griefs vise une somme ou un ensemble d'accords dans le sens allégué par la Commission, il ne semble pas que cela puisse être le cas en allemand, car le terme « *Vielzahl* » ne peut désigner qu'un nombre (important) d'accords, etc., et non pas la somme de ces derniers. La première étape de l'examen de ce moyen doit donc consister à chercher à établir si l'on peut faire abstraction du mot « *Vielzahl* », dans la mesure où les autres parties de la communication des griefs ainsi que la lettre de la Commission du 29 mars 1985 auraient donné aux requérantes des indices assez probants pour leur permettre de savoir ce dont il était question. Il faut donc vérifier si les requérantes pouvaient savoir, sur la base des autres éléments disponibles, qu'il ne s'agissait pas d'une « *Vielzahl* » mais d'un « ensemble ». En cas de réponse affirmative à cette question, on doit ensuite se demander si en confrontant, d'une part, la communication des griefs et la lettre de la

Commission du 29 mars 1985 avec, d'autre part, la décision, on obtient une image assez homogène pour permettre de parler d'une simple restructuration ou d'un complément de l'appréciation juridique des griefs ou si, comme le prétendent les requérantes, les bases étaient complètement nouvelles.

Dans la communication des griefs qu'elle a envoyée, la Commission a décrit de manière chronologique et sous une forme très détaillée ce qui s'est produit selon elle et cela, qui constituait la partie en fait de la communication générale des griefs, n'a d'ailleurs donné lieu qu'à des critiques dispersées dans le contexte que nous examinons ici.

Au point 127 de la version allemande, on lit notamment « ... ob sämtliche Regelungen und Massnahmen... », alors que, dans les autres versions, on trouve « a complex », « l'ensemble » ou des expressions comparables. Au point 128, la Commission mentionne — de manière concordante dans les versions linguistiques²² — « ... la collaboration permanente entre les parties dans le cadre des réunions... ». Au point 132, dernière phrase, les termes utilisés sont les suivants: « En effet, les producteurs visaient à contrôler le marché et une coopération permanente et institutionnalisée à un haut niveau a été substituée au jeu normal des forces concurrentes. » Le contenu pertinent de la lettre du 29 mars 1985 est résumé plus haut.

Les extraits cités ici des documents décisifs, nous convainquent que, sauf en ce qui

concerne les versions allemandes, il devait être clair pour les entreprises que, pour la Commission, ce qui tombait sous le coup de l'article 85 était, non pas les éléments isolés en tant que tels et chacun en soi, mais la coopération permanente et institutionnalisée. Dans la décision, on peut lire dans le même sens qu'il s'agit d'un « accord » etc., de même que de « tout un ensemble de plans... », d'un « plan d'ensemble », de « tout l'ensemble de plans et d'arrangements », d'un « large consensus sur un plan » et d'un « accord-cadre ».

Pour sa part, la décision n'est pas parfaitement claire quant au point de savoir dans quelle mesure elle vise un accord antérieur ou ce que certaines requérantes qualifient « d'infraction continue » soit, en d'autres termes, de savoir si la Commission estime que la coopération était de nature à pouvoir être qualifiée globalement d'accord-cadre ou si elle pense qu'il y avait un accord dès le départ. Cela a fait l'objet de vives critiques. Mais la décision donne exactement la même impression générale — même si ce n'est peut-être pas extrêmement clair — que c'est la coopération permanente et institutionnalisée en tant que telle qui tombe sous le coup de l'article 85, paragraphe 1.

La situation est peut-être un peu moins certaine en ce qui concerne les versions allemandes de la communication des griefs, mais, malgré les formulations quelque peu imprécises, la qualité des destinataires de la communication des griefs permet de penser que ces derniers savaient très bien que la Commission ne faisait pas valoir chacun des éléments en soi.

Dans l'arrêt de la Cour ACF Chemiefarma/Commission²³, la déclaration précitée en ce

22 — Dans le texte allemand on parle de « fortgesetzte Zusammenarbeit », ce qui peut signifier « collaboration permanente » mais qui, naturellement, fait penser à « comportement continu » au sens pénal.

23 — Précité, note 21.

qui concerne l'interprétation de l'article 4 du règlement n° 99 est un peu précisée, sans que l'arrêt permette par ailleurs de voir de quelles différences entre la communication de griefs et la décision il s'agissait. Au point 94 de l'arrêt, il est dit que la disposition citée est respectée si la décision ne met pas à la charge des intéressés des infractions différentes de celles visées dans la communication des griefs et ne retient que des faits sur lesquels les intéressés ont eu l'occasion de s'expliquer.

L'arrêt Van Landewyck/Commission²⁴ visait une situation dans laquelle la Commission s'était bornée à mentionner, dans la seconde des deux communications des griefs, la première des conditions d'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, alors que, dans la décision, elle s'était exprimée sur deux des autres conditions visées à l'article 85, paragraphe 3, ce que la Cour a caractérisé comme constituant deux griefs nouveaux (point 70). Compte tenu de ce que les requérantes s'étaient en fait largement expliquées au sujet de l'ensemble des conditions lors de la notification, que l'une des conditions était expressément mentionnée dans la première communication des griefs et que la Commission avait résumé dans sa décision les déclarations des requérantes au sujet de cette condition, le moyen a été rejeté pour autant qu'il concernait cette condition, car, comme cela est dit entre autres choses, les deux communications devaient être considérées dans leur ensemble. En ce qui concerne la seconde condition, la Cour a rejeté le moyen de la requérante en faisant valoir que le contenu de cette condition constituait le fond même de la seconde communication des griefs — à laquelle avait répondu la requérante — même si c'était dans un autre cadre que celui décrit dans la décision.

Comme nous l'avons dit, personne n'allègue ici que la décision et la communication des griefs sont fondées sur des circonstances de fait différentes. En conséquence il s'agit de savoir dans quelle mesure la Commission a le droit de modifier les bases juridiques en restructurant son argumentation. Il ne semble pas que l'arrêt ACF Chemiefarma/Commission prenne position sur cette question en réalité. La seule chose qu'on puisse vraisemblablement tirer de l'arrêt Van Landewyck/Commission est que l'ajout d'un ou plusieurs éléments de droit de même caractère que ceux fondant la solution retenue par la Commission revient à ajouter un ou plusieurs griefs au sens de l'article 4, sans que cet arrêt prenne position sur la question de la modification de la qualification juridique. L'intéressant toutefois dans ce dernier arrêt est que la Cour cherche en réalité à savoir, par une appréciation concrète des circonstances de l'affaire, dans quelle mesure les requérantes ont en fait eu la possibilité de s'exprimer sur ce qui est devenu par la suite une partie des fondements de la décision (et en ont fait usage).

Il semble donc nécessaire de rechercher concrètement si les requérantes concernées ont réellement compris la communication des griefs dans un sens correspondant au contenu de la décision. Dans sa réponse à la communication des griefs, Hoechst déclare que la Commission fait valoir « un accord et/ou une pratique concertée » à l'encontre de l'entreprise, sans analyser la qualification juridique en relation avec la notion d'« accord-cadre » ou d'« infraction continue ». Ni Hüls ni BASF n'ajoutent quoi que ce soit qui puisse donner un indice dans l'un ou l'autre sens. Au contraire, Chemie Linz se réfère au point 1 de la communication en citant les mots « eine Vielzahl von Vereinbarungen und/oder abgestimmten Verhaltensweisen », sans discuter plus précie-

24 — Précité, note 8.

sément du sens de cette expression. On ne peut donc tirer aucun élément clair de cet examen de la réponse des entreprises.

La réponse aux communications des griefs montre toutefois qu'en dehors de certaines discussions juridiques tout à fait sporadiques qui ne concernent pas la présente question, les requérantes se contentent de discuter des circonstances de fait que leur oppose la Commission, sans que, en aucune manière, ces réponses n'indiquent que les entreprises pensaient à la façon dont elles constitueraient leur défense plus tard. Il n'y a ainsi pas de bases suffisantes pour supposer que la formulation de la communication des griefs a entraîné les entreprises, lors de leur réponse, dans une voie juridique déterminée n'ayant rien à voir avec celle suivie plus tard par la Commission dans sa décision.

En dépit de l'absence de concordance parfaite entre la communication des griefs et la décision, nous sommes donc d'avis, même en ce qui concerne les versions en langue allemande, qu'il n'y a aucune infraction à l'article 4 du règlement n° 99, mais au contraire une précision licite de l'appréciation juridique de l'affaire, à la lumière des réponses aux communications des griefs.

7. Compte rendu de l'audition devant la Commission

Plusieurs requérantes ont fait valoir que le fait que le comité consultatif n'ait disposé que du projet de compte rendu élaboré par la Commission lorsqu'il s'est prononcé conformément à l'article 10 du règlement n° 17 et non de la proposition de modifica-

tion envoyée par les requérantes constitue un vice de procédure. Des critiques correspondantes ont été émises en ce qui concerne les membres de la Commission lorsqu'ils ont pris la décision.

La Commission a expliqué que les remarques des requérantes en ce qui concerne le compte rendu n'étaient pas disponibles lorsque le comité consultatif a émis son avis. En revanche, les commentaires des requérantes étaient joints au projet de compte rendu lorsque l'affaire a été soumise à la Commission pour qu'elle se prononce. De leur côté, les requérantes ne contestent pas les explications de la Commission.

La Commission ne nie pas expressément qu'il y a là un vice de procédure mais elle fait valoir, en se référant particulièrement à l'arrêt de la Cour du 10 juillet 1980, *Distillers Company/Commission*²⁵, qu'on ne pouvait pas considérer que ce qui s'était passé avait influencé le contenu de la décision. La Commission souligne que l'envoi du projet de compte rendu n'est assorti d'aucun délai, de même qu'à son avis il n'y a aucune règle sur le point de savoir qui doit recevoir le projet ou le compte rendu définitif.

La Commission fait valoir plus précisément que, en l'espèce, tant les commissaires que le comité consultatif se sont prononcés en pleine connaissance des points de vue des requérantes. En ce qui concerne le comité consultatif, cet avis est fondé sur le fait que des représentants de l'ensemble des États membres ont participé à l'audition devant la Commission, même si la Grèce et le Luxem-

²⁵ — 30/78, Rec. p. 2229.

bourg n'ont participé aux réunions qu'en 1984. Selon la Commission, il est sans importance à cet égard que ce soit le même fonctionnaire qui, à la fois, assiste aux auditions et participe aux réunions du comité consultatif. Enfin, la Commission invoque de manière générale le fait que les requérantes n'ont pas prétendu que le projet de compte rendu ne comportait pas la reproduction correcte de leurs déclarations les plus importantes.

Comme l'a déclaré l'avocat général M. Warner²⁶, le contenu, notamment, des dispositions des articles 10 du règlement n° 17, et 9, paragraphe 4, du règlement n° 99, conduit à estimer que, aussi bien le comité consultatif que les membres de la Commission doivent disposer d'un compte rendu définitif et approuvé de l'audition devant la Commission lorsque le comité donne son avis ou que les commissaires prennent la décision.

Ce point de vue paraît trouver un appui dans les arrêts de la Cour *Buchler & Co./Commission*²⁷ et *ICI/Commission*²⁸.

Bien sûr, la Cour ne prend pas de position directe ni expresse en ce qui concerne le problème, mais elle rejette les critiques dans les affaires précitées en faisant valoir qu'on n'a pas constaté, entre le compte rendu définitif et approuvé et le projet, de divergences assez grandes sur les points importants pour

permettre de penser que le comité consultatif ou les membres de la Commission aient pu être induits en erreur sur les déclarations des requérantes lors de l'audition devant la Commission.

Ce que nous savons dans les présentes affaires permet d'abord, à notre avis, de supposer que les membres de la Commission ont disposé des bases nécessaires à leur décision.

En ce qui concerne en second lieu le comité consultatif, il faut rechercher, conformément à la jurisprudence de la Cour, dans quelle mesure on peut constater des divergences qui peuvent être considérées comme susceptibles de donner aux membres du comité une impression inexacte des déclarations des différentes requérantes. Plusieurs de ces dernières ont avancé leur argument de manière globale sans préciser où étaient les divergences. D'après nous, cela ne suffit pas. On doit exiger que la requérante concernée ait fait état expressément des points importants de divergences entre le compte rendu et le projet. En l'absence d'un tel exposé précis et détaillé de la part des requérantes sur les points du projet de compte rendu qui, selon elles, sont réellement trompeurs, le Tribunal ne peut pas exercer sa fonction de contrôle. Dans des affaires telles qu'en l'espèce, il ne saurait incomber au Tribunal d'examiner, page par page, les comptes rendus respectivement provisoire et définitif, en vue de constater quelles divergences apparaissent, pour apprécier ensuite ce qui pourrait éventuellement justifier les critiques des requérantes. Comme aucune de ces dernières n'a précisé ses griefs, il convient selon nous de rejeter ceux-ci au seul motif des raisons de procédure exposées ici.

26 — Dans l'affaire *Distillers Company/Commission*, précitée (note 25), p. 2294 et suiv.

27 — Arrêt du 15 juillet 1970 (44/69, Rec. p. 733, 755).

28 — Arrêt du 14 juillet 1972, points 27 à 32 (48/69, Rec. p. 619, 654).

B — Motivation de la décision

1. L'exigence de motivation en général

Les requérantes ont, dans leur majorité, fait valoir que la décision de la Commission n'est pas suffisamment motivée. Nous prendrons position ici sur une série de points de vue qui sont, pour l'essentiel, communs à plusieurs ou à toutes les requérantes. La question de la motivation en ce qui concerne le montant des amendes sera traitée ci-après dans la troisième partie.

Conformément à l'article 190 du traité, les actes juridiques, notamment de la Commission, doivent être motivés. L'exigence de motivation a pour but de donner aux destinataires des actes la possibilité d'apprécier si la décision est correcte du point de vue matériel, mais elle doit également servir de base à un contrôle juridictionnel de la décision administrative. En outre, une exigence de motivation détaillée des actes administratifs peut être de nature à obliger l'administration à expliciter pour elle-même les raisons d'une décision²⁹.

En ce qui concerne l'obligation de motivation, la Cour a dit de manière générale qu'elle doit être considérée comme satisfaite lorsque la motivation indique de manière claire et cohérente les considérations de fait et de droit qui fondent la décision³⁰. Conformément à ce dernier arrêt, cela vaut également lorsqu'il est question d'une décision imposant des amendes. La portée de l'obligation de motivation dépend dans une

large mesure de ce qu'il faut motiver et elle doit être appréciée à la lumière du contexte en droit et en fait. Ainsi, par exemple, dans les cas où l'administration dispose d'un large pouvoir d'appréciation, elle doit exposer de manière approfondie dans la motivation les considérations sur lesquelles elle s'est fondée dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation³¹. Le caractère relatif de l'obligation de motivation est souligné avec une clarté particulière, par exemple, dans l'arrêt Usinor/Commission³², où il est dit notamment que la question de savoir dans quelle mesure l'exigence de motivation est satisfaite doit être appréciée en fonction des circonstances de l'espèce, notamment du contenu de l'acte, de la nature des motifs invoqués et de l'intérêt que le destinataire peut avoir à recevoir des explications.

En dehors de cela, il peut être difficile d'indiquer plus précisément les exigences applicables de manière générale au contenu et à la portée de la motivation. Dans une affaire concernant un autre domaine juridique³³, à savoir la libre circulation des travailleurs, la Cour a déclaré que, lorsqu'il s'agit d'assurer la protection effective d'un droit fondamental conféré par le traité aux travailleurs de la Communauté, il convient que ces derniers puissent défendre ce droit dans les *meilleures conditions possibles* et se voient reconnaître la faculté de décider, *en pleine connaissance de cause*, s'il est utile pour eux de saisir la juridiction. A notre avis, les exigences relatives à la motivation dans des affaires telles que les présentes, notamment en raison des conséquences importantes que ces dernières sont susceptibles de comporter, peuvent difficilement être moins strictes.

31 — Arrêt du 15 juillet 1960, Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e.a./Haute Autorité (36/59, Rec. p. 856).

32 — Arrêt du 1^{er} juillet 1986, Union sidérurgique du Nord et de l'Est de la France (Usinor) SA/Commission, point 20 (185/85, Rec. p. 2079, 2098).

33 — Arrêt du 15 octobre 1987, Heylens (222/86, Rec. p. 4112).

29 — Voir Schwarze, p. 1349, note 84.

30 — Voir l'arrêt ACF Chemiefarma/Commission, précité (note 21), points 76 et 77.

Comme nous l'avons dit plus haut, la motivation constitue la base du contrôle juridictionnel selon l'article 173 du traité (voir 168 A). Conformément à ces dispositions, il s'agit d'un contrôle de légalité que la Cour a exercé assez intensivement dans des affaires de concurrence antérieures³⁴. Les actes fondant le fonctionnement du Tribunal n'ont rien changé au fait qu'il ne s'agit que d'un contrôle de légalité. Il résulte toutefois clairement du préambule de la décision du Conseil du 24 octobre 1988³⁵, que la création même du Tribunal en tant que première et dernière instance pour le contrôle des faits dans les affaires dont il est saisi, comporte une invitation à procéder à un examen approfondi de la solidité des preuves sur lesquelles s'est fondée la Commission pour adopter la décision attaquée.

Cela comporte également un effet dérivé en ce qui concerne la motivation. Toute constatation en matière de preuves doit figurer dans la motivation, quelles que soient les difficultés qui seront toujours liées à sa formulation lorsque cette constatation repose sur une appréciation d'ensemble d'une quantité extraordinaire de faits probants. C'est ce qui résulte des règles applicables et la Commission doit s'y conformer.

Dans le domaine qui nous occupe ici, il existe un danger particulier que l'argumentation dévie, de telle sorte qu'on tente de faire relever dans une certaine mesure de l'exigence de motivation une question qui devrait normalement être considérée comme

de droit matériel. C'est pourquoi il est important d'insister sur ce que l'exigence de motivation est purement formelle, même si son contenu est déterminé par le caractère de l'affaire. Ainsi, le fait que des motifs reposent éventuellement sur une conception juridique inexacte ou une appréciation fautive des preuves ne constitue donc pas un défaut de motivation, mais au contraire un défaut dans l'appréciation juridique ou matérielle sur laquelle se fonde la solution retenue en l'espèce.

Les points traités dans la partie ci-après sont ceux qui ont été particulièrement contestés dans le débat sur la portée de l'obligation de motiver.

2. Obligation de la Commission de commenter dans sa décision les preuves et arguments présentés avant la décision

Ce problème a été posé dans différentes affaires antérieures. En résumé, le point de vue des requérantes y était, comme également dans les présentes affaires, que la Commission ne s'acquitte pas de son devoir de motiver complètement la décision lorsqu'elle ne prend pas position dans la décision sur tous les arguments et preuves présentés par les entreprises au cours de la procédure administrative, ou, à tout le moins, sur les principaux d'entre eux. Ce point de vue est invoqué sous différentes qualifications et dans différents contextes, mais la substance est la même.

Une telle optique implique une prise de position sur deux questions différentes. Il faut tout d'abord chercher à savoir ce que le droit applicable n'impose pas de reprendre

34 — Voir Everling, U.: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1989, p. 877.

35 — Voir JO C 215 du 21. 8. 1989, p. 1, contenant la décision du Conseil, du 24 octobre 1988, instituant un Tribunal de première instance des Communautés européennes, telle que publiée au JO L 319 du 25. 11. 1988 et modifiée par le rectificatif publié au JO L 241 du 17. 8. 1989.

dans les motifs. Il faut ensuite déterminer quelle exigence positive on peut éventuellement poser à cet égard aux motifs pour satisfaire aux exigences générales posées par la jurisprudence de la Cour.

Dans l'arrêt du 13 juillet 1966, Consten et Grundig³⁶, la Cour a dit de manière très générale que, dans une telle procédure (c'est-à-dire une affaire de concurrence devant la Commission) qui n'est pas de nature juridictionnelle, l'administration n'est pas tenue de motiver son rejet des arguments présentés par les parties privées. Dans l'arrêt ACF Chemiefarma/Commission³⁷, la Cour a structuré son affirmation en déclarant (point 76 et suivants, Rec. p. 692) qu'il n'est pas nécessaire pour satisfaire au devoir de motivation visé à l'article 190 que la Commission discute tous les points de fait et de droit invoqués par les parties au cours de la procédure administrative. La Cour a ensuite constaté que la motivation est suffisante lorsqu'elle présente d'une manière claire et cohérente les considérations de fait et de droit de la Commission, de telle sorte que tant le destinataire de la décision que la Cour puissent connaître les éléments du raisonnement de la Commission. Enfin, la Cour a affirmé que la Commission n'a pas enfreint de règles de formes substantielles lorsqu'elle néglige des points de vue qu'elle considère *à tort ou à raison* comme étrangers à l'affaire.

Dans l'affaire Van Landewyck/Commission³⁸, points 64 à 66 (Rec. p. 3244), il est dit d'un motif déterminé qu'il répond

36 — 56/64 et 58/64, Rec. p. 429, 492. Cette approche a été reprise ultérieurement: voir, par exemple, arrêt du 21 février 1973, Europemballage et Continental Can/Commission, point 6 (6/72, Rec. p. 239), ainsi que VBVB et VBBB/Commission, précité, note 15.

37 — Voir note 21.

38 — Précitée, note 7.

partiellement aux arguments du requérant sans comporter pourtant une réfutation détaillée de ces derniers. En revanche la motivation comporte un exposé autonome formulant en termes généraux les motifs qui ont conduit la Commission à un point de vue précisément déterminé. La Cour a déclaré ensuite qu'on ne peut justement pas exiger que la Commission commente toutes les questions de fait et de droit soulevées par chaque entreprise.

Dans l'arrêt du 2 mars 1983, GVL/Commission³⁹, point 12 (Rec. p. 500), on peut lire que la Commission n'est pas tenue de discuter toutes les observations présentées par les entreprises en réponse à la communication des griefs, lorsque les motifs donnés dans la décision sont en eux-mêmes de nature à justifier les conclusions auxquelles parvient la Commission dans le cadre de la procédure administrative.

On peut en premier lieu déduire de la jurisprudence de la Cour que c'est la Commission qui fixe de manière souveraine l'objet du débat dans l'affaire. Si la Commission estime que la situation juridique est X, et que l'objet des preuves est Y, elle n'est pas obligée dans sa décision de discuter la situation juridique A et l'objet de preuves B. Ainsi, la Commission est maîtresse du cadre de l'affaire et n'est en aucune manière tenue d'examiner plus en détail des preuves ou des arguments qu'elle peut considérer — à tort ou à raison comme le dit la Cour — comme dénués de pertinence dans le cadre ainsi défini. La Commission n'a pas besoin non plus de commenter des arguments qui sont pertinents, mais elle peut exposer de manière autonome les raisons pour

39 — Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten GmbH (GVL)/Commission (7/82, Rec. p. 483).

lesquelles elle est arrivée à un résultat déterminé précisément, lorsque ce seul exposé peut impliquer en soi ce résultat.

Bien sûr, la Commission peut avoir intérêt à commenter dans une certaine mesure les arguments et les preuves présentés dans le cadre de la procédure administrative pour éviter qu'on prétende, comme on l'a fait également dans les présentes affaires dès le début de la procédure, que la Commission s'était attachée à un point de vue déterminé dont elle n'a pas voulu s'écarter par la suite. Que de telles affirmations soient d'ailleurs difficilement compatibles avec les arguments simultanément présentés en l'espèce, selon lesquels la Commission a modifié son point de vue au cours de l'affaire, est une autre histoire.

Comme le souligne l'avocat général Sir Gordon Slynn dans l'arrêt du 21 février 1984, Hasselblad⁴⁰, il peut toutefois exister des cas où l'on doit comparer et analyser deux conceptions l'une par rapport à l'autre. Cela peut être nécessaire pour démontrer que tous les documents pertinents ont été compris dans l'affaire et que les arguments présentés par les parties ne pouvaient pas conduire à un résultat différent. Ainsi, selon nous, il y aurait un défaut de motivation si la Commission ignorait des documents de preuves présentés par les entreprises et dirigés contre un certain objet de preuves dont le contenu de la décision montrerait que la Commission le considère, elle aussi, comme pertinent. En revanche, on peut difficilement dire la même chose de l'argumentation juridique. Normalement, il n'y a aucune raison valable de discuter dans un acte administratif concret de la solution d'un problème juridique théorique. Il doit suffire que la Commission prenne position

sur l'affaire, telle qu'elle se présente, et motive sa prise de position en fait comme en droit. Le fait qu'en outre la Commission ne réfute que de manière sommaire les critiques dirigées par les entreprises contre l'appréciation des preuves faites par la Commission, telle qu'elle ressort de la communication des griefs est également sans importance, dès lors que, par ailleurs, le contenu de la décision peut étayer le résultat.

La plus grande partie des commentaires de la Commission en ce qui concerne les points de vue et les preuves présentés par les entreprises au cours de la procédure administrative se trouve dans la section E de la décision « Évaluation par la Commission des arguments de fait avancés par les producteurs », c'est-à-dire les points 70 à 77. Les points a), b) et c), lus en liaison avec le reste de la décision donnent un exposé remarquable des raisons pour lesquelles la Commission ne pense pas que les arguments des entreprises résistent à l'examen. Même si le droit applicable permettait d'exiger que la Commission réfute les arguments des entreprises, cela a selon nous été fait de manière totalement satisfaisante. Le point c) fait état de l'analyse du marché allemand due au professeur Albach. Indépendamment du fait que, comme cela est apparu à l'audience, les résultats obtenus par le professeur Albach ne sont ni incontestés ni incontestables, cette partie de la décision de la Commission constitue une excellente explication des raisons pour lesquelles la Commission estime pouvoir s'en tenir à son point de vue, quels que soient les résultats de l'étude du marché. Les requérantes qui ont utilisé ces arguments semblent presque dire par là que la Commission est obligée de s'incliner devant des constatations irréfutables et se rallier par ailleurs aux vues des entreprises. Il est possible que l'opinion de la Commission en ce domaine soit susceptible d'être ébranlée, mais le fait que la Commission ne

40 — 86/82, Rec. p. 883, 915, deuxième colonne.

se soit pas laissée convaincre ne constitue pas un défaut de motivation. On peut dire tout à fait la même chose en ce qui concerne le point d) sur l'audit effectué par une entreprise spécialisée en ce qui concerne les prix de vente nets des entreprises. Ainsi, à notre avis, la Commission a suffisamment commenté les documents de preuves pertinents qui lui ont été présentés par les requérantes.

3. *Individualisations dans la décision*

Des requérantes se plaignent de ce que la structure de la décision ne permet pas à chaque entreprise de déterminer ce qu'on fait valoir à son encontre. En particulier, Rhône-Poulenc a affirmé être la « victime » de la façon dont la décision est structurée, car cette entreprise qui a quitté le marché en 1980 prétend ne pas avoir été en mesure de déterminer sur quoi la Commission fonde la solution adoptée à son égard. Rhône-Poulenc estime donc qu'elle est tenue responsable de choses commises par d'autres entreprises ultérieurement. On peut à notre avis concevoir l'aspect formel de cette question comme constituant une partie du problème de la mesure dans laquelle l'exigence de motivation doit être considérée comme satisfaite en relation avec chaque requérante.

Dans l'arrêt du 16 décembre 1975, Suiker Unie/Commission⁴¹, la Cour déclare que rien n'interdit à la Commission de statuer par une décision unique sur plusieurs infractions, même si certains destinataires sont étrangers à certaines de ces infractions, à condition que la décision permette à tout destinataire de dégager avec précision les griefs retenus à son égard. La Cour ajoute

— sans plus amples explications — que la décision de la Commission satisfait à cette exigence en ce qui concerne les deux entreprises ayant soulevé le problème. Dans l'affaire Van Landewyck/Commission⁴², la Cour confirme que des procédures administratives différentes peuvent être jointes en vue d'une décision unique, sans que cela apporte d'ailleurs un élément pertinent pour le problème dont nous traitons.

Il résulte donc de la jurisprudence — et à juste titre à notre avis — qu'il suffit que chaque destinataire puisse dégager « avec précision » les « griefs » retenus à son égard. La jurisprudence de la Cour ne comporte toutefois — nous avons failli dire: naturellement — aucune indication du degré de spécificité qu'on exige de la décision pour qu'on puisse en déduire une information « avec précision ».

Dans les présents cas, la Commission décrit de manière approfondie, au chapitre A de la décision, les éléments de marché qu'elle estime pertinents. Cette partie ne suscite aucun problème. Au chapitre C, points 15 à 68, la Commission décrit les éléments de preuve dont elle dispose: d'abord la nature de ces preuves (point 15) et ensuite, avec beaucoup de soin à notre avis, les accords initiaux sur les prix planchers, les réunions périodiques, l'objet des réunions, le système des objectifs de prix, les initiatives en matière de prix et leur mise en œuvre, les initiatives individuelles en matière de prix, les régimes de quotas allégués et le rôle particulier des quatre grands producteurs. Le chapitre F mentionne expressément l'ensemble des entreprises et il y est pris position sur le degré de participation, selon la Commission, de chacune d'entre elles. Les points 79 à 94 comportent un exposé

41 — Point 111 (40/73, Rec. p. 1663, 1930).

42 — Voir note 8 (point 32, p. 3236).

détaillé de l'appréciation juridique de la Commission, présenté d'une manière qui, si le Tribunal confirme par ailleurs cette appréciation, peut parfaitement justifier la solution retenue en tant que motivation juridique. La Commission prend position quant à sa compétence internationale au point 95; des points 96 à 102, elle s'exprime sur les questions litigieuses pouvant survenir en ce qui concerne chaque entreprise, en tant que sujet responsable pénalement, et au point 103 sur le problème de la prescription. Elle fait état aux points 104 et 105, pour chaque entreprise, de la période pendant laquelle, selon elle, l'entreprise a participé à l'infraction.

Ainsi on dispose en premier lieu d'une délimitation dans le temps claire, d'un point de vue général. La Commission a en outre pris position au moins sur les circonstances les plus importantes qui peuvent dans chaque cas fonder la responsabilité et elle a donné une description détaillée de ce qui à son avis constitue le contenu de l'infraction commise, de même qu'elle a exposé son opinion quant à l'intensité de la participation de chaque entreprise. Le point susceptible d'engendrer des doutes est celui de la description détaillée des preuves auxquelles la Commission attache de l'importance pour constater la participation de chaque entreprise. Dans ce contexte, nous ne pensons pas que le point de vue des requérantes concernant la motivation de la décision soit correct.

4. Interprétation de l'article 85 du point de vue formel

Le dernier problème qui peut être étudié dans cet examen général de l'affaire est celui

soulevé par certaines requérantes, selon lesquelles le fait que la Commission n'ait pas distingué dans la décision entre, d'une part, un accord au sens de l'article 85, et d'autre part, une pratique concertée, constitue une violation de garanties juridiques essentielles qui réduirait les possibilités des requérantes de se défendre efficacement contre la décision de la Commission.

Ce point de vue repose sur une interprétation de l'article 85 que les requérantes considèrent comme correcte, à savoir que, pour constater l'infraction contenue dans la notion de pratique concertée, il faut pouvoir démontrer des actes effectifs sur le marché. En conséquence, leur théorie est que la nature de la preuve des différents types d'infractions est différente et que l'objet des preuves est donc différent. Si tel est le cas, la Commission doit, d'après les requérantes, être tenue d'exposer exactement ce qu'elle considère comme un accord et ce qu'elle estime être une pratique concertée. Lorsque la Commission a omis de le faire, on aboutit à leur avis à un tel camouflage de la situation que leurs possibilités de se défendre efficacement en sont réduites.

Les requérantes ne contestent toutefois pas que la Commission a légitimement pu construire sa décision telle qu'elle l'a fait si c'est à juste titre qu'elle pense qu'une pratique concertée ne présuppose pas forcément, par sa nature, une manifestation sur le marché. De son côté, la Commission admettra vraisemblablement que, si les requérantes ont raison, la décision aurait dû être structurée de telle sorte qu'on puisse voir clairement ce que la Commission considérait comme une pratique concertée et ce qui a été regardé comme un accord.

Comme on l'a dit ci-avant, il est toutefois établi que l'exigence de motivation doit être considérée en fonction de la conception juridique exprimée en fait par la Commission.

On le verra, la réponse à cette question dépend donc de l'interprétation de la notion de pratique concertée au sens de l'article 85, paragraphe 1, et, à notre avis, la motivation qui expose en soi remarquablement bien le point de vue de la Commission (voir notamment le point 87, paragraphes 3 et 4, de la décision) satisfait donc aux exigences posées à l'article 190 du traité. Si la conception juridique de la Commission est rejetée, la motivation sera par là même également défectueuse, mais cette question ne présente pas un intérêt autonome.

C — *Notion d'« entreprise » en tant qu'« auteur de l'acte »*

Aux points 96 à 102 de la décision, la Commission expose ses observations en ce qui concerne la question de savoir quelle importance il convient de donner à une série de réorganisations à l'intérieur de l'industrie pétrochimique européenne pour l'attribution de la responsabilité des infractions visées par la décision. Ces considérations concernent, entre autres, Anic, Rhône-Poulenc et Saga Petrokjemi.

On peut lire notamment au point 96, deuxième alinéa, de la décision, que :

« L'activité polypropylène d'Anic a été reprise par Montepolimeri ... bien qu'Anic subsiste en tant qu'entreprise. La Commis-

sion n'estime pas que le fait pour Anic d'avoir cédé ce secteur de ses activités ... la dégage de ses responsabilités du chef des infractions auxquelles elle a participé jusqu'à la fin de 1982. Il en est de même pour Rhône-Poulenc, qui a renoncé à son activité polypropylène au début de 1981. »

Aux points 97 à 100 de la décision, la Commission décrit ensuite de manière approfondie les modifications structurelles qui ont porté sur Saga Petrokjemi. Il en ressort, parmi d'autres éléments, que jusqu'en 1982, Saga Petroleum détenait 56 %, et ensuite 100 %, des actions de Saga Petrokjemi, mais que la Commission n'a pas estimé qu'il y avait lieu d'appliquer aux deux entreprises le principe de l'« identité d'entreprise » en relation avec la responsabilité du paiement de l'amende et d'imputer ainsi à Saga Petroleum les infractions commises par Saga Petrokjemi. En 1983, Saga Petroleum a été vendue à Statoil et, le 1^{er} janvier 1984, Saga Petrokjemi a cessé d'exister en tant que personne morale indépendante, lorsque, comme cela est dit, l'entreprise a été intégrée dans Statoil, c'est-à-dire qu'elle a fusionné avec Statoil. On lit ensuite que l'entreprise constitue à présent un « centre de profit distinct au sein du groupe Statoil ». Puis il est dit que Statoil gère désormais en son nom propre l'activité thermoplastique représentée auparavant par Saga Petrokjemi, dont les filiales de vente au Danemark et au Royaume-Uni, désormais formellement filiales de Statoil, conservent exactement les « mêmes fonctions qu'auparavant en matière de vente et de commercialisation des thermoplastiques ».

La Commission ajoute que « il est incontestable » que, si Saga Petrokjemi avait subsisté sous sa forme initiale, elle aurait pu lui

infliger une amende. Pour la Commission, l'important en l'occurrence est de savoir si « à la suite de la fusion et en dépit des modifications intervenues dans sa structure et sa forme juridique, l'entreprise qui a commis l'infraction subsiste, ou si elle est liquidée », question qui ne peut être tranchée que par référence aux règles du droit communautaire. La Commission définit ensuite la notion d'« entreprise » comme toute entité exerçant des activités de nature commerciale et pouvant concerner, s'il s'agit d'une personne morale, une société mère ou une filiale ou l'ensemble constitué par la société mère et les filiales.

La Commission estime que l'entreprise qui a commis l'infraction, et donc Saga Petrokjemi, « a subsisté », même si elle a fusionné au sein d'un groupe plus vaste. D'après la Commission, le facteur déterminant est donc la continuité économique et fonctionnelle qui existe entre l'entreprise initiale et son successeur, et ce même si le successeur n'a pas poursuivi le comportement illicite. En ce qui concerne cette continuité fonctionnelle et économique, la Commission souligne ensuite que le successeur, Statoil, n'a pas dissous l'affaire Saga Petrokjemi, ni liquidé ses éléments d'actif, mais qu'il a au contraire poursuivi les activités économiques de Saga Petrokjemi et maintenu l'essentiel des fonctions exercées par celle-ci dans l'exploitation de l'usine et la commercialisation des produits. Elle se réfère en outre à une publicité faite par Statoil dans la presse spécialisée mettant l'accent sur la continuité des activités, de la gestion et de l'emploi, et au fait que le cadre supérieur de Saga Petrokjemi qui représentait celle-ci aux réunions des « patrons » a conservé sa position antérieure et a ensuite été promu à la fonction de président du secteur pétrochimie et plastiques de Statoil. La Commission en conclut que l'entreprise auteur de l'infraction peut toujours être identifiée d'un point

de vue économique, ce qui entraîne que la responsabilité du fait de l'infraction n'a pas été annulée par la fusion. La responsabilité de l'infraction incombe donc à l'entreprise qui a repris par fusion celle ayant commis l'infraction.

La Commission distingue dans la décision le cas norvégien, d'une part, et la situation d'Anic et de Rhône-Poulenc, d'autre part, en déclarant que, dans les deux derniers cas, l'entreprise ayant commis l'infraction subsiste en tant qu'entité distincte, bien qu'elle ait cédé son affaire de polypropylène à d'autres producteurs (voir le point 101, premier alinéa, de la décision).

Rhône-Poulenc n'a pas critiqué le fait qu'elle était tenue responsable d'infractions éventuelles commises avant que cette entreprise ne vende ses activités en matière de polypropylène. Au contraire, Anic a fait valoir que c'est à tort que la Commission lui a infligé une amende pour des actes commis avant le transfert à Montedipe des activités d'Anic en matière de polypropylène. Anic estime que cela crée une discrimination au détriment d'Anic par rapport aux entreprises norvégiennes et, par ailleurs, à la pratique antérieure de la Commission, selon laquelle la responsabilité en matière d'amendes devait « suivre » l'activité transférée. Au début de la procédure, Anic a également fait valoir qu'il y avait une contradiction entre le point de vue de la Commission en ce qui concernait la relation entre Anic et Montedipe et celui concernant le lien entre Anic et SIR, Anic estimant que la Commission lui avait imputé des infractions éventuelles commises par SIR avant qu'Anic ne reprenne les activités de cette firme dans le domaine des polypropylènes.

En ce qui concerne le lien entre SIR et Anic, il s'est avéré au cours de la procédure qu'il existait un malentendu partiel, car la Commission a expliqué à l'audience qu'elle n'avait pas envisagé de faire supporter à Anic les conséquences d'actions commises par SIR. Il semble que le malentendu provienne du fait que la Commission s'est beaucoup appuyée sur des documents de preuve où SIR et Anic sont nommées conjointement et, comme Anic a effectivement repris les activités de SIR en matière de polypropylène en 1982, par le biais de la filiale SIL SpA, reprise ensuite par Enoxy Chimica SpA, Anic a pensé que la Commission lui avait imputé d'éventuelles infractions commises par SIR. La Commission nie toutefois que tel ait été le cas et elle ne conteste ni les explications d'Anic selon lesquelles il n'y avait aucune relation entre SIR et Anic jusqu'au transfert, ni celles selon lesquelles aucune production présentant de l'importance pour Anic n'est sortie des installations de SIR.

On peut donc constater que la Commission n'a pas voulu que la responsabilité en matière d'amendes « suive » le transfert à Anic des activités de SIR dans le secteur des polypropylènes. Anic continue toutefois de penser que la Commission a fixé l'amende à son égard sans tenir dûment compte de la part de marché de SIR pendant la période pertinente. Anic estime en outre que c'est à tort que la Commission a omis de tenir compte, en faveur d'Anic, du fait que, dans une série de documents de preuves, Anic et SIR sont nommées conjointement, puisque, selon ses propres termes, la désignation commune SIR/Anic peut tout aussi bien signifier que l'infraction a été totalement ou partiellement commise par SIR et non pas par Anic. La Commission conteste ces deux points de vue d'Anic. La question relève du domaine des preuves et sera traitée ci-après dans la partie relative à Anic.

En ce qui concerne SIR, Anic a ensuite posé la question de savoir pourquoi cette entreprise n'a pas été poursuivie par la Commission alors que celle-ci affirme justement qu'elle n'a pas voulu faire porter à Anic la responsabilité des activités antérieures de SIR. La Commission explique que les poursuites n'ont pas eu lieu, car SIR était en liquidation. A cet égard Anic a expliqué que SIR continuait à exister, car elle avait été reprise par un consortium comprenant notamment des banques et que SIR constituait à présent une partie du groupe Montedison. Les explications qui ont été données n'ont toutefois pas permis d'éliminer toutes les ambiguïtés sur ce qu'il est advenu de SIR.

D'après ce que nous avons entendu de la part de la Commission, il semble toutefois clair qu'elle estime que si quelqu'un devait être poursuivi pour les infractions de SIR, ce n'était pas Anic du fait de la reprise des activités en matière de polypropylène de SIR par cette société, mais au contraire la part restante de SIR. Le fait que la Commission, vraisemblablement pour des raisons d'opportunité, ait choisi de ne pas faire jouer la responsabilité de l'entreprise liquidée ne permet pas, à notre avis, d'affirmer que la Commission a manqué de cohérence dans son attitude vis-à-vis des différentes situations, et ce même dans le cas où l'absence de poursuite résulterait d'une appréciation erronée quant aux perspectives d'aboutissement d'une procédure. Ainsi, la position de la Commission en ce qui concerne la poursuite en responsabilité est donc raisonnablement claire dans les présentes affaires et se retrouve en ce qui concerne la relation entre Anic et Montedipe, dans le cadre de laquelle le problème soulevé est réel.

Il convient en conséquence de trancher la question de savoir comment se comporter à l'égard d'une responsabilité qui existe mais n'a pas encore été sanctionnée au moment où intervient un transfert, sous quelque forme que ce soit, de l'entité au nom de laquelle une infraction est commise. En d'autres termes, il s'agit de déterminer ce qui doit se produire en ce qui concerne l'entreprise en tant qu'« auteur de l'acte » dans le cas d'une restructuration qui entraîne une autre situation en matière de propriété. La question cruciale est naturellement de savoir, du point de vue de celui qui transfère, s'il est possible de transférer une entreprise avec la responsabilité pénale latente qui lui est attachée selon les règles de concurrence, et, du point de vue de l'acquéreur, si un acquéreur qui n'a pas lui-même commis d'infraction peut se voir opposer une amende résultant d'activités économiques dont il est devenu acquéreur après que le comportement illicite a eu lieu. Sur ce point, il convient tout d'abord de remarquer que, alors que le comportement illicite lui-même peut être imputé à l'entreprise sur une base objective, avec pour conséquence que, indépendamment de la situation subjective de celui qui a agi pour le compte de l'entreprise, on peut enjoindre à cette dernière de mettre fin à l'infraction, l'imposition d'une amende présuppose toujours, selon l'article 15 du règlement n° 17, le propos délibéré ou la négligence (voir le paragraphe 2 de cet article).

En second lieu, cette question se distingue du point de savoir qui doit répondre des amendes en tant que destinataire de l'obligation de payer. Il ne serait guère sensé d'infliger une amende à une partie d'une entreprise si l'amende ne pouvait pas être recouvrée auprès de cette entité. Ainsi, il sera toujours nécessaire de rechercher la personne morale ou physique, selon les circonstances, dont on peut exiger l'amende

(voir sur ce point le point 101, deuxième alinéa, de la décision qui peut en lui-même poser des problèmes).

En ce qui concerne l'attribution de la responsabilité, Anic a fait valoir plus précisément que, en appréciant sa situation, la Commission a utilisé une autre définition de la notion « d'entreprise » que celle retenue pour les entreprises norvégiennes. Dans le « cas norvégien », la Commission a envisagé l'entreprise en tant qu'entité économique fonctionnelle et non pas comme une personne juridique. Anic n'existe toutefois plus comme « entreprise » dans le secteur du polypropylène, mais au contraire comme entité juridique, propriétaire d'une série d'autres entités économiques fonctionnelles qui ne s'occupent pas de polypropylène. Selon Anic, la distinction sur laquelle se fonde la Commission, en fonction de la persistance, après le transfert, de l'existence de l'auteur du transfert, a des conséquences absurdes et fortuites, dans la mesure où elle fait dépendre la responsabilité de l'auteur du transfert uniquement de la question de savoir s'il exerce par ailleurs des activités économiques et de la façon dont celles-ci sont organisées. Selon les allégations d'Anic, une comparaison entre la situation d'Anic et les liens entre PCUK et Atochem dans l'affaire des peroxygènes, mentionnée au point 101 de la décision, fait apparaître les contradictions dans le point de vue de la Commission. Si l'on devait suivre le point de vue de la Commission, le transfert, à d'autres sociétés du groupe ENI, de ses activités dans les autres secteurs de la société aurait suffi pour qu'Anic échappe à sa responsabilité. Ainsi, la distinction faite par la Commission est dénuée de tout fondement. D'après Anic, il est en effet difficile de voir comment l'existence ou non de l'« enveloppe juridique » peut justifier que la Commission poursuive tantôt l'« entreprise » et tantôt l'« enveloppe juri-

dique ». Que la Commission retienne l'entreprise ou son enveloppe juridique comme élément décisif pour la responsabilité, on doit aller avec cohérence jusqu'au bout de la solution retenue, que l'entité que la Commission estime décisive existe encore ou non. Anic fait valoir que le transfert de son secteur « polypropylène » représente un véritable transfert d'entreprise, car, tous les actifs corporels et incorporels dans le domaine du polypropylène, dont les machines et le know-how, ont en effet été transférés à Montedipe. Le secteur du polypropylène constituait en soi une unité économique à l'intérieur d'Anic et cette unité économique a été transférée. En tant que société, Anic peut être considérée comme un ensemble d'entreprises différentes. Le fait que l'une d'entre elles ait été transférée alors que les autres sont restées au sein d'Anic ne semble pas distinguer suffisamment la situation d'Anic de celle des entreprises norvégiennes.

Sur ce point, la Commission a indiqué qu'il n'y avait aucune contradiction dans la façon dont elle avait traité les entreprises norvégiennes et Anic. Alors que l'entreprise norvégienne continuait d'exister en tant que partie de Statoil avec des caractéristiques économiques et fonctionnelles inchangées pour l'essentiel, Anic est restée la même entreprise après le transfert de ses facilités de production dans le secteur du polypropylène. En ce qui concerne les entreprises norvégiennes, la Commission ne s'est pas fondée sur une assimilation de la notion d'entreprise à un secteur de production ou d'activités. Selon la Commission, la notion d'entreprise est au contraire une notion complexe qui comporte des éléments personnels et matériels participant à l'exercice d'une activité économique précisément définie. L'opinion des concurrents et des clients peut contribuer à l'identification de l'entreprise. Même après le transfert de ses

activités dans le secteur du polypropylène, Anic est restée Anic aux yeux de ses clients et de ses concurrents. Ces derniers ont pu constater qu'Anic n'était plus en activité dans le secteur du polypropylène, mais ils ont également pu constater qu'elle avait poursuivi ses activités en tant qu'entreprise. En effet, Anic n'était pas composée de plusieurs entreprises, c'est-à-dire une entreprise par secteur de production. En tant qu'entreprise, Anic a un seul objectif qui n'a pas été modifié par le transfert de ses activités dans le secteur des polypropylènes, et Anic doit donc être considérée comme subsistant en tant qu'entreprise.

Le problème pour aboutir au coupable, ou comme la Commission l'a exprimé ultérieurement dans les affaires PVC et LdPE⁴³, à l'« identification des entreprises », peut se présenter tant dans les relations entre société mère et filiales qu'en liaison avec des transferts, tout autre changement de propriétaires ou autre forme de restructuration. Dans les relations entre société mère et filiales, une entreprise peut, dans le contexte dont nous débattons ici, être la société mère, la filiale, ou l'unité économique constituée conjointement par la société mère et la filiale. On retrouve ce type de problème à plusieurs reprises dans la jurisprudence de la Cour et il est traité de manière approfondie dans la doctrine⁴⁴. La question similaire dans les cas de transfert n'a suscité que peu de décisions.

Dans l'arrêt Suiker Unie/Commission⁴⁵, on a posé la question de l'imputation de la responsabilité à la « Coöperatieve Vereniging Suiker Unie VA » ayant commencé son

43 — Décisions du 21 décembre 1988 IV/31.865, PVC, et IV/31.866, LdPE (JO 1989, L 74, p. 1, 21).

44 — Voir récemment Rütsc: *Strafrechtlicher Durchgriff bei verbundenen Unternehmen*, Rec. 1987, et Lipowsky: *Die Zurechnung von Wettbewerbsverstößen*, München, 1987.

45 — Précité, note 41.

activité le 2 janvier 1971 et qui contestait qu'on puisse lui faire porter la responsabilité d'infractions commises avant cette date. La situation était plus précisément la suivante: en 1966, quatre coopératives avaient formé à titre transitoire une association dont elles étaient les membres, mais en 1970 a été créée une société coopérative à laquelle les quatre coopératives d'origine ont directement participé. L'association qui avait participé aux infractions a ensuite été abolie. Suiker Unie a alors fait valoir qu'elle ne pouvait être rendue responsable des actes commis par l'association, car elle n'en avait pas repris les actifs, mais qu'elle ne pouvait être considérée que comme le successeur des quatre coopératives d'origine, tant du point de vue juridique que du point de vue économique. La Cour déclare à cet égard (points 84 à 88, p. 1926) que Suiker Unie ayant repris tous les droits et obligations des quatre coopératives de l'ancienne association, elle doit être considérée comme le successeur économique tant de l'ancienne association que de ses membres, ceux-ci ayant entendu lui assigner cette fonction. La Cour fait en outre état du fait qu'il est incontesté que la désignation « Suiker Unie » a toujours recouvert les mêmes entreprises, dirigées en grande partie par les mêmes personnes et siégeant à la même adresse et que personne n'a allégué que le comportement de Suiker Unie sur le marché du sucre avait un caractère différent de celui de l'ancienne association. La Cour conclut ensuite que le comportement de Suiker Unie et de son prédécesseur a donc été caractérisé par une « unité d'action évidente qui rend ce comportement imputable à Suiker Unie ». Dans ses conclusions, l'avocat général M. Mayras s'est consacré à cette question de manière approfondie (p. 2070 et 2071). Il a souligné notamment que, d'après les règles relatives à la concurrence, les amendes sont imposées aux entreprises en tant qu'entités économiques et que la réalité économique doit prévaloir. Il souligne ensuite le risque de détournement

de la règle et déclare que la Commission peut imputer les comportements antérieurs à la nouvelle personne morale à la condition que celle-ci « couvre la même entité économique ».

En liaison avec l'arrêt du 28 mars 1984, *Rheinzink GmbH/Commission*⁴⁶, l'avocat général M^{me} Rozès appelle également l'attention sur les possibilités de tourner la règle. Elle souligne en outre que ce qui est décisif ce n'est pas la poursuite des activités, qui constituera bien souvent la poursuite du comportement illicite, mais au contraire un examen des indices sur lesquels s'est fondée la Cour dans les affaires du sucre pour constater la continuité de l'action, à savoir que Suiker Unie avait repris l'ensemble des droits et obligations des coopératives, qu'il était incontesté qu'il s'agissait des mêmes entreprises et qu'il n'était même pas allégué que le comportement de Suiker Unie sur le marché différait de celui de l'ancienne association. Elle a contesté que seule la continuation du comportement répréhensible pouvait être décisive. Au contraire, ce qui était décisif c'était la reprise des droits et obligations de l'ancienne entreprise ainsi que le fait que le siège et la direction de l'entreprise soient restés inchangés. Cela étant, elle conclut dans l'affaire en cause que, même en l'absence d'identité entre *Rheinzink GmbH* et une entreprise antérieure « *Rheinisches Zinkwalzwerk GmbH & Co.* », les liens existant tant du point de vue économique que juridique entre les deux sociétés sont tels qu'ils « permettent d'inscrire leur action dans une continuité » de nature à justifier l'imputabilité des infractions reprochées à *Rheinzink*. La Cour constate (point 9, p. 1699) que *Rheinzink GmbH* a totalement repris l'ancienne société et en a continué les activités économiques et elle

⁴⁶ — *Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH/Commission* (29/83 et 30/83, Rec. p. 1679, 1718).

déclare ensuite que le changement de la forme juridique et du nom d'une entreprise ne dégage pas la nouvelle entreprise de la responsabilité de comportements anti-concurrentiels de la précédente, lorsque, du point de vue économique, il y a identité entre les deux.

Quant à la pratique de la Commission, il pourrait être opportun en premier lieu d'examiner de plus près la décision sur les peroxygènes à laquelle se réfère la Commission au point 101, dernier alinéa, de la décision sur les polypropylènes, et qui est également discutée dans la présente procédure. Au point 49, quatrième alinéa, de la décision « peroxygènes », on peut lire :

« Pendant toute la période de référence, le seul fournisseur français autre que L'air liquide a été PCUK, élément du conglomerat Péchiney/Ugine Kuhlmann. En 1983, dans le cadre de la réorganisation de l'industrie chimique française, le secteur peroxygène de PCUK a été transféré à Atochem, membre du groupe Elf-Aquitaine. La Commission estime qu'Atochem, qui est le propriétaire actuel de l'entité économique impliquée dans les infractions et qui a repris les actifs et les objectifs économiques du PCUK dans ce secteur, est à considérer comme destinataire de toute décision et comme responsable du paiement de toute amende infligée pour les infractions commises par PCUK. »

Dans la décision sur les polypropylènes la Commission a déclaré maintenant que PCUK, entreprise coupable, avait été scindée après la cessation de l'infraction et son affaire de peroxygène absorbée par Atochem. La Commission ajoute qu'elle avait alors soutenu qu'étant donné la dispa-

rition de PCUK en tant qu'entité juridique indépendante, Atochem, qui avait repris et son affaire de peroxydes et ses objectifs économiques, était le destinataire approprié de toute décision. Il est tout à fait exact que PCUK a été liquidée par la suite et c'est ce que montrent par ailleurs des indications dans la décision PVC (point 43), mais cela ne ressort pas de la décision sur les peroxygènes. Ainsi, il n'en ressort notamment pas que la Commission ait pu accorder de l'importance à la question de savoir dans quelle mesure une part de l'entreprise subsistait. D'après le libellé, la Commission semble plutôt avoir attaché de l'importance à la reprise des actifs et des objectifs économiques, à savoir la reprise de l'affaire de peroxydes, sans que la question de la subsistance de l'entreprise cédante ait pu présenter un intérêt. Le fait que la Commission ait antérieurement partagé l'avis qu'Anic lui prête, à savoir que la responsabilité suit la production et les revenus, semble en outre ressortir de la décision en matière de PVC (point 44) dont il ressort notamment que Norsk Hydro, qui avait repris les activités en matière de PVC d'une entreprise qui subsistait, devait, d'après le point de vue d'origine de la Commission, être responsable pour des infractions antérieures, mais la Commission reconnaît à présent, c'est-à-dire dans la décision PVC, que l'auteur du transfert aurait dû être tenu pour responsable.

Dans les décisions PVC et LdPE, la Commission s'exprime de manière générale sur ce problème dans les termes suivants :

« Dans le cas où un producteur a fait l'objet d'une réorganisation ou a cédé ses activités dans le secteur du PVC (respectivement LdPE), l'important est :

- i) d'identifier l'entreprise qui a commis l'infraction et
- ii) de déterminer si cette entreprise subsiste dans ses éléments essentiels ou si elle a été liquidée.

La question de l'identité d'une entreprise doit être tranchée sur la base du droit communautaire et les modifications survenues dans son organisation dans le cadre des droits des sociétés nationales ne sont pas déterminantes.

Il est donc indifférent qu'une entreprise ait vendu ses activités dans le domaine du PVC (ou LdPE) à une autre: l'acheteur ne devient pas pour autant responsable de la participation du vendeur à l'entente. Si l'entreprise qui a commis l'infraction subsiste, elle reste responsable en dépit de la cession.

En revanche, si l'entreprise qui a commis l'infraction est absorbée par un autre producteur, sa responsabilité peut la suivre et être rattachée à l'entité nouvelle ou fusionnée. »

Dans les deux décisions, la Commission examine ensuite différents cas concrets. Sans examiner de plus près ces exemples, on doit pouvoir légitimement constater de ce qui précède, et de ce que la Commission a fait valoir dans les présentes affaires, qu'à présent la Commission part de l'idée que la responsabilité suit en cas de fusion, lorsque toute l'entreprise antérieure est intégrée dans la nouvelle, considérée comme « entreprise ». En revanche, la responsabilité

continue d'incomber à l'entreprise lorsqu'une partie de celle-ci subsiste, en toute hypothèse lorsqu'elle « subsiste dans ses éléments essentiels ».

Il semble que la Commission ait hésité dans ses décisions entre la méthode d'individualisation dont elle s'est servie pour le cas de Saga Petrokjemi/Statoil et une variante plus simple, selon laquelle l'élément décisif doit être de savoir si l'entreprise antérieure subsiste pour l'essentiel. Ainsi, la Commission a offert une cible facile aux critiques d'Anic.

Comme cela ressort clairement de la jurisprudence de la Cour citée et, dans une certaine mesure aussi de la pratique de la Commission, il faut dans chaque cas déterminer concrètement ce qu'est devenue l'« entreprise » coupable. Dans la décision sur les polypropylènes et ses documents de procédure dans l'affaire Anic, la Commission a remarquablement exposé la plupart des facteurs qui doivent être pris en considération. Dans la partie de la décision concernant Saga Petrokjemi, la Commission a en outre décrit de manière exemplaire pourquoi Statoil doit, selon elle, supporter la responsabilité.

Aussi faut-il en toutes circonstances analyser avec soin la façon dont la combinaison des éléments matériels et personnels qui doivent être considérés comme formant l'« entreprise » s'intègre dans la structure modifiée. Il convient dans ce contexte de rappeler encore une fois que la responsabilité du paiement de l'amende est liée à une infraction délibérée ou par négligence et qu'il convient donc de reconnaître une grande importance aux facteurs personnels auxquels la Cour a accordé du poids dans la jurisprudence citée.

Le point de vue, qu'on a pu éventuellement attribuer à la Commission, selon lequel on peut faire porter en toute circonstance la responsabilité de l'amende à une partie éventuellement restante de l'entreprise, n'est donc pas correct d'emblée, même si, en général, il peut correspondre à la vérité. D'un autre côté, il peut être opportun de souligner que des considérations générales en ce qui concerne les conditions de la responsabilité en matière d'amende et sa fonction peuvent conduire à exiger des raisons décisives pour statuer, en l'absence de bases précises, que la responsabilité peut être imposée du fait de l'acquisition d'une unité de production dans le chef de laquelle l'infraction a été commise par celui qui cède cette unité. Il semble que la Commission ait également remarqué ce point. Sans qu'on doive se prononcer en ce qui concerne la décision pour la part relative aux entreprises norvégiennes, la question de savoir si les organes de direction et/ou le groupe de personnes à l'origine des infractions ont été compris dans le transfert constituera un élément d'une grande importance pour l'attribution de la responsabilité.

En ce qui concerne le cas d'Anic, les explications sont succinctes. A l'encontre de l'affirmation de la Commission selon laquelle Anic continue à être une « entreprise » en activité dans le sens qu'on a cherché à donner de cette notion ci-avant, le dossier ne comporte en fait que la déclaration d'Anic selon laquelle tous les droits corporels et incorporels ont été vendus, y compris les machines et le know-how. Face aux affirmations de la Commission selon lesquelles, d'une part, Anic est restée Anic aux yeux des clients et des concurrents, même après le transfert de ses activités en matière de polypropylènes et, d'autre part, au point 101 de la décision, en ce sens que les cas d'Anic et de Rhône-Poulenc sont différents de celui de Saga, où la direction

et le personnel ont suivi lors du transfert à Statoil, Anic n'a notamment pas précisé si les organes de direction et/ou les groupes de personnes responsables des activités en matière de polypropylène avaient quitté Anic pour Montedipe.

Le fait qu'Anic ait transféré elle-même l'ensemble des droits corporels et incorporels, notamment ses installations de production et son know-how, à Montedipe ne suffit pas, selon nous, dans le contexte de la jurisprudence de la Cour précitée et sur la base des considérations que nous avons exposées en ce qui concerne les conditions et la fonction de la responsabilité en matière d'amende, pour qu'Anic cesse de supporter cette responsabilité, dès lors qu'on doit partir de l'hypothèse que, dans sa forme actuelle et avec ses organes de direction et ses dirigeants actuels, Anic subsiste pour l'essentiel, en ayant simplement perdu son activité de production de polypropylène.

D — *Interprétation de l'article 85*

1. *Introduction*

L'article 85, paragraphe 1, interdit tous accords entre entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. L'énumération — non exhaustive — figurant dans la disposition sous a) à e) mentionne les comportements dont la Commission estime que les requérantes en l'espèce se sont rendues coupables. Aux termes du paragraphe 2, tous les accords ou

décisions interdits en vertu du paragraphe 1 sont nuls de plein droit.

Dans les affaires actuellement pendantes devant le Tribunal, les points litigieux dans l'interprétation de l'article 85 ont surtout été l'interprétation de la notion de « pratique concertée » et la question de savoir dans quelle mesure une pluralité d'actions ou, le cas échéant, d'omissions, qui sont pour partie de nature tout à fait hétérogène, peuvent à juste titre être considérées comme un accord unique, ou une pratique concertée unique au sens de l'article 85, paragraphe 1.

Une question, qui peut certes être traitée séparément du point de vue conceptuel mais qui est étroitement liée au problème mentionné ci-avant, est celle de savoir si l'interdiction énoncée à l'article 85 vise la participation en tant que telle à une entente, avec pour effet que les participants peuvent de ce fait même être rendus responsables de l'ensemble des infractions commises dans l'entente. Dans les présentes affaires, cette question a été débattue sous l'étiquette « responsabilité collective ».

Avant d'approfondir la question de l'interprétation de la notion de « pratique concertée », il pourrait être utile de présenter tout d'abord quelques brèves observations relatives à la notion d'« accord » au sens de l'article 85.

2. La notion d'accord

La jurisprudence de la Cour de justice permet de définir de façon relativement

précise la notion d'« accord » au sens de l'article 85, paragraphe 1. Un accord relevant de l'article 85 peut à l'évidence avoir été conclu de telle façon qu'il serait juridiquement obligatoire pour les parties si l'article 85, paragraphe 2, ne lui ôtait pas précisément toute validité. Mais il résulte de la jurisprudence de la Cour qu'un accord au sens de l'article 85 peut aussi être un « gentlemen's agreement »⁴⁷, dont le caractère normatif et impératif résulte non pas de facteurs juridiques, mais de données de psychologie sociale. L'accord peut être constitué par des relations contractuelles durables⁴⁸, et il peut vraisemblablement aussi être tacite, tout comme il n'est pas nécessaire qu'il soit consigné par écrit.

Les accords anticoncurrentiels sont interdits dès lors qu'ils ont pour « objet » de restreindre la concurrence. Cela a été établi de façon très claire par la Cour de justice dès l'arrêt Consten et Grundig⁴⁹. La question de savoir dans quelles circonstances un accord peut avoir pour objet de restreindre la concurrence sera examinée ci-après dans la section relative à l'argument selon lequel les accords en cause en l'espèce n'avaient pas pour but « objectif » de restreindre la concurrence.

Il est important de souligner, comme l'a fait la Cour de justice, en dernier lieu dans l'arrêt Sandoz, qu'il s'agit d'un délit purement formel, si bien qu'il n'est pas nécessaire de chercher à établir que l'accord a été suivi d'effets concrets. Cette forme d'infraction à l'article 85, paragraphe 1, a été qualifiée à juste titre de « abstraktes Gefährdungsdélit » (délict consistant à mettre

47 — Voir l'affaire ACF Chemiefarma/Commission, précitée, note 21, points 106 à 116.

48 — Voir l'arrêt Sandoz.

49 — Précité, note 36.

potentiellement en danger quelqu'un ou quelque chose)⁵⁰.

Toutefois, un accord au sens de l'article 85 (« accords ... pour effet... ») peut aussi avoir le caractère d'un délit purement matériel; dans de tels cas, il n'est pas nécessaire de prouver l'intention de restreindre la concurrence⁵¹. D'un autre côté, il est clair que les deux éléments peuvent être réunis dans un cas d'espèce.

Toutefois, dans les affaires en cause, ce n'est pas la notion d'« accord » qui a donné lieu à des difficultés du point de vue de l'interprétation. Comme cela a été mentionné, c'est au contraire la notion de « pratique concertée » qui soulève des problèmes d'interprétation considérables.

3. La notion de pratique concertée

a) Présentation du problème

La Cour de justice n'a jusqu'ici été saisie que dans très peu d'affaires de la question de l'interprétation de la notion de « pratique concertée », visée par l'interdiction figurant à l'article 85. Comme nous le verrons par la suite, ce n'est que dans une mesure limitée — en particulier parce que les faits étaient différents dans ces affaires — qu'il est possible de tirer de cette jurisprudence des éléments d'interprétation pour résoudre les

problèmes spécifiques qui se posent dans l'ensemble des présentes affaires.

Comme cela résulte de la procédure en l'espèce, il est très difficile de parvenir à une définition un tant soit peu claire du contenu conceptuel du délit de pratique concertée « ayant pour objet », d'une part et de la pratique concertée « ayant pour effet », d'autre part.

Une grande partie du débat en doctrine et en l'espèce laisse à penser que nombreux sont ceux qui sont en réalité parvenus à la conclusion que la qualification qui convient le mieux à la combinaison pratique concertée/objet est celle d'anomalie conceptuelle, ce qui a en fait conduit à écarter ce type de délit par une interprétation spécieuse. Il faut reconnaître qu'un type de délit qui semble réunir à la fois les éléments d'un délit formel (objet) et d'un délit matériel (pratique qui est concertée) peut être une notion difficile à manier.

La Commission soutient qu'il est prouvé que la pratique concertée alléguée s'est manifestée par la mise en œuvre de politiques parallèles. Elle affirme également qu'il y a eu une incidence sur le marché. Mais, de l'avis de la Commission, il n'est pas nécessaire, pour établir que l'article 85 a été enfreint, de démontrer autre chose que le fait qu'il y a eu concertation. La pratique concertée est donc constituée, de l'avis de la Commission — tel qu'elle l'a exposé en l'espèce — par la concertation en tant que telle.

On peut envisager que le Tribunal constate qu'il est prouvé que les éléments de l'espèce

50 — Voir Hildebrandt: *Der Irrtum im Bußgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften*, 1990, p. 40, Dannecker, Fischer-Friisch: *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*, p. 15; voir aussi Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, article 85, n° 28.

51 — Voir notamment l'arrêt Consten et Grundig, précité, note 36.

qui peuvent à juste titre être qualifiés de pratiques concertées ont eu une influence sensible sur le marché ou, en tout état de cause, que la preuve de la mise en œuvre de politiques parallèles a été rapportée. Mais le Tribunal pourrait également conclure qu'il n'est pas possible d'établir de façon suffisamment certaine l'existence d'effets notables sur le marché ou, tout au moins, de comportements qui puissent s'expliquer selon toute vraisemblance par une certaine concertation.

Il sera d'ailleurs intéressant en soi de savoir comment se prononcer lorsque l'on sait qu'il y a eu concertation mais que l'on est dans l'impossibilité de déterminer avec précision ce qui s'est passé ensuite.

Le Tribunal est saisi à présent d'un ensemble d'affaires où les circonstances de fait sont telles qu'il lui appartiendra pour la première fois de se prononcer sur le point de savoir si la notion de pratique concertée au sens de l'article 85 recouvre également les hypothèses dans lesquelles la preuve qui a été rapportée vise, non pas des agissements précis et concrets sur le marché, mais seulement des réunions entre les opérateurs du marché, au cours desquelles ont été échangés des renseignements sur les prix, les quantités de production, etc., qui sont normalement considérés comme confidentiels, et dont le but était vraisemblablement, comme cela ressort des discussions entre les parties, de se concerter sur le comportement à adopter sur le marché. En d'autres termes, la question est de savoir si la pratique concertée au sens de l'article 85 suppose une manifestation sur le marché comme élément constitutif de l'infraction ou si le comportement de fait constitué par la concertation elle-même qui a eu lieu pendant les réunions peut être considéré comme illégal en vertu

de cette disposition, même s'il n'est pas possible de prouver un comportement concret, en relation causale avec la concertation, de la part des entreprises qui ont participé à cette dernière.

Les mémoires produits par les parties en l'espèce peuvent en outre conduire à s'interroger sur le point de savoir si l'on peut constater que, dans le cadre de l'article 85, la tentative tombe sous le coup de la loi, en d'autres termes si les « pratiques concertées ... qui ont pour objet... », au sens de l'article 85, constituent en elles-mêmes une infraction et pas uniquement une *tentative* de réaliser l'infraction de pratique concertée « qui a pour effet ».

b) L'importance de la question en l'espèce

Il est remarquable que le problème se pose de façon aussi aiguë dans ces affaires alors que la Commission estime — comme cela ressort du point 87, troisième alinéa, de la décision — que l'essentiel de ce qui s'est produit doit être considéré comme un accord au sens de l'article 85, paragraphe 1. La Commission n'énumère en réalité que deux faits illustrant ce qui, à son avis, constitue davantage une pratique concertée qu'un accord. Il s'agit de l'arrangement intervenu, selon la Commission, en ce qui concerne les informations relatives aux volumes de livraison individuels en 1981 et 1982 ainsi que du cas dans lequel l'adhésion et la coopération d'une entreprise ont été purement tacites sur certains aspects, par exemple la coopération de Shell, prétendument plus passive, en matière de plans de quota.

La Commission a néanmoins estimé qu'il fallait en tenir compte et a également déclaré ou, en tout cas laissé entendre, que par ailleurs de nombreux éléments ou aspects du comportement des entreprises pouvaient plutôt être considérés comme possédant certaines caractéristiques propres à une pratique concertée.

La Commission n'a pas fait la distinction, ce qui nous conduit à nous interroger sur le point de savoir si les deux formes de comportements illicites, les accords et les pratiques concertées, ont une structure et des caractéristiques si semblables qu'il n'est pas nécessaire, pour appliquer la disposition, de donner l'une ou l'autre des qualifications aux actes en cause.

Dans le cas d'espèce, dans lequel ce qui peut être qualifié de pratique concertée est d'importance limitée, comme nous l'exposerons ci-après lorsque nous nous prononcerons sur les preuves et comme la Commission le soutient, il aurait sans doute été possible à la Commission, sans grand surcroît de travail, de rédiger la décision de façon différente, de manière à distinguer entre les éléments dont elle considère qu'ils relèvent d'un accord et ceux qu'elle tient pour des pratiques concertées, pour le cas où le Tribunal rejetterait la thèse principale de la Commission.

Mais la Commission ne l'a pas fait et la question est donc de savoir ce qui se passera si le Tribunal ne partage pas l'avis de la Commission sur ce point. Le Tribunal doit-il opérer lui-même la subdivision ou annuler la décision? En s'appuyant sur la jurisprudence existante de la Cour de justice, dans le cadre de laquelle la Cour a procédé à une appréciation autonome des affaires assez

approfondie, on peut difficilement exclure que le Tribunal procède à son propre examen. Mais un tel réexamen se heurte au moins à deux difficultés. D'une part, si la thèse de la Commission n'est pas suivie, la décision tombera, à ce qui nous semble, pour défaut de motivation. En effet, dans cette hypothèse, la motivation figurant aux points 86 à 88 n'est absolument pas suffisante pour satisfaire aux conditions de l'article 190. La seconde difficulté réside dans le fait que la Commission indique, au point 87 de la décision, qu'à son avis tous les aspects de l'action des requérantes peuvent contenir des éléments tant d'un accord que d'une pratique concertée. Le contrôle exercé par le Tribunal en vertu de l'article 173 du traité ne peut à notre avis toutefois pas signifier que le Tribunal reprenne en réalité toute l'affaire par le début, ce qui se produirait s'il devait lui-même se demander, pour chaque élément des agissements, dans quelle mesure il s'agit d'un accord ou d'une pratique concertée. Si la Commission n'est pas suivie sur ce point, la décision doit par conséquent être annulée en son entier.

c) Moyens et arguments des parties

Dans sa lettre du 29 mars 1985, la Commission a précisé de façon assez complète sa thèse en ce qui concerne le rapport entre les accords et les pratiques concertées dans le cadre de l'article 85, paragraphe 1. Dans la décision, elle développe cette thèse, comme cela a été exposé plus haut dans les présentes conclusions, dans la première partie, section A, paragraphe 1. Aux points 86 à 88 de la décision, la Commission explique, en se référant à ce que la Cour a déclaré dans les arrêts ICI et Suiker Unie/Commission, pourquoi elle estime qu'il est nécessaire, non pas de faire la distinction,

mais en revanche, à l'évidence, de fixer la limite « inférieure » correspondant au moment à partir duquel une coopération peut être considérée comme une infraction à l'article 85.

Dans la partie générale du mémoire en défense, la Commission fournit la description la plus détaillée, description qui a été approfondie par la suite lors des audiences devant le Tribunal.

La Commission affirme ainsi que les termes « accord » et « pratique concertée » au sens du traité englobent les différents types d'arrangements par lesquels des producteurs, au lieu de déterminer en toute indépendance leur ligne de conduite concurrentielle future, s'imposent mutuellement une limitation de leur liberté d'action. De tels arrangements supposent toujours des contacts directs ou indirects entre concurrents, qu'ils adoptent la forme d'un contrat formel, d'un accord informel du type « gentlemen's agreement » ou d'une simple coopération pratique. Si l'article 85 utilise les deux notions d'accord et de pratique concertée, c'est, de l'avis de la Commission, dans le souci d'éviter toute « lacune » dans le champ d'application de la disposition. L'article 85 peut ainsi être appliqué à tous les accords, exprès ou implicites, formels ou informels. Il trouve également à s'appliquer à une simple coordination de fait ou coopération pratique. Une telle coopération ne se traduit pas forcément par des comportements parallèles sur le marché, l'interdiction de l'article 85 visant aussi le simple objectif de fausser la concurrence.

La Commission décrit ensuite les différents degrés de coopération. Elle commence par les accords, qui ne sont pas nécessairement

juridiquement obligatoires — ce qu'ils ne sont d'ailleurs jamais, en vertu de l'article 85, paragraphe 2, s'ils sont visés par le paragraphe 1. Que l'on choisisse de considérer les arrangements non obligatoires comme des accords au sens de l'article 85 ou que l'on préfère réserver la notion de pratique concertée à la coopération pratique sans expression formelle, c'est toute la gamme des arrangements collusoires qui, de l'avis de la Commission, est visée par l'article 85. Le terme « pratique concertée » se réfère en réalité à une coopération pratique d'ordre purement factuel, qui ne découle pas nécessairement d'un plan ou d'une concertation proprement dite. Selon la Commission, les arrêts de la Cour Suiker Unie/Commission⁵² et Züchner⁵³ montrent que l'existence d'une pratique concertée se situe déjà au niveau du contact entre concurrents, avant qu'ils interviennent sur le marché. Ce contact consistera, le cas échéant, en un échange d'informations, sans qu'il doive exister un accord là-dessus. On peut envisager qu'un accord d'échange d'informations tombe lui-même sous le coup de l'article 85, s'il a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Pour que de tels échanges d'informations puissent être qualifiés de pratiques concertées ayant tout au moins pour objet de restreindre la concurrence, il faut que les informations échangées portent sur les intentions des parties quant à leur comportement futur sur le marché et qu'une simple observation du marché ne suffise pas aux concurrents pour les discerner. L'objet sous-jacent d'un tel échange d'informations est de permettre à chacune des entreprises concernées de déterminer sa ligne de conduite future sur le marché en escomptant un comportement parallèle de la part de ses concurrents. Un tel échange d'informations ne s'explique pas sans l'existence de rapports de « confiance légitime » dans le cadre desquels les parties

52 — Voir note 41.

53 — Voir note 3.

à l'échange escomptent que leurs partenaires se comporteront comme ils l'ont indiqué préalablement.

Si, pour leur part, les requérantes soutiennent qu'une pratique concertée doit s'être manifestée sur le marché, c'est, de l'avis de la Commission, parce qu'elles confondent la question de la preuve de l'existence d'une pratique concertée et la pratique concertée elle-même.

Nous ne pensons pas qu'il soit manifeste que les requérantes confondent de façon générale les différentes notions ou qu'elles aient mal compris la position du problème. Tout simplement, elles ne partagent pas l'avis de la Commission.

La présentation la plus concise du point de vue des requérantes a été faite dans le cadre de la plaidoirie de M^e Hermann lors de l'audience, dans laquelle il a notamment déclaré qu'en matière de pratiques concertées, il faut tout au moins, pour que l'on puisse considérer que l'article 85, paragraphe 1, a été enfreint, qu'il soit prouvé premièrement qu'au moins deux entreprises se sont concertées, quelle que soit la forme de cette concertation, deuxièmement que cette concertation a été suivie d'une pratique correspondante sur le marché, troisièmement que cette pratique a eu pour effet de restreindre la concurrence ainsi que, quatrièmement, qu'un éventuel effet anti-concurrentiel était prévisible.

Mais les requérantes reconnaissent aussi qu'une pratique concertée au sens de l'article 85, paragraphe 1, peut être constituée par une pratique concertée qui a

uniquement « pour objet », sans que la preuve d'un tel effet doive être rapportée, à savoir — selon l'opinion des requérantes — lorsque les entreprises cherchent à restreindre la concurrence en adoptant un certain comportement sur le marché, mais qu'elles ne sont pas en mesure de réaliser leur objectif.

Les deux parties analysent dans leurs mémoires la jurisprudence de la Cour, mais parviennent à des résultats tout à fait différents. Il sera dès lors utile de commencer par étudier le contexte de l'adoption de la disposition et ce qui se dégage de la jurisprudence de la Cour qui, comme cela a été indiqué, n'est pas très abondante. Les conclusions présentées par les avocats généraux dans ces affaires comportent également des observations auxquelles les parties se sont référées et qui seront étudiées de manière plus approfondie. Enfin, la doctrine fournit certains éléments d'interprétation.

d) Le contexte historique

Il est notoire que les auteurs du traité se sont inspirés, pour rédiger l'article 85, paragraphe 1, des notions de « concerted actions », « concerts of action » et de « concerted practices »⁵⁴, notions qui sont apparues dans la jurisprudence américaine sur le fondement de l'article 1^{er} du Sherman Act, et notamment de la notion de « conspiracy » qui y figure.

Il résulte de la jurisprudence américaine que des effets anticoncurrentiels ne sont pas un élément indispensable pour former la

54 — Voir par exemple Mayras, Rec. 1972, p. 673.

« conspiracy », tout comme il n'est pas nécessaire que la conjuration elle-même ait été suivie d'autres actes⁵⁵.

Comme l'a indiqué M. Joliet⁵⁶, la notion de « concerted action » a été utilisée pour déterminer l'importance juridique du parallélisme conscient de comportement, lorsqu'il n'existait pas de preuves directes d'une « conspiracy ». La notion a par conséquent été utilisée dans les cas où l'on a considéré le problème du point de vue du marché et où, en examinant le marché et en se fondant sur d'autres indices, il a fallu décider si la pratique constatée pouvait être présumée avoir été « concertée de manière illicite ».

En revanche, la preuve directe d'une « conjuration » suffit, comme cela a été indiqué, à établir l'existence d'une infraction au Sherman Act.

En l'espèce, les moyens des requérantes relatifs à la genèse de l'article 85 partent de l'idée que les auteurs du traité, qui étaient notamment sous le coup de la législation de décartellisation rédigée de façon un peu vague par les alliés en Allemagne après la guerre, ne souhaitaient pas reprendre la notion américaine de « conspiracy » — qui, de l'avis des requérantes, était également un peu floue. On lui a préféré, pour des raisons de sécurité juridique, la notion d'accord, une notion dont les contours étaient un peu plus précis, et la notion de pratique concertée, cette dernière notion s'inspirant à notre sens précisément de la jurisprudence américaine et constituant l'élément de la

« conspiracy » qui concernait le comportement sur le marché.

L'interprétation des traités sur le fondement des travaux préparatoires constitue, on le sait, un domaine difficile en droit communautaire, en particulier parce qu'une grande partie des travaux préparatoires n'a pas été publiée. Dans le domaine du droit de la concurrence, les difficultés ont été illustrées notamment par le dépouillement des travaux préparatoires à l'article 85 connus, plus ou moins officiels, effectué par Ellis⁵⁷. Il est sans doute également révélateur que les requérantes n'aient pas fondé leur point de vue sur des éléments écrits précis de la genèse de l'article 85.

Il n'est sans doute pas improbable que les observations des requérantes quant au contexte historique soient fondées, mais la portée que l'on peut leur reconnaître n'est pas très grande. Lorsqu'on examine le libellé de la disposition, qui a de toute évidence pour but de viser de façon exhaustive toute activité anticoncurrentielle incompatible avec le marché commun, il est difficile de supposer, sans beaucoup d'indices sérieux, que les auteurs du traité ont voulu exclure du champ d'application de la disposition toute une importante catégorie d'initiatives commerciales douteuses. Ce n'est pas l'hypothèse que la Cour de justice a retenu dans les cas dans lesquels elle a eu l'occasion de se prononcer, comme cela ressort des décisions citées ci-après. Nous ne voyons pas non plus d'éléments d'interprétation qui forceraient le Tribunal à limiter de la sorte le champ d'application de l'article 85. D'un autre côté, les considéra-

55 — Voir U. S. v. Kissel, (U. S. Supr. Court 1910) 173 Fed. 823, 218 US 601, Multiflex, Inc. v. Samuel Moore & Co., and Eaton Corp., (5th Circ. 1983), 1983-2 Trade Cases, 65, 507 et American Tobacco Co. et al. v. U. S., (CCA-6 1944), 1944-45 Trade Cases, 57, 317 (p. 57, 587).

56 — *Cahiers de droit européen*, 1974, p. 258.

57 — Voir Ellis, Joseph: « Source material for Article 85 (1) of the EEC Treaty » dans *Fordham Law Review*, Vol. XXXII, 1963, n° 2, p. 247 à 278.

tions de nature historique ne corroborent pas non plus la thèse de la Commission.

e) La jurisprudence de la Cour de justice en ce qui concerne la notion de pratique concertée

Les premiers arrêts de la Cour sur ce sujet ont été rendus en 1972⁵⁸. Ils ont donné lieu à un important débat, en partie critique, qui sera évoqué ci-après sous g).

Dans ces affaires, les circonstances de fait étaient assez différentes des faits qui sont soumis à l'appréciation du Tribunal en l'espèce. C'étaient les hausses de prix appliquées sur le marché qui avaient en elles-mêmes fait soupçonner à la Commission l'existence de la concertation d'une pratique qui avait incontestablement été suivie sur le marché. Le litige portait sur le point de savoir dans quelle mesure l'uniformité des hausses de prix pouvait s'expliquer par la nature oligopolistique de la structure du marché, et l'arrêt ne parle que d'une seule réunion (point 96), au cours de laquelle les entreprises ont eu la possibilité de procéder à la concertation qui est au centre des discussions dans la présente espèce.

En ce qui concerne la définition de la notion, la Cour de justice a commencé par trancher la question jusque-là controversée de savoir si les termes « pratique concertée » au sens de l'article 85, paragraphe 1, avaient un champ d'application propre ou s'il s'agissait uniquement d'une sorte de règle légale allégeant les conditions de preuve dans les cas où l'on ne dispose en substance

que des faits observés sur le marché et où la preuve d'un accord sera généralement impossible à rapporter, à moins de vider la notion d'accord de tout sens⁵⁹.

La Cour de justice déclare à ce sujet aux points 64 et 65 de l'arrêt:

« Attendu que si l'article 85 distingue la notion de 'pratique concertée' de celle d'accords entre entreprises' ou de 'décisions d'associations d'entreprises', c'est dans le dessein d'appréhender sous les interdictions de cet article une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence;

que par sa nature même, la pratique concertée ne réunit donc pas tous les éléments d'un accord, mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants; ».

Selon la Cour, la notion de « pratique concertée » a donc un champ d'application autonome, qui recouvre ce que l'on peut appeler la coopération ne constituant pas un accord. Le terme clé en l'occurrence est la coordination et la question qui se pose dans la présente espèce est de savoir si c'est la coordination en tant que telle qui est décisive ou si c'est la « coordination qui s'extériorise par le comportement des participants ».

58 — Arrêts du 14 juillet 1972, Imperial Chemical Industries Ltd/Commission (48/69, Rec. p. 619) et 49/69 à 57/69.

59 — Voir Piriou: *Cahiers de droit européen*, 1973, p. 52, et Joliet, op. cit., p. 266, et les références qui se trouvent dans ces deux articles.

Il y a lieu de relever en outre que la Cour de justice a déclaré, aux points 118 et 119 de l'arrêt que :

« s'il est loisible à chaque producteur de modifier librement ses prix et de tenir compte à cet effet du comportement, actuel ou prévisible, de ses concurrents, il est en revanche contraire aux règles de concurrence du traité qu'un producteur coopère avec ses concurrents, de quelque manière de ce soit, pour déterminer une ligne d'action coordonnée relative à une hausse de prix, et pour en assurer la réussite par l'élimination préalable de toute incertitude quant au comportement réciproque relatif aux éléments essentiels de cette action, tels que taux, objet, date et lieu des hausses;

que dans ces conditions et compte tenu des caractéristiques du marché des produits en cause, le comportement de la requérante conjointement avec d'autres entreprises poursuivies a visé à substituer aux risques de la concurrence et aux aléas de leurs réactions spontanées une coopération constitutive d'une pratique concertée interdite par l'article 85, paragraphe 1, du traité ».

Ces dernières affirmations se rapportent à l'analyse du marché et au point de vue de la Cour de justice elle-même quant au caractère des hausses de prix annoncées publiquement. Toutefois, là encore la question est de savoir si c'est seulement la coopération pour déterminer une ligne d'action coordonnée ou si c'est aussi le fait d'en assurer la réussite qui a été déterminant pour la Cour.

Si l'on tient compte du fait que la Cour s'est à l'évidence prononcée dans le cadre des

affaires considérées en l'occurrence, dans lesquelles il s'agissait précisément de savoir si un comportement donné sur le marché, dont on avait constaté qu'il était en pratique uniforme, résultait d'une concertation et que, par ailleurs, rien dans l'arrêt ne permet de dire qu'en rédigeant les attendus cités, la Cour a également envisagé des situations telles que celle qui se présente dans les affaires « Polypropylène », il est difficile de trouver dans l'arrêt des arguments en faveur de la thèse des requérantes ou de celle qui est défendue par la Commission ici.

L'arrêt rendu par la Cour de justice dans les affaires « Sucre »⁶⁰ se rapproche peut-être davantage du point de vue soutenu à présent par la Commission. En effet, le libellé des attendus 172 à 176 est le suivant :

« Attendu que SU et CSM font valoir que, la notion de 'pratiques concertées' supposant un plan et le but d'éliminer par avance l'incertitude relative au comportement futur des concurrents, on ne saurait se contenter de la conscience que les intéressés auraient pu avoir réciproquement du caractère parallèle ou complémentaire de leurs décisions respectives, sous peine de condamner toute tentative d'une entreprise de réagir aussi intelligemment que possible à l'action du concurrent;

attendu que les critères de coordination et de coopération retenus par la jurisprudence de la Cour, loin d'exiger l'élaboration d'un véritable 'plan', doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence et selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière

60 — Voir ci-avant note 41.

autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun, y compris le choix des destinataires de ses offres et de ses ventes;

que, s'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché;

qu'il résulte des pièces citées qu'il y a eu des contacts entre les requérantes et que celles-ci ont précisément poursuivi le but d'éliminer par avance l'incertitude relative au comportement futur de leurs concurrents;

que, dès lors, l'argument des requérantes ne saurait être retenu. »

Dans cette affaire, la discussion portait par conséquent sur le point de savoir dans quelle mesure il est nécessaire, aux fins de l'application de l'article 85, paragraphe 1, de constater l'existence d'un « plan », question à laquelle la Cour de justice a répondu par la négative. Mais elle ne s'est prononcée que sur la nature de la coopération qui est visée par la disposition et non pas sur le moment à partir duquel on peut estimer que l'infraction a été commise.

Dans l'arrêt Züchner⁶¹, une juridiction allemande avait demandé à la Cour si, dans les opérations de paiement et de mouvements de capitaux intracommunautaires entre banques, la perception d'une commission bancaire uniforme de 0,15 % du montant à virer constituait une pratique concertée.

Dans l'arrêt, la Cour de justice a tout d'abord présenté une synthèse de ses observations dans les affaires ICI/Commission et « Sucre », en affirmant aux points 12 à 14 :

« Ainsi que la Cour l'a relevé notamment dans son arrêt du 14 juillet 1972 (ICI/Commission, 48/69, Rec. p. 619), une pratique concertée au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité constitue une forme de coordination entre entreprises, qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence.

La Cour a aussi affirmé, dans son arrêt du 16 décembre 1975 (Suiker Unie/Commission, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 à 114/73, Rec. p. 1663), que les critères de coordination et de coopération constitutifs d'une pratique concertée, loin d'exiger l'élaboration d'un véritable 'plan', doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun et les conditions qu'il entend réserver à sa clientèle.

61 — Précité, note 3.

S'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché en cause, compte tenu de la nature des produits ou des prestations fournies, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché. »

La Cour de justice a abordé la question de la concertation un peu plus loin dans l'arrêt. Elle déclare ainsi au point 21:

« Il y a là question de fait que la juridiction saisie du fond du litige est seule compétente pour apprécier. A cette fin, il importe d'examiner s'il y a entre les banques ayant un comportement parallèle des prises de contact ou, à tout le moins, des échanges d'informations au sujet, entre autres, du taux des commissions effectivement perçues pour des opérations de transfert comparables qui ont été effectuées ou qui sont envisagées pour l'avenir et si, eu égard aux conditions du marché en cause, le taux de la commission uniformément appliqué n'est pas différent de celui qui aurait résulté du libre jeu de la concurrence. Il importe en outre de prendre en considération le nombre et l'importance, dans le marché des échanges monétaires entre États membres, des banques participant à une telle pratique... »

La Cour de justice a répondu à la question posée de la façon suivante:

« Un parallélisme de comportement dans la perception d'une commission bancaire uniforme sur les transferts de sommes d'un État membre à l'autre effectués par les banques sur les fonds de leur clientèle, constitue une pratique concertée, interdite par l'article 85, paragraphe 1, du traité, s'il est établi par la juridiction nationale que ce parallélisme de comportement réunit les éléments de coordination et de coopération caractéristiques d'une telle pratique, et que celle-ci est de nature à affecter de manière sensible les conditions de la concurrence dans le marché des prestations relatives à ces transferts. »

Comme on le constatera à la lecture des extraits cités, cet arrêt ne contient pas, par rapport à l'arrêt *Suiker Unie/Commission*, de nouveaux indices permettant de résoudre le problème. Dans cette affaire aussi, il y avait manifestement une pratique au sens où les requérantes dans la présente espèce entendent cette notion et les motifs de la Cour se réfèrent donc en réalité à cette pratique.

Dans ce contexte, nous estimons qu'on ne peut sans doute pas tirer de la jurisprudence de la Cour des arguments qui contrediraient directement le point de vue de la Commission, mais les faits des affaires dont la Cour a été saisie jusqu'à présent étaient très différents des faits de l'espèce. La description de la pratique concertée fournie par la Cour de justice doit nécessairement être considérée dans ce contexte et on ne peut donc pas présumer qu'elle fournit un élément de réponse à la question de savoir si l'infraction incriminée à l'article 85, paragraphe 1, sous la qualification de pratique concertée est constituée par la seule concertation ou s'il faut que cette concertation soit suivie d'un

comportement de fait de la part des entreprises concernées, présentant avec elle un lien de causalité.

f) Observations des avocats généraux de la Cour sur la question

Dans l'affaire ACF Chemiefarma/Commission⁶², l'avocat général M. Gand s'est exprimé dans le même sens que les requérantes dans la présente espèce. Dans le cadre de son examen de la question de savoir dans quelle mesure un « gentlemen's agreement » devait être considéré comme un accord ou une pratique concertée au sens de l'article 85, paragraphe 1, il a ainsi déclaré⁶³:

« En premier lieu, faut-il considérer le gentlemen's agreement comme un accord, ce que fait la décision attaquée — ou comme une pratique concertée? Bien que l'un et l'autre soient visés par l'article 85 du traité, la distinction n'est pas sans intérêt, au moins sur le terrain de la preuve de l'infraction. En effet, en vertu de l'arrêt Grundig ... lorsqu'il apparaît qu'un accord a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence, il n'y a pas, aux fins de l'application de l'article 85, à prendre en considération ses effets concrets. Il en est sans doute autrement pour une pratique concertée, laquelle, dans l'opinion dominante, suppose que la concertation se traduise concrètement de sorte qu'il faut établir un comportement de fait des intéressés et d'autre part l'existence d'un lien

entre ce comportement et un plan préétabli. »⁶⁴

Dans les affaires « Matières colorantes »⁶⁵, l'avocat général M. Mayras s'est rallié pour l'essentiel au point de vue exprimé par l'avocat général M. Gand dans l'affaire ACF Chemiefarma/Commission. Mais sur un point il va plus loin que M. Gand. Il a tout d'abord refusé de réduire la catégorie juridique des pratiques concertées à une simple application particulière de la notion d'accord, en soutenant qu'il fallait reconnaître une signification propre à la distinction opérée par le traité et considérer les pratiques concertées comme une catégorie à part pour éviter que les dispositions ne puissent être tournées par des entreprises qui agiraient de sorte à ne laisser aucune trace écrite de leurs accords. Comme cela a été exposé, la Cour de justice a souscrit à cette thèse. Il a déclaré ensuite (p. 675):

« Une telle interprétation, tenant réellement compte de la distinction opérée par l'article 85, est d'un intérêt évident quant à la preuve de l'existence d'une pratique concertée qui, même impliquant une certaine manifestation de la volonté des entreprises participantes, ne peut être recherchée dans les mêmes conditions que la preuve d'un accord explicite.

Mais il faut aussi qu'un élément objectif, essentiel à la notion de pratiques concertées, existe; c'est un comportement *de fait* commun aux entreprises participantes. Telle est la première différence de principe avec la notion d'accord en ce sens que, selon votre

62 — Précitée, note 21.

63 — Rec. p. 718, deuxième colonne.

64 — Dans l'arrêt, la Cour de justice ne s'est pas prononcée sur la distinction entre l'accord et la pratique concertée.

65 — Voir note 28 (Rec. p. 669).

jurisprudence, l'accord, pourvu que son existence soit établie et qu'il ait pour objet de porter atteinte à la concurrence à l'intérieur du marché commun, tombe sous le coup de l'article 85, sans qu'il y ait lieu de rechercher l'*effet réel* dudit accord sur la concurrence. La pratique concertée au contraire nous paraît ne pas pouvoir être entièrement dissociée dans sa conception même, de l'effet réel qu'elle a sur les conditions de la concurrence à l'intérieur du marché commun. »

Dans la partie qu'il a consacrée ensuite (p. 687) à l'atteinte à la concurrence, il a affirmé en outre:

« Mais une partie de la doctrine, attachant, pour définir la notion de pratique concertée, une particulière importance aux éléments objectifs, estime que, pour tomber sous le coup de l'article 85, cette pratique doit avoir effectivement, concrètement, eu pour effet d'altérer la concurrence.

Dans ses conclusions sur l'affaire ACF Chemiefarma/Commission, l'avocat général M. Gand paraissait s'orienter dans le même sens. Selon lui ...

Nous avons déjà laissé entrevoir que notre opinion n'est pas très éloignée de celle qui a été ainsi exprimée.

Serait-il possible d'aller plus loin, de prendre en considération non pas le résultat, l'*effet réel* de la pratique, mais également son *effet virtuel*? Sans doute pourrait-il paraître singulier d'admettre qu'une pratique

concertée, qui n'a eu matériellement aucun effet sur le jeu de la concurrence, en dépit de l'intention des participants et en raison de circonstances qui leur sont étrangères, échapperait à l'application de l'article 85; nous serions tenté de considérer dans un tel cas que la tentative ou le simple commencement d'exécution suffirait à justifier l'application de l'article 85, paragraphe 1. »

A notre avis, l'aspect intéressant en l'espèce de ces développements est que l'avocat général M. Mayras esquisse une théorie de la tentative dans le cadre de la notion de pratique concertée telle qu'elle est utilisée à l'article 85, paragraphe 1. Une esquisse qui n'a pourtant été poursuivie ni par la Cour de justice ni par ses avocats généraux et qui n'a pas non plus été commentée dans des arrêts ultérieurs.

La Commission invoque les conclusions de l'avocat général M. Reischl dans les affaires Fedetab⁶⁶ à l'appui de son argumentation, contestée par les requérantes. La Commission estime que les termes « une querelle de qualification négligeable », utilisés par M. Reischl, montrent qu'il est de l'avis de la Commission. En fait, M. Reischl avait dit (p. 3310, première colonne):

« Néanmoins, nous avons l'impression que précisément cet arrêt (ICI) montre clairement que le point que nous envisageons maintenant constitue une querelle de qualification négligeable. Et cela, parce que la procédure a montré qu'on peut en toute hypothèse se fonder sur une pratique concertée au sens de l'article 85, paragraphe 1, précisément sur une 'coordination qui

66 — Voir note 8.

s'extériorise par le comportement des participants'. En effet, il est tout à fait incontesté que les directives de distribution ont été non seulement élaborées en commun mais qu'elles ont été et sont également appliquées... »

Si l'on replace les propos de M. Reischl dans leur logique — et dans leur contexte — ils indiquent plutôt, à notre avis, qu'il estime que tous les éléments constitutifs de la pratique concertée, au sens où l'entendent les requérantes, étaient réunis dans l'affaire Fedetab, si bien que cela ne constituait, le cas échéant, qu'une « querelle de qualification négligeable » de rattacher ce que la Commission avait qualifié d'accord dans sa décision à la notion de « pratique concertée ». Il est bien évidemment possible de discuter du point de savoir si cela est permis mais si l'on veut tirer d'autres conclusions de ces observations, elles corroboreront sans doute plutôt le point de vue des requérantes.

Enfin, la Commission se réfère aux développements de l'avocat général Sir Gordon Slynn dans les affaires Pioneer⁶⁷. Toutefois, Sir Gordon Slynn ne se prononce pas sur ce qui peut constituer une pratique concertée, mais il ne traite que la question de la façon dont la preuve d'une concertation peut être rapportée, à savoir notamment en considérant la pratique.

Le dernier à s'être exprimé sur ce sujet est l'avocat général M. Van Gerven dans l'arrêt du 11 janvier 1990, Sandoz⁶⁸, dans lequel il est déclaré, sans autre explication, qu'il doit

avoir été prouvé que la circonstance en question a eu pour effet de restreindre le jeu de la concurrence, sans que le problème qui nous occupe à présent ne soit abordé; il n'y avait d'ailleurs pas lieu de le faire dans les circonstances de l'espèce.

Pour résumer les propos précités des avocats généraux de la Cour, il est à notre sens possible de conclure qu'ils ne corroborent pas le point de vue de la Commission et qu'ils l'infirmen plutôt, étant donné que les avocats généraux MM. Gand, Mayras et Reischl, dans leurs développements consacrés à la concertation, exigent tous trois qu'elle ait été suivie d'un comportement de fait. Dans le cas de M. Mayras toutefois, cité ci-avant, ce point de vue se conjugue avec ses observations sur la possibilité de réagir par rapport à la tentative. Mais M. Mayras semble confondre ce qu'il appelle le « comportement objectif » qui est « nécessaire », à savoir le « comportement de fait commun » aux entreprises participantes, avec l'« effet réel ... sur les conditions de la concurrence » et il parle de l'« effet réel », qui est visé, mais éventuellement aussi de l'« effet virtuel », qui est assimilé à la tentative. M. Mayras semble donc penser que seule la pratique concertée qui a « pour effet » est manifestement visée et que l'on doit considérer comme une tentative la pratique concertée « qui a pour objet ».

g) La doctrine

Dans ce paragraphe, qui ne vise pas à l'exhaustivité, nous nous référons à certains auteurs dont les observations sur la question nous semblent très bien refléter la position du problème.

67 — Voir note 8, p. 1929.

68 — C-277/87, Rec. p. I-45 (publication sommaire).

Le commentaire vraisemblablement le plus approfondi des arrêts « Matières colorantes » est fourni par *M. Joliet*⁶⁹, qui souligne notamment dans son article qu'il faut éviter de confondre la notion de pratique concertée et sa preuve. *M. Joliet* a proposé de définir la pratique concertée (pages 271 et 285) comme une communication réciproque d'intention entre concurrents, préalable à toute action sur le marché, par laquelle chacune des entreprises concernées amène les autres à escompter qu'elle agira dans un sens déterminé et réduit ainsi l'incertitude qui règne sur le marché. De l'avis de *M. Joliet*, il y a pratique concertée dès qu'il y a concertation, c'est-à-dire qu'elle ait ensuite été mise en œuvre ou non par les participants à la concertation et qu'elle ait produit ou non des effets anticoncurrentiels, dès lors qu'elle était de nature à les produire.

*M. J. A. Van Damme*⁷⁰ se rallie à l'avis de *M. Joliet* en indiquant que la pratique concertée peut être dissociée des effets réels sur les conditions du marché. Il se fonde sur le fait que l'article 85, paragraphe 1, vise également les pratiques concertées qui ont pour objet de fausser la concurrence. Il est toutefois intéressant de relever que *M. Van Damme* ne semble faire la distinction qu'entre les hypothèses dans lesquelles seule la concertation a été prouvée, d'une part, et les hypothèses dans lesquelles une concertation qui a eu une incidence sur les conditions du marché a été prouvée, d'autre part. La dernière catégorie mentionnée par *M. Van Damme* est la véritable concertation qui « a pour effet » et pas seulement « pour objet ». Il ne distingue donc pas le groupe intermédiaire constitué par la concertation

« qui a pour objet » et qui est suivie d'une mise en œuvre, sans toutefois que celle-ci soit efficace et ait donc des effets réels sur la concurrence.

En revanche, il est dit dans le manuel de *MM. Schapira, Le Tallec et Blaise*⁷¹ que si l'on reste sur le terrain de l'interprétation littérale, il faut tenir compte du terme « pratique », qui semble exclure qu'il puisse s'agir d'un simple projet. Pour ces auteurs, il faut prouver non seulement la concertation, mais également une mise en œuvre pratique de cette concertation.

*M. Goldman*⁷² affirme dans son commentaire des affaires « Matières colorantes », lorsqu'il aborde la question de la définition de la pratique concertée, que cette notion peut être conçue soit comme un échange de consentements, que les participants n'ont toutefois pas entendu rendre juridiquement obligatoire (ou comme des obligations dont il est possible de se libérer unilatéralement), soit comme un régime dans le cadre duquel la participation concertée résulte d'échanges d'informations et de consultations entre les entreprises, mais est en définitive librement décidée par chacune d'elles. *M. Goldman* poursuit en affirmant qu'on peut non seulement faire entrer les gentlemen's agreements et les accords dénonçables unilatéralement dans la notion de pratique concertée, mais aussi admettre que des pratiques décidées individuellement, mais à la suite d'échanges d'informations et de consultations, sont également « concertées ». Il résulte par conséquent de la description de la notion de pratique concertée fournie par *M. Goldman*

69 — Voir note 56.

70 — *La politique de la concurrence dans la CEE*, 1977, publication de l'Institut universitaire international, Luxembourg, éditions UGA.

71 — *Droit européen des affaires*, Thémis, Droit 1990, p. 278, Presses Universitaires de France.

72 — *Journal du droit international*, 1973, p. 925, 938.

qu'il estime que la pratique concertée « ayant pour objet » est constituée *dès lors* que la concertation est prouvée, par exemple sous la forme de consultations et d'échanges d'informations et *dès lors* qu'elle s'est traduite par des pratiques, même si ces pratiques ont été librement décidées par chacune des entreprises participantes. Il n'est donc pas nécessaire que les pratiques aient été décidées en commun, à condition qu'elles soient décidées à la suite de la concertation. Selon M. Goldman, les « pratiques concertées » peuvent par conséquent être aussi bien tout à fait différentes que parallèles. La concertation « qui a pour objet » n'est donc pas suffisante en elle-même; elle doit se traduire par des pratiques.

Dans son interprétation des arrêts « Matières colorantes », *M^{me} Piriou*⁷³ (opus citatum, page 53) adopte la thèse selon laquelle la Cour a insisté sur l'effet que la concertation produit sur la concurrence. Elle en déduit qu'il faut que la concertation se traduise, concrètement, par l'élimination des risques de la concurrence. Dès lors, elle met en doute la suggestion de l'avocat général M. Mayras, selon lequel l'effet virtuel d'une pratique concertée, c'est-à-dire la tentative prise en tant que telle, pourrait être visé par l'article 85, paragraphe 1. *M^{me} Piriou* conclut (page 58) qu'il résulte des arrêts que, dans la mesure où la Cour ne fixe pas d'exigence minimale quant au degré de coopération qui peut être visé par l'article 85, l'échange d'informations sur les prix peut, par exemple, tomber sous le coup de cet article, à condition toutefois que la concertation se traduise par une altération de la concurrence en la matière. *M^{me} Piriou* ne semble donc pas prendre en considération la catégorie intermédiaire, dans le cadre de laquelle la concertation a été mise en

œuvre, sans que cela ait réussi et donc produit les effets voulus. Sa description semble plutôt impliquer qu'elle écarte, dans son interprétation, la catégorie de la concertation « qui a pour objet » dans la mesure où elle exige que la concertation se traduise par une altération de la concurrence, c'est-à-dire que la concertation doit avoir eu des effets.

*M. Eric Colmant*⁷⁴ soutient une thèse qui est proche de celle des requérantes en l'espèce, à savoir qu'une pratique concertée peut avoir un objet illicite sans avoir un tel effet. Selon M. Colmant, tel est le cas lorsque les effets du comportement des entreprises sont insuffisants pour porter atteinte à la concurrence, mais sont suffisamment révélateurs pour que l'on puisse conclure à l'existence d'une intention de porter une telle atteinte. M. Colmant affirme que l'existence d'une pratique concertée suppose la réunion de deux éléments: d'une part la concertation, élément intentionnel, et d'autre part un certain comportement de fait, élément matériel, et qu'il y ait un lien entre ces deux éléments.

*M. Van Gerven*⁷⁵ attache de l'importance à ce que l'atteinte à la concurrence qui résulte de la concertation soit prouvée.

M. Schröter, dans Groeben/Boech⁷⁶, se situe pour l'essentiel dans la ligne de MM. Joliet et J. A. Van Damme. Il affirme notamment que l'interdiction des ententes joue dès le moment où les entreprises participantes se

74 — *Revue du Marché commun*, 1973, p. 17.

75 — *Kartellrecht*, 1986.

76 — *Handbuch des Europäischen Rechts*, article 85, n^{os} 17 et 18, p. 106 et suiv.

73 — *Cahiers de droit européen*, 1973, p. 50.

sont concertées sur le comportement à tenir, c'est-à-dire avant même que le comportement visé se soit traduit dans les faits.

M. Koch, dans Grabitz⁷⁷, mentionne également, sans l'explicitier davantage, que la concertation en tant que telle peut constituer une infraction à l'article 85, paragraphe 1.

*MM. Bellamy et Child*⁷⁸ estiment également que les contacts entre les entreprises, qui prennent en général la forme de réunions, de discussions, d'échanges d'informations, ou de « sondages », lorsqu'ils ont pour objet de modifier les comportements sur le marché, relèvent de la notion de pratique concertée.

*M. Kovar*⁷⁹ estime qu'il ressort des arrêts « Matières colorantes » que la Cour de justice met en évidence deux éléments d'une définition, l'un objectif, le parallélisme du comportement, l'autre subjectif, son caractère intentionnel.

*M. Druésne*⁸⁰ estime que la pratique concertée comporte deux aspects, à savoir le comportement lui-même et la volonté d'agir ensemble. Selon M. Druésne, un simple échange d'informations peut toutefois être constitutif d'une pratique concertée, dans la mesure où en portant leurs intentions à la connaissance de leurs concurrentes, les

entreprises exercent une influence sur leur autonomie de décision.

*M. Deringer*⁸¹ s'interroge sur le point de savoir si l'article 85, paragraphe 1, ne concerne que le comportement concerté ou si la disposition vise plutôt la concertation en tant que tentative.

Comme le révèle ce rapide examen d'une partie de la doctrine de 1973 à nos jours, il y a de profondes divergences quant à l'interprétation de la notion de « pratique concertée ». Une partie de la doctrine conçoit la notion de telle façon que la concertation elle-même suffit et néglige par conséquent le terme « pratique » ou considère la concertation comme constituant elle-même une pratique. Une autre partie de la doctrine, et notamment la doctrine la plus récente, maintient qu'il doit y avoir aussi bien concertation que pratique, respectivement qualifiées par certains d'élément subjectif et d'élément objectif. Il ressort toutefois clairement de la doctrine que c'est la concertation qui est unanimement considérée comme l'élément central. Tous s'accordent à estimer qu'une pratique sur le marché qui ne peut pas être rattachée à une concertation ne tombe manifestement pas sous le coup de l'article 85.

Cependant, il ressort également de l'examen de la doctrine que les auteurs qui exigent qu'il y ait également une pratique semblent supposer dans une certaine mesure que la preuve d'un effet sur le marché doit être

77 — *Kommentar zum EWG-Vertrag*, article 85, n° 28, p. 10.

78 — *Common Market Law of Competition*, 3^e édition 1987, point 2-040, p. 60.

79 — *Clunet*, 1977, p. 219.

80 — *Droit matériel et politiques de la Communauté européenne*, 1986, p. 163.

81 — *Das Wettbewerbsrecht der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, article 85, n° 23, p. 799.

rapportée et pas seulement celle d'un comportement, même si celui-ci n'a pas eu de conséquences réelles pour la concurrence. En conséquence, nous estimons que l'examen de la doctrine ne corrobore de façon claire ou plus concluante ni l'interprétation de la notion de pratique concertée défendue par la Commission, ni celle qui a été proposée par les requérantes.

h) Le point de départ de l'interprétation

Si l'on s'en tient à la lettre de l'article 85, il contient exactement les mêmes éléments en ce qui concerne la pratique concertée que quant à l'accord, à savoir qu'il interdit à la fois la pratique concertée qui a *pour objet* d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence et la pratique concertée qui a de tels *effets*. Il résulte donc manifestement tant de l'interprétation littérale que d'une interprétation grammaticale que l'on peut mettre en évidence une catégorie spécifique, celle des pratiques concertées ayant un objet (illicite).

Si, comme une partie de la doctrine et — semble-t-il — les avocats généraux, on exige, conformément au libellé de l'article 85, outre la concertation, la preuve d'une pratique présentant avec elle un lien de causalité, il se pose le problème de savoir par quoi la « pratique » doit être constituée dans le cas d'une pratique concertée « qui a pour objet ». Le fait qu'une pratique éventuellement prouvée ait eu des effets concrets sur la concurrence importe peu à cet égard. D'autre part, dans la présente espèce, la Commission éprouve quelques difficultés à

expliquer à quoi ressemble l'élément incriminé par la disposition qui est qualifiée de pratique, étant donné qu'une concertation qui a pour objet de restreindre la concurrence constitue en elle-même, de l'avis de la Commission, une pratique concertée.

Comme nous tenterons de le montrer ci-après, le problème peut vraisemblablement se réduire à la question de savoir à partir de quel moment l'infraction est constituée. Comme on le verra, nous estimons que tout ce que l'on peut dire, c'est que le moment dans le cours des événements à partir duquel on peut dire que l'infraction qualifiée de *pratique concertée ayant un objet illicite* est constituée est postérieur au moment correspondant en ce qui concerne les *accords ayant un objet illicite*.

i) La « pratique concertée » suppose-t-elle un comportement sur le marché?

Comme cela ressort des points d) et e), nous estimons que ni la jurisprudence de la Cour ni les conclusions des différents avocats généraux cités ne fournissent d'éléments corroborant le point de vue de la Commission et que la Commission ne peut pas non plus se fonder de façon claire et manifeste sur la doctrine.

La lettre et le contexte historique de l'article 85⁸² ne militent pas non plus en faveur de la thèse selon laquelle la pratique concertée

82 — Voir ci-avant sous d).

peut être considérée comme constituée dès lors que, et du fait que, des informations concernant la concurrence sont échangées ou qu'une concertation est assurée par d'autres moyens.

Si l'on examine la jurisprudence existant à l'heure actuelle, précitée sous e), on constate que les affaires ont été considérées du point de vue du marché. Il s'agissait jusqu'ici de trancher le point de savoir si l'observation d'un comportement de fait sur le marché et les autres éléments de preuve — souvent minces — existants permettaient d'établir que le comportement observé sur le marché s'expliquait par une concertation entre les entreprises concernées. Il est également clair que si le marché a un comportement difficilement explicable, lorsqu'une ou plusieurs réunions se sont tenues entre des entreprises normalement concurrentes, lorsque des télex nombreux ou semblables, comportant par exemple des instructions de prix, ont été envoyés, cela constituera généralement des indices sérieux permettant de conclure que tout ne s'est pas passé correctement, même à défaut de preuves directes décisives.

Lorsqu'on considère une situation du point de vue du marché, il est évident que ce sont normalement des *comportements étonnamment semblables* sur le marché qui éveillent les soupçons de la Commission. Mais on peut tout aussi bien estimer qu'une pratique concertée réside dans le fait pour les entreprises participantes de s'entendre pour que A fasse X (par exemple pratiquer un certain prix), tandis que B, C, D et E feront Y (par exemple pratiquer un certain prix moins 5 Pfennig). Il y a également pratique concertée dans ce cas. Si, pour les besoins

du raisonnement, nous négligeons le fait qu'une entente aussi sophistiquée peut difficilement être instaurée sans quelque chose qui répond le mieux à la qualification d'accord et si nous supposons qu'A fera a, que B fera b, C fera c etc., il demeure tout à fait indiscutable qu'une telle concertation peut être particulièrement difficile à prouver, à moins que l'on n'ait également pu se procurer d'autres preuves qui indiquent assez directement ce qui s'est passé. Il n'en existe pas moins manifestement une pratique concertée, qui ne s'extériorise tout simplement pas par des comportements uniformes et parallèles.

Lorsqu'on est confronté à un marché qui se comporte de façon étrange et qui recèle divers indices d'une concertation illégale, les différents facteurs doivent à l'évidence être concordants. Si le marché pratique, de façon non explicable par ailleurs, un prix qui correspond au prix « réel » du marché plus 15 %, il n'est pas très utile, du point de vue des preuves, d'avoir un télex qui mentionne le prix « réel » moins 15 % ou, par exemple, le prix « réel » plus 150 %. Il faut pouvoir constater un lien entre les preuves; le comportement du marché doit pouvoir permettre de présumer avec un certain degré de certitude, grâce à des éléments de preuve qui vont dans le même sens, qu'il y a eu concertation et quelle forme elle a prise.

Mais qu'en est-il si l'on se place de l'autre côté? Que se passe-t-il si l'on a connaissance d'une « concertation » mais que les autres facteurs restent un peu plus équivoques? Suffit-il, comme le soutient la Commission, que la concertation soit prouvée, c'est-à-dire que la consultation ou

l'échange d'informations sont suffisants? Ou, en d'autres termes, la concertation constitue-t-elle en soi une pratique concertée?

Comme cela a été exposé ci-avant, il n'y a pas beaucoup d'éléments corroborant une telle interprétation de la notion de « pratique concertée ». Il pourrait être politiquement souhaitable d'adapter le droit en ce sens⁸³, mais cette interprétation est difficilement conciliable avec le sens littéral du libellé de la disposition et ne peut pas non plus être fondée sur le contexte dans lequel s'inscrit la disposition. Nous concluons par conséquent qu'il y a lieu de rejeter une telle interprétation.

On peut toutefois se demander quelles sont les conséquences d'une concertation entre des entreprises. Pourquoi la concertation est-elle un élément si central que la Cour de justice estime qu'il résulte de l'article 85 que « toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel... » est catégoriquement interdite, comme elle l'a déclaré en dernier lieu dans les affaires « Sucre » et Züchner, précitées? A notre avis, c'est parce que de telles entreprises agiront ensuite sur le marché, nécessairement et, en règle générale, inévitablement, en tenant compte de ce qu'elles ont appris et de la discussion qui a eu lieu dans le cadre de la concertation. Elles ont obtenu des renseignements sur les réflexions des

autres; elles savent que les autres entreprises disposent maintenant de certaines informations quant à leur propre situation et elles savent plus ou moins ce à quoi on pourra s'attendre ou, en tout cas, on devrait pouvoir s'attendre de la part des autres à la suite des entretiens qui ont eu lieu. Elles négocient notamment avec leurs clients et adaptent leur production en disposant d'un autre fonds d'informations et en ayant conscience d'autres éléments que si elles n'avaient pu se fier qu'à leur propre expérience, leur connaissance générale du marché et leur perception concrète de celui-ci.

En conséquence, nous estimons que l'on peut soutenir que la concertation se traduira en principe automatiquement par des comportements ultérieurs sur le marché qui seront déterminés par la concertation, que les entreprises entreprennent telle ou telle action en ce qui concerne leur politique sur le marché, c'est-à-dire indépendamment du point de savoir si elles se comportent ensuite de manière plus ou moins uniforme sur le marché. A notre avis, il en sera également ainsi dans le cas d'une concertation prenant la forme d'un échange d'informations intéressant la concurrence, tels que les prix actuels ou envisagés, sans autre coordination entre les entreprises, c'est-à-dire à la seule condition implicite entre les entreprises que toutes sont supposées réagir rationnellement par rapport à leur propre situation et à la situation des autres participantes. En effet, dans un tel cas, les entreprises sont également mises en mesure d'apprécier avec davantage de certitude la situation du marché et d'agir en conséquence. En tout cas, toutes choses étant égales par ailleurs, l'échange d'informations engendrera un risque important que les conditions du marché soient différentes de ce qu'elles

83 — Voir Lübbert, Hans-Dieter: *Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht*, p. 90, et note 51.

auraient été sinon. Il va de soi qu'il ne sera en général pas possible dans un tel cas de démontrer un lien de causalité concret entre les agissements (pratique) et la concertation (échange d'informations ayant un objet illicite).

Aux termes de l'article 85, paragraphe 1, ce sont *toutes* les pratiques concertées qui sont interdites. Cette partie de la disposition a par conséquent le caractère d'une disposition de « captage »⁸⁴, qui, formulée largement, vise toutes les formes de coopération anticoncurrentielle entre des entreprises qui ne relèvent pas de la notion d'accord. L'affirmation de la Cour, précitée sous e):

« ... une forme de coordination qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique aux risques de la concurrence »,

doit être entendue de la même façon.

Dans ce contexte, nous estimons que, s'il est établi qu'une concertation a eu un objet illicite et si, comme nous l'avons exposé ci-avant, on peut partir de l'idée que les entreprises ont agi ensuite sur la base de cette concertation, même si la Commission n'a pas rapporté la preuve d'agissements concrets (une pratique), il est permis d'affirmer qu'il y a une pratique concertée ayant un objet illicite, qui tombe sous le

coup de l'article 85. Lorsque les entreprises agissent en ayant davantage d'informations et d'attentes plus ou moins justifiées quant au comportement des autres qu'elles n'auraient dû en avoir ou n'en auraient normalement, il y a toujours un risque manifeste que la concurrence soit moins intense qu'elle ne l'aurait été dans le cas contraire. Ce risque est encore plus grand lorsque les conditions du marché sont de nature à provoquer une importante chute des prix, si le jeu de la concurrence était tout à fait libre. Dans la mesure où, comme nous l'avons dit ci-avant au point 2, un accord ayant un objet illicite au sens de l'article 85 constitue un « abstraktes Gefährdungsdelikat », nous ne voyons pas ce qui empêcherait que l'on interprète de façon similaire l'infraction, tout à fait parallèle à cet égard, qui a été qualifiée de pratique concertée ayant un objet illicite. Les infractions sont rigoureusement de même nature. Dans le cas de la pratique concertée, il faut qu'il y ait, et il y aura, outre la concertation, un comportement de fait subséquent, qui présente un lien avec la concertation. Rien de tel n'est exigé dans le cas de l'accord. Mais ce qui est essentiel pour les deux infractions, c'est que les opérateurs ne déterminent alors plus de façon indépendante la politique qu'ils vont mener et qu'il en résulte un risque important que se créent des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché en question.

Contrairement à ce qui découlerait de la thèse de la Commission, nous estimons qu'il faut par conséquent exiger que le comportement ait été réglé en fonction des connaissances et de la perception qui résulte de la concertation. La différence réside tout d'abord dans le fait que, s'il n'y a eu aucune action, il n'y a pas d'infraction. Si l'on est

84 — Voir Schröter dans Groeben/Boech, op. cit., n° 13, p. 103.

par exemple contraint de se retirer du marché immédiatement après la concertation pour des raisons extérieures sans aucun rapport avec celle-ci, par exemple la destruction des installations de production, l'article 85 ne peut pas être appliqué. Il en serait autrement en revanche si la preuve d'un accord ayant un objet illicite était rapportée. D'autre part, le point de vue que nous avons retenu implique qu'il reste possible, en tout cas théoriquement, de démontrer que la pratique suivie n'est pas concertée, ce qui veut dire qu'on peut le cas échéant faire la preuve que l'on s'est dégagé des liens et des connaissances qui résultent de la concertation. Cela est par exemple envisageable dans le cas de la cession d'une entreprise, dans le cadre de laquelle la nouvelle direction pourrait chercher à faire place nette ou lorsqu'elle ignore tout simplement qu'une concertation a eu lieu précédemment. Dans le cadre d'un processus continu, comme celui par lequel l'entente alléguée dans les affaires « Polypropylène » s'est formée, il est évident qu'il peut se révéler difficile en pratique de faire croire qu'on a changé de cap après une concertation et avant d'avoir utilisé les connaissances acquises grâce aux réunions.

Il est manifeste qu'en ce qui concerne les conséquences pratiques, il n'y aura normalement pas de grandes différences entre le point de vue de la Commission et l'interprétation de la notion de pratique concertée que nous défendons. Si l'on part de l'idée qu'une concertation aura et doit avoir une sorte d'effet automatique, il sera en général suffisant de rapporter la preuve de la concertation et du fait que les comportements subséquents sur le marché ont été réglés en fonction des connaissances qui résultent de la concertation. La Commission n'a donc pas besoin de prouver concrète-

ment des comportements précis qui en seraient la conséquence. En ce qui concerne les entreprises, il résulte de ce que nous avons énoncé qu'en réalité c'est à elles qu'incombe la charge de la preuve ou, en tous cas, une obligation très large de fournir des renseignements, pour que l'on puisse considérer comme établi que les informations tirées de la concertation n'ont pas été utilisées lors de la détermination de la politique de l'entreprise. Il y a également lieu de relever à cet égard que les requérantes ont admis lors des audiences que les informations obtenues lors des réunions étaient utiles.

Nous estimons que si, comme nous l'avons exposé, l'interprétation de la notion de pratique concertée que nous proposons ne se fonde pas directement ou expressément sur la jurisprudence de la Cour de justice, elle s'harmonise avec cette dernière ou se situe dans la même ligne. Notre interprétation de la notion est en fait conforme à l'opinion d'une grande partie des auteurs de la doctrine et elle est notamment conforme au sens littéral du libellé de la disposition. Nous observons à cet égard qu'il ne s'agit pas d'une interprétation extensive de cette disposition qui, en raison du caractère quasi pénal de celle-ci, serait difficilement conciliable avec des considérations de sécurité juridique généralement acceptées, comme la Cour l'a également indiqué dans l'arrêt Parke, Davis and Co.⁸⁵ Nous observerons enfin que l'interprétation proposée permet également de ne pas priver la disposition de son effet utile, ce qui se produirait dans le cadre de l'interprétation dont les requérantes ont cherché à persuader le Tribunal qu'elle était la bonne.

85 — Voir à ce sujet l'arrêt rendu par la Cour de justice le 29 février 1968 dans l'affaire 24/67, Parke, Davis and Co./Probel, Reese, Beintema-Interpharm et Centrafarm, Rec. 1968, p. 81.

j) La structure des deux formes d'infraction

Il a été soutenu dans les mémoires des requérantes que la Commission aurait dû distinguer entre l'« accord » et la « pratique concertée », car ces deux formes d'infraction sont de nature différente et que, en particulier, ce qui doit être prouvé est différent.

Nous avons expliqué plus haut, dans la partie consacrée aux aspects formels du problème de l'interprétation de l'article 85, quelle est l'importance de cette question. Toutefois, si l'on adopte la conclusion à laquelle nous sommes parvenus, nous estimons que le parallélisme entre la structure des deux types d'infraction est en réalité si grand qu'il n'est pas nécessaire de procéder à la distinction dans une situation telle que celle de l'espèce.

Pour ce qui est des accords, le litige porte principalement sur la preuve de deux faits. Il s'agit de savoir, d'une part, si des accords (qui ont eu pour objet, etc.) ont été conclus et, d'autre part, si ceux-ci ont eu des effets, comme le soutient la Commission. Les effets doivent eux-mêmes être prouvés, d'une part, pour ce qui est de savoir dans quelle mesure l'article 85 a été enfreint parce que les accords ont eu ces effets et, d'autre part, à titre subsidiaire, pour démontrer éventuellement que les faits sont moins graves étant donné que l'entente n'a pas eu ou n'a eu que peu d'effets anticoncurrentiels concrets. Toutefois, la question des effets présente aussi de l'importance en tant que preuve, ou plutôt en tant que preuve contraire, pour ce qui est de l'existence même des accords.

Une des thèses des requérantes consiste à dire que ce qui ressemble à un accord n'en est pas un s'il n'a pas les effets visés. La preuve en ce qui concerne l'existence des accords est d'ailleurs également administrée sur une autre base, ou, en tout cas, on cherche à attaquer verbalement l'allégation par la Commission de leur existence.

A notre avis, cette question permet également, de façon tout à fait parallèle, de rapporter la preuve ou, en tout cas, de développer une argumentation relative à l'existence de la concertation par la discussion des preuves écrites existantes, des motifs, etc., sans considération du marché. Dans la mesure où, comme nous le pensons, ce qui importe dans les deux cas, c'est l'« objet » en tant qu'élément autonome dans une catégorie d'infractions, où seul diffère le moment où l'infraction est constituée, nous estimons qu'il n'y a pas lieu de dire que les infractions sont de nature si différente qu'il est nécessaire de faire la distinction.

En conséquence, même si nous ne pouvons partager l'avis de la Commission en ce qui concerne la notion de pratique concertée, nous sommes d'accord pour estimer que les deux notions, interprétées comme nous pensons qu'il convient de le faire, ont des structures si parallèles qu'il n'est pas nécessaire de faire la distinction, au moins pas dans le cas d'espèce. C'est pourquoi, lorsque nous examinerons les preuves, nous ne prendrons pas expressément position à chaque fois sur le point de savoir si tel ou tel aspect du comportement des entreprises peut être qualifié d'accord au sens de l'article 85, paragraphe 1, ou s'il s'agit d'une pratique concertée.

4. *Est-il possible de proposer une théorie de la tentative dans le cadre de l'article 85?*

délits matériels, c'est-à-dire les accords et les pratiques concertées et les effets qu'ils produisent. Dans le cadre de l'interprétation fournie ci-avant, la pratique concertée/objet se trouve dans une position intermédiaire.

Comme indiqué ci-avant, la notion de pratique concertée doit être entendue en ce sens que l'infraction ne peut être considérée comme constituée, pour ce qui est de cette partie de l'article 85, que lorsqu'apparaît un comportement sur le marché et nous avons exposé en quoi cette thèse se distinguait de celle de la Commission. En conséquence, il y a à notre avis infraction dès lors que l'on peut prouver qu'une concertation ayant pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence a eu lieu et que les entreprises ont agi ensuite sur le marché, ce qui doit par principe, comme nous l'avons exposé plus haut, être considéré comme une conséquence de la concertation lorsque les entreprises continuent, après la concertation, d'être présentes sur le marché pour l'un ou plusieurs des produits en question. Alternativement, il y a infraction lorsqu'une concertation, qui n'avait peut-être pas d'objet anticoncurrentiel, a eu pour *effet* de restreindre la concurrence et lorsque les entreprises savaient ou auraient dû savoir qu'un tel effet se produirait.

En ce qui concerne le délit accord/objet, il est clair que l'infraction à l'article 85 est constituée lorsque l'accord est conclu. En ce qui concerne le délit accord/effet, elle est constituée lorsque des effets anticoncurrentiels de l'accord (quel que soit son objet) sont apparus.

Sans doute influencé par le contenu exact de ce qu'il a appelé l'aspect « objectif » de la pratique concertée, l'avocat général M. Mayras s'est demandé, dans les affaires des colorants⁸⁶, comme nous l'avons dit, dans quelle mesure une pratique concertée pouvait tomber sous le coup de l'article 85 dès le stade de la tentative, c'est-à-dire avant tout comportement sur le marché. Ses propos sont reproduits plus haut à la page II-933.

Si le Tribunal se rallie à ce point de vue, nous considérons qu'il n'est en pratique guère besoin de chercher à vérifier si la tentative peut être réprimée dans le cadre de l'article 85. Il semble en revanche que la rédaction de la décision de la Commission impose un examen de la question de savoir si l'on peut affirmer que la tentative est punissable, notamment en ce qui concerne la pratique concertée.

Si nous considérons le délit accord/objet, il nous semble qu'il ressort clairement du libellé de l'article 85 qu'on n'a pas entendu englober dans cette notion la situation dans laquelle la Commission réussit par exemple à faire irruption dans les négociations des entreprises avant la conclusion d'un accord. Il en est de même, d'après le libellé de l'article 85, en ce qui concerne la pratique concertée. De surcroît, des considérations élémentaires de sécurité juridique s'opposent à ce qu'on cherche à créer, sans base juridique expresse, une notion de tentative en dehors de l'article 85, ce qui élargirait en

L'article 85 comporte d'une part un « abstraktes Gefährungsdelikt », à savoir un accord ayant un objet illicite, et deux

86 — Rec. 1972, p. 693.

réalité le champ d'application de cette disposition. Ni la jurisprudence récente de la Cour de justice ni la doctrine ne corroborent d'ailleurs l'affirmation selon laquelle la tentative de commettre les infractions visées à l'article 85 serait illégale.

Nous estimons par conséquent que l'article 85 ne fournit pas de cadre à l'instauration d'une notion autonome de tentative. La disposition a d'ailleurs un champ d'application si large, dans le cadre de l'interprétation de la notion d'accord et de pratique concertée fournie par la Cour de justice et de l'interprétation de la pratique concertée que nous avons proposée, qu'il ne sera sans doute pas véritablement nécessaire en pratique de pouvoir également réprimer la tentative par une amende.

5. Le comportement des entreprises constituait-il objectivement un moyen inadéquat?

A l'audience, le professeur Albach a conclu l'une de ses interventions en déclarant que son point de vue personnel était que, vraisemblablement, tous les projets que les entreprises avaient tenté de mener à bien avaient essentiellement eu pour conséquence un effet placebo sur des commerçants nerveux. Il a notamment expliqué qu'un accord sur les prix peut constituer une stratégie efficace dans un oligopole lorsque le prix de vente ne couvre pas les coûts. Mais, a-t-il poursuivi, la théorie et l'expérience montrent que sa mise en œuvre est difficile dans un marché comportant 17 producteurs et pratiquement impossible au cours d'une période de surcapacité importante. Il a décrit ensuite ses analyses, qui l'ont amené à conclure que les prix dits « cibles » ne pouvaient être considérés comme ayant eu un effet de quelque importance sur le

marché fortement concurrentiel. En outre, les requérantes ont cherché à prouver que les instructions envoyées en matière de prix n'étaient pas liées aux prix cibles discutés lors des réunions et qu'en tout état de cause, les prix effectivement pratiqués ne correspondaient pas aux prix cibles. De surcroît, des preuves ont été produites, par exemple le rapport du professeur Budd, selon lesquelles le comportement des requérantes, non seulement n'a eu aucune incidence sur le marché, mais ne pouvait pas en avoir, car il y avait lieu de considérer le marché comme réfractaire aux tentatives auxquelles — comme nous le supposons dans ce contexte — les entreprises ont procédé.

Cela a notamment donné lieu à la présentation d'arguments relatifs au contenu exact de la notion d'« objet » figurant à l'article 85, paragraphe 1.

Ainsi, il a été soutenu (ICI) que le seul libellé de la disposition suffisait à montrer que c'est l'objet, évalué objectivement, de l'accord ou de la pratique concertée qui importait pour trancher le litige et non les intentions subjectives des participants aux réunions. La requérante soutient à ce propos que l'objet des arrangements doit être évalué eu égard au contexte économique réel dans lequel il intervient et se réfère également aux arrêts rendus par la Cour de justice le 30 juin 1966⁸⁷ et le 9 juillet 1969⁸⁸. Selon la requérante, il en résulte que l'évaluation d'un arrangement ne peut pas être dissociée de ses incidences concrètes sur la concurrence, même si l'examen ne porte que sur l'objet de l'accord ou de la pratique concertée. A son avis, pour établir qu'un arrangement avait pour

87 — Société technique minière/Maschinenbau Ulm (56/65, Rec. p. 337).

88 — Völk/Vervaecke (5/69, Rec. p. 295).

objet de restreindre le jeu de la concurrence, la Commission devrait prouver qu'il était suffisamment probable que l'objet pouvait être réalisé. En affirmant avoir prouvé que l'entente alléguée n'avait pas et ne pouvait pas avoir d'incidence sur le marché, ICI a soutenu ensuite que la Commission n'avait pas établi que l'objet était de restreindre le jeu de la concurrence. La Commission a rétorqué qu'on ne peut pas déduire des arrêts cités qu'un accord ou un autre arrangement doit avoir eu un effet réel pour qu'on puisse en tirer des conclusions relatives à l'objet de l'accord ou de l'arrangement. Enfin, la Commission a soutenu qu'elle avait fait la preuve que l'entente avait un effet tant virtuel que réel plus important que ne l'exige la jurisprudence citée.

Selon l'argumentation de la requérante, le comportement dont il a été fait montre ne fait donc encourir aucune responsabilité lorsqu'il a été établi, comme le soutient la requérante, qu'il n'a pas été possible d'influencer le marché, quoi qu'on ait fait. Si le comportement ne pouvait produire aucun effet dans les circonstances de l'espèce, il ne pouvait pas non plus avoir pour objet de restreindre le jeu de la concurrence au sens de l'article 85.

Si, pour les besoins du raisonnement, nous prenons pour hypothèse que le marché n'a en fait pas été influencé, il reste à se demander quel jugement porter sur une intention indéniable d'enfreindre les règles de la concurrence.

Il est difficile de trouver dans la jurisprudence précitée ou dans les autres arrêts de la Cour de justice des éléments corroborant la thèse soutenue par la requérante.

Dans l'affaire Völk/Vervaecke, précitée, il s'agissait de savoir si un accord qui, d'après sa nature, tombait sous le coup de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, pouvait néanmoins y échapper pour des raisons particulières. La Cour de justice a commencé par dire qu'un accord ne pouvait être visé par la disposition que si l'on pouvait prévoir, avec un degré de probabilité suffisant, qu'il pouvait exercer une influence défavorable sur les courants d'échanges entre États membres et s'il avait pour objet ou pour effet de nuire à la concurrence. Ces conditions — poursuit la Cour — doivent être entendues par référence au cadre où se place l'accord et elle conclut ensuite qu'un accord d'exclusivité peut échapper à l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les parties sur ce marché. Les entreprises en cause dans cette affaire ne détenaient qu'une modeste part du marché.

En l'espèce, il ne s'agit pas d'entreprises de faible importance ne détenant qu'une modeste part du marché, le risque d'une incidence réelle sur le marché étant insignifiant. Il s'agit au contraire des plus grandes entreprises pétrochimiques d'Europe, qui, ensemble, couvraient presque tout le marché. Les circonstances de l'affaire Völk/Vervaecke étaient par conséquent très différentes de celles de l'espèce et l'arrêt ne saurait donc préjuger de la décision sur ce point.

Il est également difficile de faire le lien entre la situation des requérantes et l'arrêt Société technique minière/Maschinenbau Ulm. La Cour de justice affirme qu'il faut considérer l'objet de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit

être appliqué, et que l'incidence sur la concurrence doit résulter de tout ou partie des clauses de l'accord lui-même. Il s'agissait également en l'occurrence d'un accord de concession exclusive.

Selon la conception traditionnelle et, en particulier, la conception qui sous-tend l'article 85, paragraphe 1, sous a) et b), les accords sur les prix et sur la production sont nuisibles pour la concurrence. Mais que se passerait-il s'il devait s'avérer que des accords sur les prix ne peuvent normalement pas être utilisés pour entraver le libre jeu des forces du marché, ou si cela était précisément impossible dans cette affaire? Que faire si les accords sur les prix ne sont ou n'étaient donc pas des moyens efficaces, de manière générale ou dans le cas d'espèce?

S'il en était ainsi, il y aurait sans doute lieu de se poser quelques questions fondamentales en matière de droit de la concurrence. Un requérant qui cherche à se tirer d'affaire avec de tels arguments, qui semblent être de véritables et considérables innovations dans le domaine du droit de la concurrence, doit toutefois produire des éléments particulièrement probants, qui étayent ses idées.

A notre avis, il faudrait en tout état de cause pouvoir faire état d'une unanimité de la doctrine économique sur le fait que le marché n'est pas susceptible d'être influencé par les moyens que l'on essaie de mettre en application et rien de tel n'a été prouvé en l'espèce. Selon nous, on peut tout au plus tirer des propos du professeur Albach que les participants n'étaient guère en mesure, étant donné les conditions du marché, d'exercer une influence significative sur ce dernier. Les autres documents produits ne corroborent pas non plus particulièrement

cette affirmation et, en tout cas, on n'a pas présenté de documents qui — sans avoir été produits à cette occasion — fournissent de manière générale des éléments de réponse sur cette question.

Dans ce contexte, nous estimons que les arguments de la requérante (ICI) sur l'interprétation dite « objective » de la notion d'objet en ce qui concerne les pratiques concertées doit être rejetée dans la présente espèce, ne serait-ce que parce que la condition fondamentale, tenant à ce que le moyen était objectivement inefficace, ne peut pas être considérée comme ayant été remplie.

6. *Y a-t-il un accord et une pratique concertée?*

Les requérantes se sont en outre opposées à ce que l'ensemble des événements qui se sont produits entre 1977 et 1983 soit qualifié d'accord et de pratique concertée ou d'accord-cadre, terme qui a été vigoureusement contesté par certaines des requérantes.

Il est difficile de voir en quoi la qualification en tant que telle peut présenter une importance aussi cruciale dans le contexte de l'espèce. Dès lors, nous estimons qu'il n'est pas déterminant de qualifier éventuellement ce qui s'est passé d'infraction continuée ou de savoir s'il est plus juste d'utiliser les termes d'accord et de pratique concertée.

Certes, si l'on prend en considération le sens premier et courant du terme « accord », c'est sans doute forcer quelque peu le sens de l'expression que de l'utiliser pour une

série de réunions par exemple, au cours desquelles, au long des années, on a discuté et décidé, arrêté des plans, modifié des plans, abandonné des plans, ajourné des plans, etc.

Il serait peut-être tout aussi normal d'affubler les faits allégués de l'étiquette d'infraction continuée. Si, comme le soutient la Commission, les représentants d'un certain nombre d'entreprises, qui étaient tous au fait des problèmes communs, se sont mis d'accord pour s'entretenir de ce qui pouvait être fait pour éviter une guerre des prix dévastatrice et s'il a été convenu à cette occasion de se rencontrer à intervalles réguliers, idée qui s'est ensuite cristallisée pour se transformer en un système tout à fait développé destiné à remédier aux difficultés évidentes que cela comportait d'arriver à faire fonctionner une entente sur les prix entre 17 entreprises dans un marché caractérisé par d'importantes surcapacités, nous ne voyons en fait pas d'obstacle à ce que cela soit qualifié d'accord et de pratique concertée.

Les requérantes affirment cependant que la notion d'accord-cadre est un artifice destiné à dissimuler les lacunes dans la démonstration de la Commission. Nous ne pensons pas que cela soit le cas. Il faut cependant reconnaître qu'il faut être particulièrement vigilant, lorsque la notion d'« un accord » n'a été dégagée que d'un grand nombre d'éléments de preuve, pour ne pas déduire de cette notion quelque chose qui n'y figurerait pas auparavant.

Comme l'ont présenté certaines entreprises, il peut y avoir lieu de souligner qu'on peut considérer « accord-cadre » comme un concept collectif, ce que la Commission

semble faire également, au point 81 de la décision notamment. Mais il faut reconnaître que les observations de la Commission à ce sujet dans la décision manquent quelque peu de clarté. Certes, il est établi qu'aucun accord préalable n'a été prouvé, par lequel il aurait été convenu de prendre les mesures qui n'ont peut-être été mises en pratique que des années plus tard. En conséquence, nous souscrivons dans cette mesure à la théorie du « plan incliné » qui a été évoquée au cours de l'audience.

La Commission a frappé d'amende les participants à un certain nombre de mesures de soutien et d'initiatives portant sur les prix et sur d'autres questions et c'est sur cela qu'il convient de se prononcer, indépendamment du fait que cela soit qualifié, pour les besoins de la description, de « un accord et une pratique concertée ». Comme moyen de fournir une description complète de ce qui s'est passé, la notion de « un accord et une pratique concertée » est donc satisfaisante, mais ces notions ne peuvent pas être utilisées pour masquer des faiblesses dans le raisonnement.

En conséquence, si du point de vue de l'infraction continuée, on peut constater un vide de la mi-1978 à l'automne 1979, cela vaut également pour l'accord-cadre, qui ne constitue dès lors plus un accord, mais deux, avec les éventuels problèmes de prescription que cela peut entraîner.

L'argumentation des requérantes sur ce point ne peut donc pas, à notre avis, fonder en elle-même une annulation de la décision, mais il faut vérifier que la Commission est en mesure de prouver ses allégations et que sa propre description de tout ce qui s'est passé ne l'a pas incitée à en déduire des faits dont il n'existe aucune autre preuve.

7. *Responsabilité collective au titre de l'article 85, paragraphe 1?*

Il y a eu en l'espèce un débat parfois très véhément pour savoir dans quelle mesure, dans sa décision, la Commission a fait encourir une responsabilité collective aux entreprises, c'est-à-dire qu'une ou plusieurs entreprises auraient été rendues responsables de quelque chose que d'autres auraient fait, mais à quoi elles n'auraient pas elles-mêmes participé. Le problème est étroitement lié à la description de l'infraction à l'article 1^{er} de la décision. Les requérantes voient dans le fait que la Commission ait décrit l'infraction comme « un accord et une pratique concertée » le risque qu'elles soient rendues responsables de tous les éléments de l'infraction, tels qu'ils sont décrits à l'article 1^{er}, sous a) à e) de la décision, même si l'on devrait pouvoir admettre qu'elles n'ont pas participé à l'un ou à plusieurs de ces éléments.

Comme cela ressort de nos observations au paragraphe précédent, nous estimons que rien ne permet de soutenir qu'il devrait être possible de présumer l'existence d'un accord fondamental préalable sur pratiquement tous les aspects de ce qui est supposé s'être produit ultérieurement. Cela a d'ailleurs également été admis au cours des audiences par la Commission, qui a soutenu à cette occasion que rien de tel n'avait été affirmé dans la décision. Dès lors, il n'est pas possible, ne serait-ce que pour cette raison, de faire encourir aux différentes requérantes la responsabilité de toutes les actions entreprises par tous les participants à l'entente, même s'il est prouvé qu'elles y ont participé pendant une période donnée.

Il faut reconnaître toutefois que la Commission s'est exprimée à plusieurs reprises dans la décision de telle façon que l'on pourrait penser que la Commission a tout simplement entendu considérer toutes les entreprises comme responsables de tout ce qui s'est passé dans l'entente pendant la période pendant laquelle elles y ont participé. Ainsi, il est énoncé au point 83, deuxième alinéa, de la décision que :

« L'essence même de la présente affaire réside dans une association des producteurs pendant un laps de temps considérable afin de réaliser un objectif commun et chaque participant doit assumer la responsabilité découlant non seulement de son rôle direct, mais aussi de l'exécution de l'accord dans son ensemble. Le degré de participation de chaque producteur ne sera donc pas déterminé en fonction de la période pour laquelle ses instructions de prix ont été retrouvées lors des vérifications, mais pour toute la période de son adhésion à l'initiative commune. »

Dans son mémoire en défense dans l'affaire BASF par exemple, la Commission affirme notamment à ce sujet que :

« Il convient d'ajouter, à titre complémentaire, que les infractions à l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE, sont de celles qui ne peuvent être commises que par plusieurs parties agissant de concert. Par conséquent, la contribution de chacune des parties à l'infraction des autres participants à l'entente doit nécessairement lui être imputée en tant que comportement propre, étant donné que l'infraction réside précisément dans cette action conjointe. Cela n'exclut pas que les diverses parties se joignent à l'entente à différents moments... »

Alors que ces derniers propos de la Commission frappent juste sans pourtant dire grand-chose, le point 83, deuxième alinéa, de la décision est susceptible de prêter à confusion.

Mais la véritable description de l'infraction par la décision figure, comme nous l'avons indiqué, à l'article 1^{er} de ce texte, aux termes duquel l'infraction réside dans le fait d'avoir participé à « un accord et une pratique concertée », constitués d'un certain nombre d'éléments. La désignation de l'infraction par les termes de « participation » à un accord, c'est-à-dire à une entente telle que celle qui a été définie par la décision comme un « accord », ne semble pas devoir soulever d'objections en elle-même. Alléguer qu'une entreprise a été partie à un accord ou a participé à une pratique concertée constitue en soi une description correcte de l'infraction.

En revanche, lorsque la Commission affirme au point 83, deuxième alinéa, que chaque participant doit assumer la responsabilité découlant, non seulement de sa contribution, mais aussi de l'exécution de l'accord dans son ensemble, elle fait allusion à une responsabilité qui excède les actions auxquelles l'entreprise a elle-même participé et c'est là que se situe le problème. Il faut ajouter toutefois que la Commission précise dans le même point de la décision que la responsabilité que le participant encourt du fait de sa participation à l'entente ne concerne que la période pendant laquelle ce participant faisait partie de l'entente.

Bien entendu, il est exact que, comme la Commission l'affirme dans le mémoire en défense dans l'affaire BASF, les infractions à l'article 85 sont collectives dans le sens où

au moins deux entreprises doivent coopérer pour commettre l'infraction et que la contribution de l'une aux infractions de l'autre est une conséquence nécessaire et logique du caractère collectif de l'infraction. En revanche, si la condition de base est qu'on ait conclu un accord ou qu'on ait été impliqué dans une pratique concertée, nous n'estimons pas qu'on puisse être rendu responsable des infractions commises par les autres dans une plus large mesure que ce à quoi on a soi-même participé. Il n'est donc pas vrai, contrairement à ce que semble suggérer la Commission, qu'on peut imputer à chaque entreprise davantage que ce qui résulte de sa propre participation.

Après les abondantes discussions sur la question de la responsabilité collective dans le cadre de cette procédure, il y a cependant lieu de commencer par préciser ce qui ne peut *pas* être qualifié de responsabilité collective, même si tel est peut-être l'avis de certaines requérantes.

A voir la façon dont l'entente alléguée a vraisemblablement fonctionné en pratique, on comprendra facilement qu'il peut être d'autant plus difficile de déterminer en détail le concours de chacun. Qui en a eu l'idée, qui en a pris l'initiative? Qui s'est chargé de convaincre ceux qui étaient peut-être moins enthousiastes? Qui arrivait le mieux préparé aux réunions, etc.? Il va sans dire que lorsqu'il n'y a pas eu d'aveu de la part des entreprises participantes, il n'est souvent pas possible de tirer tout cela au clair dans le cadre d'une procédure administrative dans laquelle les preuves reposent surtout sur des documents écrits. Bien évidemment, il y a aussi des limites au niveau du détail dans lequel il est nécessaire d'entrer dans des affaires de ce type. Il peut donc être sensé, pour des raisons de tech-

nique juridique, de se satisfaire dans une certaine mesure, le cas échéant, d'une description de la participation de chacun brossée un peu plus largement. Le fait qu'il ne soit pas possible de prouver, dans le cas de la fabrication de fausse monnaie par exemple, qui a chargé le dispositif encreur et qui a fait fonctionner la presse d'imprimerie ne constituera sans doute pas, dans l'ordre juridique des États membres, un obstacle déterminant au prononcé de la condamnation, lorsqu'il est à supposer que tous ont été sur place et ont participé.

En cas d'application raisonnable et limitée de cette thèse, on ne peut pas soutenir que d'aucuns se voient imputer une responsabilité collective, mais au contraire uniquement que l'ordre juridique n'impose pas d'exigences excessives quant à la description détaillée et à la preuve de ce qui pourra rarement être prouvé, dans le cas où les auteurs présumés de l'infraction se sont eux-mêmes placés dans une situation telle qu'un certain allègement des conditions de preuve doit être considéré comme ne soulevant aucune objection. Dans le cas contraire, la Commission devrait vraisemblablement abandonner dès le début les poursuites judiciaires dans un grand nombre de cas, lorsque l'on se trouve incontestablement en présence d'une entente illicite mais lorsqu'il n'est pas possible d'apporter la preuve détaillée du concours de chacun aux activités de l'entente. Un tel résultat priverait en pratique l'article 85 d'une grande partie de sa portée.

Un autre aspect de la question susmentionnée réside dans les conditions générales auxquelles est soumise la valeur des preuves de la Commission. Par exemple, si les preuves permettent de supposer — en se fondant sur une appréciation de l'ensemble

des éléments de preuve réunis — qu'une entreprise a été impliquée dans une initiative portant sur les prix, nonobstant le fait qu'aucun document écrit relatif à des instructions de prix ou autres n'ait été retrouvé, il ne s'agit en aucune façon d'imputer à cette entreprise une responsabilité collective, mais purement et simplement d'apprécier des preuves.

La question de ce que les entreprises appellent la responsabilité collective ne se pose que lorsqu'on ne peut *pas* présumer qu'une entreprise a participé à un ou plusieurs des éléments de l'infraction.

Ce sont probablement ces problèmes de preuve qui percent sous la deuxième phrase — pas très heureuse — du point 83, deuxième alinéa, de la décision.

Si, comme nous, on pense que les affirmations de la Commission ne font que refléter ces aspects, il n'y a rien à reprocher à la Commission.

Si le Tribunal estime qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour décider qu'une entreprise a participé à l'infraction d'une certaine façon, cet élément mentionné à l'article 1^{er} de la décision doit être supprimé pour ce qui est de cette entreprise. A ce qui nous semble, la Commission n'a pas adopté une décision du type « tout ou rien » (voir nos développements précédents sur la nature de l'accord-cadre). En conséquence, nous estimons que rien ne s'oppose à ce que l'un ou plusieurs des éléments figurant à l'article 1^{er} de la décision soient supprimés, le cas échéant pour des raisons de preuve, sans que cela n'affecte la consta-

tation de principe du fait que l'entreprise ou les entreprises en question ont par ailleurs enfreint l'article 85, si tant est qu'il soit prouvé que cette ou ces entreprises ont pris part à d'autres éléments des infractions.

Il n'apparaît pas manifestement à la lecture de la décision de la Commission, et en particulier du point 78 et des points 107 à 109, que la Commission a en fait imputé à certaines entreprises la responsabilité de ce que d'autres avaient fait. Cela doit toutefois être vérifié concrètement pour chaque entreprise, ce qui sera fait plus loin lors de l'examen des preuves concernant chaque entreprise.

Bien que la Commission ait systématiquement nié lors de l'audience avoir voulu imputer aux entreprises une responsabilité collective, certains extraits des mémoires échangés, par exemple le mémoire en défense dans l'affaire Hercules, aux pages 65-66, ne s'expliquent toutefois guère que par le fait que la Commission entend alléguer en tous les cas un élément de responsabilité collective. Ainsi, il est indiqué dans le passage précité que la décision a déclaré que les requérantes se sont rendues coupables d'un accord « continu » et d'une pratique concertée, *en vertu desquels les producteurs dans leur ensemble ou en tant que groupe* (généralement) — c'est la Commission qui souligne — ont accompli les activités décrites à l'article 1^{er}, sous a) à e), de la décision.

A notre avis, rien ne s'oppose à ce que les requérantes manifestent leur désaccord sur ce point. Cette formulation ne se retrouve toutefois pas dans l'article 1^{er} de la décision, qui, avec la motivation de la décision, est déterminant. Certes, il appartient au

Tribunal et à la Cour de justice, et non à la Commission elle-même, de procéder à l'interprétation définitive de la décision. Le point de vue de la Commission, tel qu'il s'exprime dans le mémoire en défense précité, peut soulever des objections dans la mesure où il revient en réalité à rendre passible d'amende le simple contact avec des contrevenants à la loi ou l'appartenance à un groupe ayant un objet illicite, et ceci ne trouve aucun fondement dans l'article 85, comme cela a été indiqué plus haut. Si le besoin d'une telle règle se faisait sentir, il appartiendrait au législateur de l'instituer.

E — Remarques générales sur l'appréciation des preuves ainsi que sur les catégories de preuves et les preuves

1. Généralités

Si l'on excepte les aspects tout à fait élémentaires, l'étude des preuves sur une base théorique est un exercice difficile. En revanche, lorsque plusieurs personnes, des juges professionnels, jurés ou autres juges non professionnels, ou toute autre personne confrontée à des preuves doivent prendre position sur des preuves concrètes, leurs avis sont souvent très similaires.

On pourrait dès lors être tenté de passer directement aux preuves apportées en l'espèce. Toutefois, les requérantes ont présenté un nombre si considérable d'observations sur la situation en matière de preuves dans les présentes affaires, qu'il semble opportun de faire quelques remarques générales sur les questions de preuve.

2. *La libre appréciation des preuves*

Il est important tout d'abord de constater que l'activité de la Cour, et par là celle du Tribunal également, est régie par le principe de la libre appréciation des preuves, sans être soumis aux différentes règles instituées dans le cadre de systèmes juridiques nationaux. Si l'on fait abstraction des dérogations prévues dans l'ordre juridique communautaire, le seul critère pour apprécier les preuves produites réside dans leur crédibilité⁸⁹. Dans les présentes affaires, comme nous l'avons dit plus haut, les seules exceptions à ce principe sont les preuves qui ne peuvent être utilisées par la Commission à l'encontre d'entreprises, parce qu'elles ne leur ont pas été communiquées dans le cadre de la procédure administrative.

Par exemple, l'affaire *Suiker Unie/Commission*⁹⁰ montre clairement que, pour apprécier des preuves, la Cour se fonde uniquement sur une appréciation globale de la force probante d'un document et sur de simples règles de logique en matière de preuves (voir notamment les points 156 à 166 de l'arrêt, Rec. p. 1939 à 1941).

Tel doit être le cas également dans la présente espèce. Naturellement, les conclusions tirées de preuves ne doivent en aucun cas devenir des spéculations mal fondées. Elles doivent disposer d'une base suffisante et un doute raisonnable doit profiter aux requérants, selon le principe du bénéfice du doute.

89 — Voir, par exemple, Lasok, K. P. E.: *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, 1984, p. 263.

90 — Précitée, note 41.

Dans ces affaires, il est d'une très grande importance de considérer les preuves dans leur ensemble. Il est clair que, même lorsqu'il est possible de donner une explication alternative raisonnable d'un document déterminé et peut-être même de plusieurs documents pris isolément, ladite explication risque de ne pas résister à un examen plus précis dans le cadre d'une appréciation globale de toute une série de preuves. De même, à l'instar de la Commission, on doit pouvoir déduire de périodes où les preuves sont relativement abondantes des conclusions concernant d'autres périodes où l'écart entre chaque preuve peut être plus important. Il faudra ainsi une explication réellement solide pour convaincre une juridiction que, pendant une certaine phase d'une série de réunions, il s'est produit des choses totalement différentes de celles qui se sont passées au cours de réunions antérieures et postérieures, alors que ces réunions avaient le même cercle de participants, qu'elles ont eu lieu dans le cadre de circonstances extérieures homogènes et qu'elles avaient incontestablement le même objectif primordial, à savoir de débattre des problèmes à l'intérieur du secteur industriel concerné.

3. *La preuve par témoins*

Au cours de la procédure administrative, la Commission n'a pas la possibilité d'imposer l'audition de personnes en tant que témoins sous serment. C'est l'une des raisons pour lesquelles les décisions de la Commission dans les affaires de concurrence reposent dans une large mesure sur des preuves sous la forme de documents. Il en va de même ici. En revanche, conformément à l'article 3, paragraphe 3, du règlement n° 99, les entreprises ont la possibilité de demander l'audition de personnes. Dans les affaires « Polypropylène » de même que, pour

autant que nous le sachions, dans de nombreuses autres affaires, ce ne sont toutefois pas les personnes directement liées aux événements constatés qui ont expliqué ce qui s'était passé au cours des réunions et ce que signifiaient les notes qu'elles avaient rédigées. Au contraire, ce sont pour l'essentiel des conseillers et des représentants juridiques et économiques internes ou externes des entreprises qui ont présenté les points de vue de ces dernières.

La Commission a invoqué cette circonstance pour faire valoir que, si ces personnes n'ont pas été entendues, il y a moins de raisons d'ajouter foi au type d'explications utilisé par certaines requérantes — et ce d'ailleurs, avec un talent d'avocat extraordinaire — pour prouver que les documents présentés ne démontrent pas ce qu'ils semblent montrer à première vue. Nous pensons que la Commission a raison sur ce point. Il est étonnant qu'il puisse être nécessaire d'élaborer des hypothèses alternatives quant au contexte véritable de l'affaire, alors que des personnes liées aux entreprises, et en grande partie vraisemblablement encore employées chez elles, pourraient raconter quel était en réalité le sens de l'ensemble des documents.

Bien sûr, on ne doit pas accorder une importance décisive au fait que certaines explications n'aient pas été fournies, mais, selon nous, la circonstance relevée par la Commission est en toute hypothèse un élément de preuve qui plaide dans une certaine mesure à l'encontre de la tentative des requérantes pour affaiblir les thèses de la Commission.

On pourrait, à l'instar de Shell, alléguer si peu de confiance dans la partie orale de la

procédure administrative devant la Commission, qu'on a estimé plus sage de ne pas y participer. Mais qu'est-ce qui empêchait alors les requérantes de demander que les personnes concernées soient entendues par le Tribunal, en application du règlement de procédure? Or aucune demande en ce sens n'a été présentée. Le fait que des requérantes, qui ont manifestement des problèmes pour s'expliquer, ne demandent pas que soient entendus des témoins susceptibles de fournir l'explication, ne parle pas en leur faveur.

4. *Les preuves sous forme de documents*

Pour la plupart, les requérantes ont contesté la véracité des comptes rendus des réunions et des notes sur lesquels la Commission fonde ses conclusions.

Le groupe le plus important de preuves de la Commission est précisément constitué par les documents, dont les notes, trouvés chez ICI. La Commission fait valoir (au point 70, cinquième alinéa, de la décision) que les rapports de réunions offrent un compte rendu exact, fiable et conforme des réunions. La Commission souligne en outre que, de leur côté, les requérantes n'ont produit aucune preuve écrite ou orale susceptible de jeter un doute sur la véracité des documents invoqués par la Commission (point 70, premier alinéa, de la décision).

Sur ce point, les requérantes, par exemple ICI, prétendent qu'en tant que source permettant de comprendre ce qui s'est passé de manière générale dans leurs entreprises, les notes doivent être considérées comme présentant de sérieuses lacunes. Les entre-

prises ajoutent que les notes avaient pour seul objectif — limité — d'informer, dans chaque entreprise, les collègues des participants aux réunions de ce qui avait été dit au cours des réunions et de ce qu'on pouvait en déduire et que des analyses et des comparaisons à l'usage personnel de l'auteur du compte rendu ont été ajoutées aux notes après les réunions.

Il est en outre allégué que, même si les notes pouvaient reproduire fidèlement ce qui avait été dit, elles étaient loin de représenter une relation fiable de la situation de fait dans l'industrie ou des intentions de chaque producteur. Nous nous référons ici aux remarques assez fréquentes en ce qui concerne le manque de confiance entre partenaires et le fait que le comportement ultérieur des entreprises montre qu'elles ne voulaient pas se conformer aux accords conclus, selon les notes, pendant les réunions.

Pour sa part, la Commission souligne notamment que les documents ont été établis en liaison immédiate avec ce qui s'est produit, dont l'auteur ou les auteurs des notes n'avaient aucune raison de ne pas faire une relation exacte, et elle ajoute qu'à son avis, le contenu des documents ne porte en aucune manière la marque d'exagérations. Comme nous l'avons dit plus haut, la Commission souligne qu'aucune des entreprises n'a demandé que les personnes concernées soient entendues en application de l'article 3, paragraphe 3, du règlement n° 99.

Pour apprécier la valeur probante d'un document, il faut en tout premier lieu vérifier la vraisemblance de l'information qui y est contenue. Il faut alors tenir compte

notamment de l'origine du document, des circonstances de son élaboration, de son destinataire et se demander si, d'après son contenu, il semble sensé et fiable.

De manière tout à fait générale, il n'est aucunement invraisemblable que, comme la Commission l'affirme, des représentants d'entreprises se rencontrent pour conclure des accords ou concerter leur pratique. On le sait, la Commission a fait valoir avec succès devant la Cour que c'est ce qui s'est souvent produit.

Dans les présentes affaires, les documents proviennent de membres du personnel qui doivent exposer à leurs collègues et supérieurs hiérarchiques l'objet des réunions auxquelles ils ont participé. Si l'on excepte l'affaire Hercules, rien n'indique que ces personnes aient pu ne pas s'acquitter de leur tâche de manière tout à fait loyale et au meilleur niveau. Selon les règles générales en matière de preuve, il convient d'accorder une grande importance au fait que les documents sont établis en liaison immédiate avec les réunions et manifestement sans qu'on pense qu'ils pourraient être portés à la connaissance de tiers non concernés. D'après nous, une appréciation globale du contenu des comptes rendus des réunions montre qu'ils ont été établis avec soin et par des personnes qui connaissent bien leur sujet et qui reproduisent, dans une langue correcte, de manière pondérée et résumée, les conceptions du ou des auteurs des comptes rendus en ce qui concerne la réunion. Ils sont clairs et logiques et on n'en retire absolument pas l'impression que leur ou leurs auteurs aient pu commettre des erreurs graves de compréhension ou d'interprétation de ce qui s'est passé. D'ailleurs, il n'est guère plausible que de grandes entreprises industrielles envoient, à des réunions

que ces entreprises ont certainement considérées comme importantes, des collaborateurs qui ne seraient pas en mesure d'exposer de manière raisonnable et fiable ce qui s'y est produit.

En ce qui concerne l'affaire ICI, on a fait valoir, comme nous l'avons dit, qu'à plusieurs reprises des analyses et autres compléments ont été ajoutés aux comptes rendus à l'usage de leur auteur lui-même. Cela ne ressort pas d'emblée des comptes rendus et, malgré l'invitation de la Commission en ce sens, ICI n'a pas précisé de quels ajouts et analyses il était question. De surcroît, et c'est là l'occasion de le souligner à nouveau, ICI n'a pas demandé que telle ou telle personne concernée soit entendue à l'appui de ses affirmations.

Dans ce contexte, nous estimons qu'on peut sans aucune hésitation partir du principe que les comptes rendus et les notes constituent des sources fiables pour comprendre ce qui s'est passé pendant les réunions et ainsi se fonder sur une interprétation linguistique naturelle du contenu des documents pour concevoir la signification des discussions.

5. *Les analyses économiques*

Les analyses économiques constituent souvent une part importante du matériel de preuve dans les affaires de concurrence et elles peuvent avoir une grande valeur pour la compréhension du contexte économique par le Tribunal. Ainsi, il est important d'obtenir des informations sur la façon dont on peut estimer qu'un marché oligopolistique réagit à différents facteurs. Mais — et c'est là l'important — les expertises écono-

miques ne peuvent remplacer l'appréciation et la solution juridiques. Ainsi, lorsque le professeur Albach consigne ses observations sur ce que peuvent être des prix cibles dans un contexte économique, il faut souligner que cela ne constitue pas et ne peut pas constituer une appréciation juridique. Même si on devait en outre constater qu'il n'y a pas eu de grandes incidences sur le marché, cela ne prouve pas que des accords n'ont pas été conclus ou qu'il n'y a pas eu échange d'informations en vue de régler les prix. C'est le Tribunal qui doit se prononcer sur ce qu'interdit l'article 85, paragraphe 1, et sur les preuves à cet égard, et non les experts en économie.

Ainsi, le Tribunal doit déterminer, sur la base d'une appréciation globale des preuves, si ce qui s'est passé constitue un comportement illicite, et ce même si on peut éventuellement imaginer que, du point de vue des experts en économie, l'expression « prix cible » signifie autre chose qu'accord sur des prix que tous les partenaires s'efforceraient d'atteindre. C'est le contenu des documents de preuve qui doit montrer si les participants aux réunions avaient l'intention d'influencer les prix ou s'ils voulaient simplement s'informer réciproquement sur ce qui, à leurs yeux, représentait des prix raisonnables sur la base d'une appréciation du marché et c'est au Tribunal qu'il incombe, le cas échéant, de dire s'il est illicite de s'informer réciproquement pendant une très longue période sur ce que, de l'avis des uns et des autres, le marché peut supporter.

6. *Prix cibles et quantités cibles en tant qu'objet d'accord ou de concertation*

Selon la Commission, on a cherché à mettre en œuvre les initiatives de prix alléguées par

l'application des prix dits « cibles ». Dans l'appréciation des preuves disponibles, il convient tout d'abord d'établir quel sens les entreprises ont vraisemblablement donné à la notion de « prix cibles » dans le cadre de leurs discussions pendant les réunions. On doit ensuite déterminer si, dans le sens ainsi établi, ces prix peuvent être considérés comme tombant sous le coup de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1.

Sur cette question, la Commission déclare par exemple que le « jargon » utilisé dans les documents de preuve concernant les réunions, parle de lui-même. La Commission a le droit, dit-elle, de s'inspirer du bon sens et d'interpréter les expressions utilisées dans les documents conformément à ce qu'elles expriment en fait. La raison, ajoute la Commission, conduit à interpréter la notion de prix cibles comme exprimant un certain niveau de prix que les producteurs sont convenus d'atteindre dans la mesure où le marché le permettrait.

Nous sommes également d'avis qu'il est impossible d'interpréter autrement les comptes rendus des réunions.

Cependant, peut-être la notion de prix cibles elle-même est-elle, en réalité, le cœur de bien des ambiguïtés qui ont marqué la procédure dans la présente espèce. En effet, comme le dit la Commission, le terme de « prix cibles », tel qu'il est utilisé dans les comptes rendus de réunions et autres documents, doit précisément être interprété comme l'expression d'accords pour que les entreprises atteignent, dans la mesure du possible, un certain niveau de prix. Dans les faits, et la Commission l'a également

remarqué, il a été souvent difficile — impossible selon les requérantes — d'atteindre les prix recherchés. Les requérantes estiment en fait que le marché n'offrait *pas* la possibilité d'imposer de quelconques prix cibles, mais que les prix cibles ont en réalité été déterminés par le marché.

C'est de là que vient l'interminable débat sur la question de savoir dans quelle mesure les requérantes dirigeaient le marché ou étaient dirigées par lui.

C'est également à cela que l'on doit certaines des preuves fournies de manière imposante par les requérantes, sous la forme de rapports comptables et d'expertises économiques et autres, qui tendent toutes à montrer que les prix visés n'ont pas été atteints.

Chez la plupart des requérantes, le maillon suivant de l'argumentation tend à démontrer que les requérantes n'étaient convenues de rien ou, en tout cas, ne s'étaient pas senties liées par d'éventuels accords, ce qui devrait précisément être établi par le simple fait que les prix recherchés en commun n'ont pas été atteints.

En réalité, les requérantes se sont imposées là une tâche bien ardue: escamoter le contenu très sûr et bien documenté des négociations dont les comptes rendus des réunions donnent l'impression. Nous ne pensons pas qu'elles y ont réussi et nous estimons qu'on peut sans hésitation partir du principe que des prix cibles et autres objectifs ont été convenus, probablement sous la forme de « gentlemen's agreements », comme la Commission l'a affirmé

et dans la mesure étayée par ailleurs par les documents de preuve.

Le fait que de manière générale la discussion ait pu avoir lieu et que les requérantes aient voulu y consacrer des ressources aussi importantes résulte probablement de l'élasticité de la notion contenue dans les termes « prix cibles » en relation avec les règles relatives à la concurrence.

D'aucuns chercheront peut-être à prétendre qu'un accord qui a pour seul but de chercher à obtenir un prix déterminé, dans la mesure où le marché le permet, ne représente pas en soi un comportement anti-concurrentiel.

Or, les comptes rendus montrent justement que ce n'est pas de cela qu'il s'agissait. Au contraire, l'intention était d'obtenir un prix plus élevé que celui que les participants pouvaient escompter dans d'autres conditions. L'intention était clairement de chercher à influencer le niveau des prix à la hausse. L'« objet » au sens de l'article 85, paragraphe 1, apparaît sans aucune équivoque.

Dans ce contexte, on peut, à notre avis, n'accorder aucune importance au fait que la notion elle-même de prix cibles est si opportunément vague qu'il sera difficile, dans le cadre des rapports réciproques entre participants à l'entente, d'établir à quel moment un participant n'a pas respecté un tel accord. Selon la jurisprudence de la Cour, le fait que les accords aient plutôt le caractère de « gentlemen's agreements » en raison de leur

contenu quelque peu incertain et vague et n'auraient ainsi pas pu servir de base à la constatation d'obligations réciproques juridiques ou morales, n'est pas décisif.

Ainsi, il importe très peu en soi de savoir si les entreprises elles-mêmes ont pensé avoir une obligation vis-à-vis des autres, car, par son contenu, l'obligation était assez incertaine dès le départ.

On doit conclure de ce qui précède que même un type d'accord qui *d'après son contenu* tient compte, comme il doit indubitablement le faire, de la situation de fait sur le marché, relève de l'article 85, paragraphe 1. On peut en outre conclure, quant aux preuves, que d'éventuelles lacunes dans l'application des prix recherchés, ou une application incomplète en pratique, ne constituent justement pas une preuve contraire appropriée, face à des accords de ce type.

Plusieurs requérantes ne contestent d'ailleurs pas en réalité les circonstances matérielles, mais seulement les conséquences juridiques de ces circonstances. Ainsi, par exemple, ICI déclare que l'objectif discuté au cours des réunions de producteurs consistait en des recommandations communes sur ce que les producteurs envisageaient d'obtenir ou espéraient obtenir, avec des degrés variables d'enthousiasme.

Selon nous, ces termes décrivent très exactement un accord ou une concertation interdits selon l'article 85, ce qui montre qu'il

s'agit dans une large mesure seulement d'un problème de définition ou de qualification.

F — *L'entente est-elle prouvée?*

1. *Introduction*

Toute l'affaire montre bien que les entreprises ne se sont pas senties liées, par les accords conclus ou la concertation qui s'est produite, de la même manière qu'elles se seraient senties liées par un contrat de livraison d'un lot de polypropylène à un client déterminé et à une date précise. Lorsque, à la suite d'une augmentation de prix, les clients sont allés ailleurs pour chercher à obtenir un prix inférieur, les responsables des ventes n'ont naturellement pas pu résister à un arrêt ou à une grande diminution de leurs opérations commerciales. Les comptes rendus de certaines réunions montrent toutefois très clairement que la nécessité de chercher à organiser quelque chose en commun a été fortement ressentie, même s'il est manifeste que, souvent, la solidarité de certains était douteuse.

Comme nous l'avons dit plus haut⁹¹, pour des raisons de procédure, la question de l'existence de l'entente alléguée doit être tranchée sur la base des documents que la Commission a communiqués à l'ensemble des entreprises selon les modalités que la jurisprudence de la Cour permet d'exiger. Les preuves qui peuvent ainsi être utilisées pour démontrer l'existence de l'entente sont pour l'essentiel les 101 documents de preuve envoyés en annexe à la communication générale des griefs, ainsi que les documents joints à la lettre de la Commission du 29 mars 1985.

2. *Les accords allégués en matière de prix plancher*

En général, il n'est pas possible d'établir quelles entreprises étaient plus ou moins solidaires, même si certaines étaient dans la ligne de mire des autres et pas nécessairement toujours les mêmes, loin de là. Il est possible qu'on puisse prouver qu'une ou deux entreprises étaient plus disposées à « tricher » que les autres, mais le tableau est loin d'être clair et le fait que la ou les intéressées ont pu se créer quelques avantages au dépens des autres ne peut, à notre avis, servir à démontrer qu'elles n'ont pas participé.

D'après les informations disponibles, une série de réunions a commencé fin 1977, avec la participation d'un certain nombre de producteurs de polypropylène approvisionnant le marché européen. Les réunions ont eu lieu jusqu'à la fin du mois de septembre 1983. Leur fréquence s'est accrue. Ainsi, et ce n'est pas contesté pour l'essentiel par les requérantes, il y a eu vraisemblablement six réunions en 1978, le nombre n'est pas connu pour 1979 mais il est probablement moindre, il est vraisemblablement de six en 1980, dix en 1981, vingt-trois en 1982 et, en 1983 — jusqu'à la fin de septembre 1983 — de quinze. Selon la Commission, les réunions ont eu comme objectif fondamental de chercher à influencer les prix du

On peut faire des observations tout à fait correspondantes en ce qui concerne les quantités cibles et les quotas.

91 — Voir section A, paragraphe 5, sous c).

polypropylène à la hausse, par la fixation des prix dits « cibles » et par différentes mesures de soutien qui devaient servir à atteindre cet objectif.

Selon la Commission, cette série de réunions avait été précédée d'une période où plusieurs entreprises avaient cherché à augmenter les prix du polypropylène par un arrangement par lequel certaines entreprises étaient convenues d'appliquer un *prix* dit « *plancher* », de même que d'autres entreprises auraient conclu des arrangements de nature à constituer une pratique concertée illicite.

La preuve fondamentale de la Commission en ce qui concerne le *système de prix planchers*, est une note qui est censée avoir été élaborée à une date située dans la première moitié de 1977 — peut-être en juin — par le directeur du marketing de Hercules. Il s'agit de notes prises par ce directeur au cours d'une conversation téléphonique avec un interlocuteur non identifié. Dans le document qui est assez fragmentaire, comme le sont souvent des notes reproduisant un entretien par téléphone, et qui n'est pas compréhensible d'emblée dans tous ses détails, il est en premier lieu question d'un accord passé entre les producteurs les plus importants. Vis-à-vis de cette indication, on trouve la mention des entreprises Monte, Hoechst, Shell et ICI. Il est ensuite écrit en style télégraphique: « système de prix planchers — prix planchers à partir du 1^{er} juillet — en toute hypothèse à partir du 1^{er} août, à l'expiration des contrats existants — prix planchers seulement pendant une période de quatre mois ». Suit une remarque sur une alternative qui pourrait faire allusion à un système existant à l'époque. Parmi ces mots clés figurent quelques remarques sur des importateurs, remarques qui ne semblent pas

pouvoir être directement replacées dans un quelconque contexte connu par ailleurs. On trouve ensuite une phrase qui signifie probablement qu'une réunion devait avoir lieu en octobre pour apprécier les progrès réalisés. Enfin, figure une remarque en ce sens que des limitations quantitatives devraient être introduites l'année suivante, éventuellement — c'est en tout cas ce que pense la Commission — à la condition que le système des prix planchers ait été efficace. Finalement, cette note comporte des colonnes d'indications de prix en monnaies française, britannique, belge et allemande pour différentes qualités. Il ne semble pas que ce qui figure à la page prétendument « suivante » ait été écrit de la même main et le texte plus ou moins illisible qui s'y trouve ne semble pas être invoqué par les parties.

Nous savons donc que le directeur des ventes de Hercules a reçu, d'une source inconnue, des informations selon lesquelles un accord avait été conclu entre les « quatre grands » dont le contenu se dessine dans les notes prises au téléphone — bien que ce ne soit pas avec la clarté dont la décision de la Commission donne l'impression.

Il apparaît donc qu'il a dû exister ce que la Commission appellera plus tard un « accord central » entre les quatre plus grands producteurs (voir la lettre du 29 mars 1985, p. 2) et que Hercules en avait connaissance. Ce document ne nous apporte pas de plus amples informations et, notamment, on ne sait rien sur d'autres producteurs. Toutefois, la teneur du document permet raisonnablement de supposer que c'est précisément entre les quatre grands producteurs, et non pas entre d'autres entreprises, qu'un accord a été conclu. Cette possibilité d'interprétation a d'ailleurs été présentée par la Commission, tant dans sa lettre du 29 mars 1985 qu'ultérieurement à titre alternatif.

En ce qui concerne ce document et l'accord allégué, les quatre grands producteurs ont réagi de la manière suivante.

Montedipe nie l'existence d'un accord selon l'article 85, paragraphe 1, dans le sens que donne cette requérante à ce concept, à savoir qu'il n'y a accord que lorsque les parties ont exprimé sans ambiguïté leur intention de s'engager et lorsque leur comportement ultérieur éventuel reflète clairement cette volonté. La requérante se réfère à cet égard à l'arrêt ACF Chemie-farma/Commission, vraisemblablement au point 112. Quoiqu'on puisse penser dès à présent de l'interprétation donnée par *Montedipe* (ci-après « Monte ») de cet arrêt, l'intéressant réside toutefois dans la description qu'elle donne elle-même des faits en 1977. Elle dit notamment que cet unique document n'atteste ni un accord ni un plan. La réalité était différente dit-elle. Elle ajoute (requête p. 100):

« Dans la situation de marché décrite ci-dessus, six ou sept producteurs, dont ... (Monte) ont eu des contacts les uns avec les autres, selon toute vraisemblance par téléphone, en vue d'examiner quelles mesures pourraient éventuellement être envisagées pour réduire les très sérieuses difficultés qui se présentaient à cette époque... »

Dans le cadre de ces contacts, poursuit Monte, les prix qui auraient permis de réduire ces difficultés ont été indiqués.

La Commission expose à cet égard qu'en premier lieu, il n'y avait aucune raison que les entreprises calculent en commun un prix qui aurait couvert les coûts. Chacune aurait

pu le faire individuellement. La Commission ajoute qu'ICI et Shell ont admis que l'action en question avait pour but de bloquer la chute des prix.

Selon nous, les déclarations de Monte doivent en réalité être interprétées comme une *reconnaissance* des circonstances de fait sur ce point. Comme le dit la Commission, il est contraire au simple bon sens que de très grandes entreprises s'entraident dans le seul but de procéder à de simples calculs de prix. On peut toujours donner aux choses un autre nom que celui qui leur revient normalement et le fait d'« indiquer » des prix en commun est, en tout cas normalement, en réalité l'expression d'une concertation d'entreprises sur une politique de prix. Nous estimons qu'il faudrait des éléments extrêmement solides pour établir qu'une telle « indication » commune n'ait pas eu d'importance pour la politique de prix des entreprises et de tels éléments n'existent pas.

ICI reconnaît également dans une large mesure les circonstances de fait. Ainsi, elle ne conteste pas que les producteurs ont eu des contacts par téléphone pendant l'année de crise (1977) et que les discussions peuvent avoir porté sur l'importante chute des prix en Europe occidentale. Il est également possible que certains producteurs aient déclaré qu'il serait souhaitable de fixer un niveau de prix plancher pour arrêter la chute des prix. *ICI* se réfère ensuite à la note visée ci-avant, qu'elle ne trouve cependant pas convaincante, puisqu'en réalité les prix sont descendus jusqu'à 1,0 DM/kg.

La Commission indique à cet égard que la note semble crédible par elle-même et qu'aussi bien *ICI* que Shell ont admis que des contacts par téléphone avaient eu lieu

entre producteurs en vue de trouver les moyens de stopper la chute des prix. En ce qui concerne les prix réels, la Commission mentionne qu'en novembre 1977 Monte a annoncé une augmentation de prix très proche de celle visée dans la note et qu'en l'espace de quelques jours des augmentations de prix similaires ont été rendues publiques par les trois autres entreprises nommées dans la note. En outre, ICI et toute une série d'autres producteurs ont publiquement fait connaître leur appui à cette initiative. Enfin, selon la Commission, l'évolution réelle des prix montre que l'initiative en matière de prix a été couronnée de succès.

Shell admet que des négociations ont pu avoir lieu entre elle-même et Monte en novembre 1977 ou aux environs et qu'il est possible que Monte ait mentionné la possibilité d'appliquer des augmentations de prix et qu'elle ait cherché à se renseigner sur les réactions de Shell à une augmentation de prix. Selon Shell, cela ne suffit pas à constater une infraction à l'article 85 sur ce point. De l'avis de Shell, la note relative à l'accord sur les prix planchers n'apporte pas non plus d'éléments suffisants pour constater un accord tel que celui allégué par la Commission. A l'appui de son point de vue, Shell se réfère au document du 6 septembre 1977, cité au point 16, cinquième alinéa, de la décision, et selon lequel une réunion aurait eu lieu le 30 août 1977 en Belgique entre Shell et Solvay pour discuter du prix du polypropylène. Selon Shell, le document contribue à démontrer que cette entreprise n'est coupable d'aucune infraction. Shell fait notamment état du fait que, conformément au compte rendu de la réunion, la politique de l'entreprise était de maintenir les ventes au profit de tout un nombre de clients dans le Benelux, « quel qu'en soit le coût », et que Shell ne voyait pas d'autre issue au problème de surcapacité

que de développer le marché du polypropylène grâce à une modernisation du processus de production et au développement des possibilités d'utilisation. Shell souligne en outre que les participants à la réunion ne se sont référés ni directement ni indirectement à un quelconque accord sur les prix. Si la chute des prix avait constitué un problème important pour les deux entreprises et que les suppositions de la Commission concernant un accord sur un prix minimal étaient correctes il était étonnant qu'on n'ait pas parlé d'accord sur les prix.

Le document cité, qui n'a été produit pour la première fois qu'en liaison avec l'audience, ne figure pas parmi les « 101 documents de preuve » et il n'a d'ailleurs pas été soumis à Shell. C'est pourquoi, comme l'a admis la Commission au cours de l'audience, il ne peut être utilisé qu'à l'avantage de Shell.

La Commission maintient de son côté que la note concernant un prix plancher apparaît crédible, surtout considérée à la lumière des autres informations disponibles. La Commission estime en outre que le document de Solvay de septembre 1977 ne démontre en rien qu'il n'y aurait eu aucun accord sur les prix ni que l'on n'a pas parlé de prix.

Hoechst ne s'exprime pas directement sur le point de savoir dans quelle mesure il y a eu des contacts entre les entreprises en 1977, notamment si des négociations sur les prix ont pu avoir lieu. En ce qui concerne la note elle-même, Hoechst déclare qu'il n'en ressort pas clairement que l'expression « agreement » utilisée devait signifier un accord au sens de l'article 85. On pourrait tout aussi bien imaginer que l'expression signifie uniquement qu'il y a eu accord sur

la nécessité d'une augmentation de prix. Enfin, selon Hoechst, on ne saurait exclure que l'interlocuteur du collaborateur de Hercules ait laissé entendre qu'il existerait un consensus entre les quatre grands, pour gagner ainsi l'appui de Hercules pour ses propres efforts. Hoechst ajoute que l'affirmation de la Commission selon laquelle l'augmentation des prix a été reportée n'est pas confirmée par des documents de preuve.

A cet égard, la Commission souligne que la note de Hercules est un document dont l'authenticité n'est pas contestable, car il a été établi à l'époque des circonstances alléguées et qu'il n'y a aucune raison de douter de son exactitude. En outre, la note correspond très bien aux augmentations de prix uniformes annoncées par une série de producteurs à la réunion EATP, à Paris, le 22 novembre 1977, ainsi que dans la presse spécialisée.

Comme indice de l'exactitude matérielle de la note, la Commission mentionne en outre que Hercules, qui était donc au courant de l'accord allégué, avait déjà déclaré dans une réunion de mai 1977 qu'il devrait incomber aux chefs de file traditionnels dans cette branche de l'industrie de mettre de l'ordre dans le chaos qui y régnait. Selon la Commission, ce sont toutefois les données indiquées ci-avant pour novembre 1977 qui confirment le contenu de la note en ce qui concerne l'accord entre les quatre grands. Le vendredi 18 novembre 1977, Monte avait annoncé une augmentation de prix dans la revue *European Chemical News*, en indiquant un prix plancher de 1,30 DM pour le raphia et de respectivement 1,40 DM et 1,50 DM pour deux autres qualités. Le mardi 22 novembre, une réunion a eu lieu à Paris dans le cadre de l'organisation EATP, à laquelle ont participé aussi bien des produc-

teurs que des consommateurs de polypropylène.

Au cours de cette réunion, Hoechst a déclaré que cette entreprise avait annoncé une augmentation de prix quelques jours auparavant. ICI a exprimé son soutien à l'initiative de Monte, sans que le représentant d'ICI puisse donner plus de détails, mais il a affirmé que les clients d'ICI recevraient bientôt une communication en ce sens. Shell s'est également exprimée d'une façon qu'on peut interpréter comme un soutien à l'initiative. En outre, Rhône-Poulenc, Hercules, Chemie Linz, Saga et Solvay ont exprimé leur appui à cette initiative. Chemie Linz a déclaré qu'il était nécessaire que les entreprises s'alignent sur ces nouveaux prix. Le représentant de Hercules a déclaré que, même s'il ne connaissait pas encore les détails de l'initiative de Monte et ne savait pas si cette initiative serait appuyée par les autres chefs de file reconnus dans cette industrie, la politique de Hercules serait d'accorder son appui complet à tout effort pour hausser les prix du propylène à un niveau raisonnable, correspondant aux coûts de production. Rhône-Poulenc a indiqué que, le vendredi précédent, cette entreprise avait eu connaissance par la presse de l'augmentation des prix envisagée par Monte. Selon Rhône-Poulenc, il n'était pas possible de retrouver d'un seul coup un niveau économiquement acceptable, ce niveau étant d'environ 3,50 FF, mais Rhône-Poulenc avait décidé de suivre Monte, de sorte que le prix de base de Rhône-Poulenc serait de 3 FF à partir du 28 novembre 1977. Solvay a annoncé qu'elle se conformerait aux prix déjà cités par les grands producteurs.

Tout cela a été relaté ensuite dans l'édition de la même semaine de *European Chemical*

News sous le titre « L'augmentation de prix de Montedison PP est soutenue par les producteurs européens ».

que des augmentations de prix étaient encore nécessaires.

3. Prolongement de l'accord en matière de prix plancher

D'après les informations disponibles, le prix du polypropylène a augmenté ensuite jusqu'à 1,20 DM/kg pour la qualité de base du raphia et, en avril 1978, European Chemical News a rapporté que Montedison projetait une augmentation de prix d'« au moins 10 % » avant les vacances d'été, vraisemblablement en juin.

Au cours d'une réunion du 26 mai 1978, dans le cadre de l'EATP, Monte a annoncé que l'augmentation de prix de novembre 1977 n'avait pas ramené l'industrie à un niveau de prix satisfaisant et que l'initiative prise en novembre ne pouvait être considérée que comme un premier pas qui devait être suivi d'une nouvelle démarche, vraisemblablement au cours de la seconde moitié de 1978. Au cours de la même réunion, DSM a déclaré qu'elle soutiendrait le mouvement tendant à amener les prix à un niveau raisonnable. Hercules a déclaré entre autres choses que la nécessité de porter les prix à un niveau minimal de 1,30 DM/kg était et serait toujours aussi grande. Le représentant d'ICI a déclaré notamment qu'ICI appuierait sans restrictions les efforts pour atteindre le niveau de prix proposé à Paris. Rhône-Poulenc a déclaré que l'augmentation de prix précédente ne représentait qu'un pas et qu'une augmentation de prix supplémentaire de 10 % serait nécessaire. Shell ne s'est pas exprimée clairement sur les prix. Solvay a souligné que les prix de l'époque n'étaient pas suffisants pour assurer aux producteurs un bénéfice satisfaisant et

4. Réunions entre producteurs

D'après des informations fournies par ICI, un groupe de producteurs avait commencé à se réunir, avant la réunion de mai 1978 mentionnée ci-avant, en vue de discuter des problèmes dans ce secteur industriel. Selon ICI, les réunions ont commencé « vers décembre 1977 ». ICI explique qu'en 1978 environ six réunions dites « des patrons » ont eu lieu et que l'idée des prix cibles a été développée « pendant les réunions précédentes, tenues en 1978 » (et donc pas nécessairement au début de 1978 comme l'affirme la Commission). Compte tenu de ce que six réunions ont eu lieu en 1978 et que l'idée des prix cibles s'est développée en 1978, la Commission est en conséquence d'avis que la solidarité exprimée en mai 1978 pendant la réunion EATP repose forcément sur un accord antérieur entre les producteurs.

5. Appréciation de la situation en 1977

Pour la période antérieure à 1978, l'histoire de l'entente a connu une sorte de phase introductive qui peut, dans une certaine mesure, être appréciée séparément, comme le fait la Commission. Sur le plan des preuves, cette phase est caractérisée par l'importance décisive accordée par la Commission à la note précitée sur l'accord sur les prix planchers entre les quatre grands producteurs. Comme on le verra, il y a ensuite un changement dans les preuves sur lesquelles la Commission appuie la solution qu'elle retient, car en ce qui concerne la période commençant à la fin de 1977 ou au

début de 1978, elle attache une importance décisive au fait que des réunions ont eu lieu pendant lesquelles — et ce n'est pas contesté — les producteurs ont discuté des problèmes auxquels était confronté le secteur industriel.

Pour autant que nous le sachions, le collaborateur de Hercules qui a reçu la communication téléphonique a indubitablement reçu certaines informations importantes et il semble, sur la base de la note, qu'il n'y ait pas de bonne raison de douter qu'il y avait un accord ou en tout cas une « connivence » entre les quatre grands producteurs. La note est très spécifique en ce qui concerne les prix devant être obtenus et même les indications quant au niveau des prix correspondent quelque peu au prix moyen réel à l'automne 1978 et à ce qui a été admis comme prix plancher acceptable au cours de l'automne 1977 et du printemps 1978, c'est-à-dire 1,30 DM/kg. Il est difficile d'envisager que les informations contenues dans la note ont été plus ou moins imaginées, de même que seules des preuves en ce sens permettraient d'assumer que quelqu'un aurait « semé » des informations chez Hercules pour amener cette entreprise à se joindre à quelque chose qui n'existait pas encore. De surcroît, au moins deux des quatre grands producteurs ont largement admis les circonstances de fait. Le document que Shell invoque comme un indice de ce que cette requérante n'a pas été impliquée dans un comportement illicite ne fonde à notre avis pas assez solidement l'affirmation de Shell. Bien sûr, aucun accord sur les prix n'est mentionné dans le document, mais si l'accord avait précisément été conclu entre les quatre grands producteurs, comme l'indiquent les notes de Hercules, le fait qu'il n'y ait pas eu de discussion expresse de l'accord sur les prix avec Solvay n'a rien d'étonnant. En outre, il convient en général, naturellement, d'être prudent avant

d'accorder trop d'importance à ce qui ne figure pas dans un document.

En conséquence, on doit à notre avis considérer comme établi qu'au milieu de l'année 1977, il existait un accord ou une concertation comme indiqué dans la note. Ce qui s'est passé ensuite jusqu'en novembre, nous l'ignorons. Mais nous savons qu'il y a alors eu une augmentation de prix de la part de Monte qui a obtenu très rapidement le soutien des autres grands producteurs, augmentation qui, comme nous l'avons dit, correspondait largement au contenu de la note. Nous savons également qu'en réalité les prix ont augmenté jusqu'à environ 1,20 DM/kg. Dans ce contexte, il n'est pas déraisonnable de présumer en outre que l'accord sur les prix d'origine a été mis ensuite en application de la manière alléguée par la Commission.

La Commission estime que cela constitue l'« accord central » cité précédemment et elle ajoute que le fait que Rhône-Poulenc, Hercules, Chemie Linz et Solvay ont appuyé cette initiative de prix au cours de la réunion à Paris plaide fortement en faveur de la conclusion que ces producteurs ont été impliqués dans l'accord/la pratique concertée. Selon la Commission, cette conclusion est étayée en outre par le fait qu'ICI et Shell admettent avoir été en contact avec d'autres producteurs, sans qu'on ait pu déterminer lesquels. Une autre possibilité, selon la Commission, est que seuls les quatre grands producteurs aient conclu l'accord central, les autres producteurs n'ayant pas participé à son élaboration ni informé les quatre grands de leur adhésion avant la réunion EATP. Selon la Commission, ils ont toutefois participé en toute hypothèse à une pratique concertée puisqu'il est prouvé qu'ils ont collaboré avec

les quatre grands à la mise en œuvre de l'accord conclu entre ces derniers.

En ce qui concerne les quatre grands producteurs, nous estimons, comme nous l'avons dit, que nous disposons des éléments nécessaires pour les considérer comme coupables au sens allégué par la Commission. Il ne semble pas qu'il y ait de raison de douter de l'exactitude de la note d'Hercules et une lecture naturelle de son contenu étaye convenablement le point de vue de la Commission. Qui plus est, deux des entreprises expressément nommées dans la note ont en réalité admis la situation. Ce qui s'est passé ensuite correspond en outre parfaitement au contenu de la note et on peut aisément concevoir qu'il ait fallu attendre un moment favorable pour procéder à l'augmentation des prix, ce qui a d'ailleurs été mentionné par la suite à plusieurs reprises.

Quant aux autres entreprises que la Commission considère comme impliquées, selon nous la situation se présente autrement. La note d'Hercules désigne expressément les quatre grands producteurs et il est naturel de partir de l'hypothèse que les autres n'ont pas participé. Hercules a été informée d'un accord, comme probablement d'autres entreprises, mais nous ne savons pas lesquelles. Tout bien considéré, nous ne savons rien d'important sur ce qui s'est passé de cette date jusqu'en novembre, lorsque Monte a annoncé son augmentation de prix. La question est maintenant de savoir si l'on peut estimer que les entreprises qui ont appuyé l'initiative de prix lors de la réunion de Paris ont, de leur propre chef, entre le vendredi 18 et le mardi 22 novembre, pris la décision de suivre l'initiative, éventuellement en sachant que les quatre grands s'étaient mis d'accord. Bien entendu, l'autre possibi-

lité est que tout leur comportement constituait une mise en scène en l'honneur des clients des entreprises et du public.

Nous ne voulons pas dire qu'il est impensable ou invraisemblable que, dans une situation telle que celle qui existait alors, des décisions rapides aient été adoptées pour suivre le producteur chef de file, d'autant plus que, ce 22 novembre, les entreprises disposaient précisément d'un forum approprié pour rendre leurs intentions publiques. Comme nous l'avons dit, nous savons que certaines entreprises ont eu des contacts avec les quatre grands, mais nous ignorons lesquelles et une identification serait nécessaire pour établir une véritable participation des entreprises individuelles. Il est clair qu'il a pu exister des négociations de couloirs, en relation avec la réunion de Paris, et que des décisions ont pu être prises à la suite de consultations par téléphone, mais nous ne disposons d'aucun moyen de preuve à cet égard. Il faut donc, selon nous, admettre que les autres entreprises, c'est-à-dire Rhône-Poulenc, Chemie Linz, Hercules et Solvay, ont pris chacune spécifiquement et de manière indépendante la décision de suivre Montedipe.

A notre avis, cela vaut également même si l'on peut supposer que lesdites entreprises ont eu connaissance de l'accord — illicite — entre les quatre grands, et force est d'estimer que Hercules était au courant. Selon nous, le fait de s'aligner sur un niveau de prix à la fixation duquel on n'a pas participé soi-même ne peut en soi être illicite, pas plus d'ailleurs qu'il n'est illicite de suivre un « price-leader » et il s'agit bien ici de la mise en œuvre en commun par les quatre grands d'une forme de « price-

leadership »⁹². Un résultat en sens contraire interdirait aux entreprises de se comporter de manière intelligente vis à vis du marché existant, ce qui ne saurait être le but des règles relatives à la concurrence (voir ainsi également l'arrêt de la Cour dans l'affaire ICI, point 118).

Dans ces circonstances, nous ne pouvons pas non plus nous rallier à la conception alternative ou subsidiaire de la Commission sur ce qui s'est passé. Il est exact qu'au cours de la réunion EATP, les entreprises ont exprimé leur appui à l'augmentation de prix et à l'objectif consistant à aboutir à un niveau de prix de 1,30 DM/kg. Mais si l'on peut partir de l'hypothèse que les décisions ont été prises individuellement, est-il illicite d'en faire état dans un forum qui peut être décrit comme public? Tel n'est pas forcément le cas a priori. On ne peut naturellement pas exclure que des voies de communication publiques soient utilisées, sur la base d'une entente sous-jacente, pour échanger des signaux qui, dans leur ensemble, peuvent être considérés comme une concertation de pratiques⁹³, mais dans les présentes affaires il ne semble pas qu'il y ait des éléments suffisants pour que tel soit le cas.

En ce qui concerne l'année 1977, il convient donc, selon nous, de constater que les quatre grands, Monte, ICI, Hoechst et Shell ont participé à un accord sur un prix plancher tel que l'allègue la Commission, alors qu'on ne dispose pas des preuves permettant

d'établir que les autres producteurs ont fait de même.

6. *Appréciation de la situation en 1978*

Comme on l'a dit, la Commission pense que la solidarité exprimée lors de la réunion EATP en mai 1978 peut être considérée comme le résultat de négociations secrètes qui, d'après la Commission, ont pu avoir lieu lors des réunions de patrons tenues en 1978 et auxquelles a participé une grande partie des producteurs. Pour étayer encore sa supposition, la Commission se réfère à la déclaration d'ICI selon laquelle l'idée des prix cibles s'est développée dans le courant de 1978.

Enfin, la Commission fait valoir de manière générale qu'on peut habituellement considérer que le contenu des réunions dont les comptes rendus sont disponibles peut être utilisé pour évaluer les réunions pour lesquelles on ne dispose pas d'informations détaillées. Ce point de vue est contesté de manière générale par les requérantes et l'une (Rhône-Poulenc) fait valoir plus spécifiquement que la Commission a omis de tenir compte du fait que l'entente a évolué au cours du temps, partant d'une forme peut-être plus modeste au début pour arriver ultérieurement à un système plus raffiné.

On manque pour 1978 de preuves plus directes, telles celles dont nous disposons ici pour des périodes ultérieures, et la seule initiative en matière de prix que la Commission pense avoir trouvée est la « seconde partie » de l'accord sur les prix planchers de 1977. Bien entendu, des circonstances telles que celles décrites par ICI, où des entreprises concurrentes tiennent des réunions

92 — Voir la jurisprudence américaine, *Hunt/Mobil Oil Corp.* (Supreme Court, 1977) 465 F Supp. 195, 231, selon laquelle il ne suffit pas, pour considérer que le comportement illicite est prouvé, qu'une entreprise se soit trouvée à l'endroit où l'acte illicite a été commis, ou ait éventuellement eu connaissance du comportement illicite d'autres personnes.

93 — Voir à cet égard la façon dont M. Van Damme s'écarte sur ce point de la critique précitée, faite par M. Joliet de l'arrêt ICI: *La politique de la concurrence dans la CEE*, p. 150.

plus ou moins régulières pour discuter du marché, de la demande, de l'équilibre entre l'offre et la demande et du niveau de prix dans les différentes parties du marché, engendrent la suspicion. Cela devient encore plus louche, lorsqu'elles discutent de prix cibles, d'objectifs en matière de quotas, de parts de marché, de mesures compensatoires et de systèmes d'« account management » des clients, faits mentionnés également par ICI. Il est clair que, puisqu'il s'est passé quelque chose d'illicite en 1977 et, comme nous y viendrons plus tard, qu'il existe des preuves d'illégalité pour 1979 et ensuite, les premières réunions dont nous avons connaissance apparaissent forcément sous un jour douteux. D'un autre côté, une appréciation globale de l'entente nous permet de savoir qu'elle s'est développée jusqu'à constituer un réseau de plus en plus serré d'arrangements qui devaient réaliser les vœux des entreprises en matière de prix.

En conséquence, la question est de savoir à partir de quelle date il est juridiquement défendable de constater que les négociations qui ont eu lieu ont abouti à des conceptions communes dans une mesure assez grande pour justifier la qualification d'accord ou de pratique concertée relevant de l'article 85, paragraphe 1. Nous savons par ICI que l'idée des prix cibles est née courant 1978, mais la date exacte n'a pu être précisée. Nous savons également par ICI que, jusqu'à la fin de 1978 ou au début de 1979, seules ont été tenues les réunions dites de « patrons », alors que les réunions d'experts auxquelles participaient des collaborateurs moins haut placés dans la hiérarchie, connaissant mieux la question des ventes, n'ont commencé qu'en 1979.

Selon nous, le déroulement des événements tel que nous le connaissons ne laisse pas

subsister beaucoup de doute sur l'existence de négociations en 1978 qui ont eu un objectif quelque peu illicite et qui ont produit par la suite des conséquences illicites, mais on ne saurait se dispenser de preuves que les négociations ont abouti à tel ou tel résultat concret, sous la forme d'accords ou de pratiques concertées. Or, nous ne disposons pas de preuves en ce sens pour cette période.

Dans ce contexte, nous pensons qu'il convient tout d'abord de constater l'absence d'éléments suffisamment sûrs pour établir que les idées en matière de prix cibles se sont concrétisées dès le début de 1978. Ainsi, il est à notre avis douteux qu'on puisse considérer comme prouvé que les déclarations faites lors de la réunion EATP en 1978 étaient l'expression d'un jeu convenu d'avance. En toute hypothèse, en ce qui concerne les producteurs ne faisant pas partie des quatre grands, il n'existe selon nous aucun élément certain. De même qu'en 1977, leur appui à l'augmentation de prix peut parfaitement être expliqué comme une réaction à l'annonce d'augmentation de la part de Monte, appui qui s'est éventuellement concrétisé parce qu'ils connaissaient l'existence d'un accord conclu entre les quatre grands, sans y avoir participé.

En ce qui concerne ces derniers, il serait peut être moins difficile d'établir qu'ils ont poursuivi l'activité illicite qu'ils ont exercée selon toute vraisemblance en 1977. Toutefois, pour les quatre grands producteurs également, on manque sérieusement de preuves de ce qui a pu se passer, au moins pour une partie non négligeable de 1978.

En résumé, nous constatons donc que la Commission n'a pas apporté de preuves

d'accords ou de pratiques concertées contraires à l'article 85, paragraphe 1, pour aucune des entreprises, en tout cas en ce qui concerne une partie importante de 1978.

Quant aux quatre grands producteurs, il convient d'estimer, et nous y reviendrons ultérieurement, que leur responsabilité en matière d'amende pour laquelle la Commission a, selon nous, apporté des preuves en ce qui concerne 1977 et le début de 1978 est prescrite.

7. *Appréciation de la situation en 1979*

Les documents de preuve concernant l'année 1979 sont des tableaux trouvés chez ICI, discutés au point 54 de la décision, ainsi qu'une note concernant une réunion tenue le 26 septembre 1979. Il s'y ajoute les instructions de prix qui concernent la première des initiatives de prix mentionnées dans la décision.

Dans le premier tableau (annexe 55 à la communication générale des griefs), intitulé « les ventes des producteurs en Europe occidentale (à l'exception de la Turquie) », les ventes des producteurs au cours des années 1976 à 1978 sont calculées dans les trois premières colonnes. Il s'agit des chiffres pour l'ensemble des requérantes dans la présente espèce ainsi que pour les autres producteurs d'Europe occidentale. Dans une quatrième colonne on trouve les chiffres pour l'année 1979 avec la mention « réels ». Dans une cinquième colonne on trouve les chiffres correspondant sous le titre « objectif révisé » pour 1979. Le tableau suivant (annexe 56) qui est divisé en une colonne principale intitulée « ventes » et des colonnes

intitulées « + % v. 1979 », « quotas 1980 » et « proposition I », « proposition II » et « proposition III » provient vraisemblablement selon ICI — chez qui le tableau a été trouvé — de l'un des producteurs allemands ou autrichiens. Dans ce dernier tableau, on a calculé d'après ICI d'abord les ventes réelles des producteurs en Europe de l'Ouest pour les années 1976 à 1979. Toujours selon ICI, la colonne « + % v. 1979 » contient un calcul des chiffres réalisés par chaque entreprise pour 1979, majorés de 5 ou 10 %. La colonne « quotas 1980 » constitue la proposition de l'auteur comme « quantité cible » pour 1980. Les colonnes « proposition I, II, III » devaient être complétées par le représentant d'ICI. La colonne « proposition III » comporte la quantité cible finale proposée comme « quota » pour l'année 1980.

Les chiffres dans la colonne « 1979, réels » du premier tableau correspondent exactement à la colonne pour 1979 dans le deuxième tableau. Les chiffres de la colonne « objectif révisé 1979 » du premier tableau s'écartent de la colonne « 1979, réels » de quelques points en pourcentage (jusqu'à 5-7). On retrouve les mêmes chiffres que ceux de « 1979, réels » dans d'autres graphiques.

En ce qui concerne les quantités de production, la note sur la réunion du 26 septembre 1979 mentionne, d'une part, que l'importance d'un système fixe de quotas a été reconnue et, d'autre part, comporte les mots « go for 80 % scheme as per recent Zurich note ». En ce qui concerne cette dernière remarque sibylline, ICI donne l'explication suivante (réponse ex. article 11, p. 23): au cours d'une réunion à Zürich, les producteurs présents ont calculé le chiffre moyen de ventes mensuelles sur la base des chiffres

de ventes totaux pour l'Europe occidentale au cours des huit premiers mois de 1979. On avait estimé que la demande mensuelle au cours des trois derniers mois de l'année ne dépasserait pas 80 % de cette demande moyenne mensuelle pendant les huit premiers mois de l'année. C'est pourquoi on a proposé en réunion que les producteurs limitent leurs ambitions, de manière à tenir compte de la situation ainsi décrite.

Pour des raisons de procédure, un document supplémentaire, visé par la Commission au point 54, troisième alinéa, de sa décision, et concernant les producteurs français doit être ignoré, car il n'a pas été envoyé à tous [voir ci-avant, section A, point 5, sous c)].

Comme nous le dirons en revenant sur la question plus tard, l'arrangement sur les quotas pour 1980 est assez bien prouvé. Il n'y a, là non plus, guère de doute que l'expression « objectif révisé » pour 1979 signifie forcément qu'un arrangement a existé en ce qui concerne une plus ou moins grande partie de l'année 1979. Nous ne savons pas à quel moment le premier des tableaux décrits ci-avant a été élaboré, mais une comparaison entre les chiffres réels pour 1979 avec certains des « chiffres cibles » révisés pour 1979 incite fortement à penser que, pour l'auteur, il s'agissait d'une constatation a posteriori de concordance ou de non-concordance. Logiquement, rien n'empêche bien sûr qu'aient été établis au cours de l'année 1979 — éventuellement tard dans l'année — un chiffre objectif de vente, et éventuellement, également un objectif révisé. Le compte rendu de la réunion du 26 septembre 1979 montre en tout cas qu'à cette époque on a travaillé sur ce problème.

Comme cela est décrit dans la partie ci-après, les preuves dont nous disposons ne nous fournissent aucune raison de douter qu'il y a eu une initiative de prix dans la seconde moitié de 1979. Un arrangement en matière de quotas qui aurait été introduit dès le début de 1979 n'est en revanche pas assez prouvé selon nous. On doit supposer qu'un arrangement quel qu'il soit a existé au cours des derniers mois de 1979, mais les preuves disponibles ne permettent pas de faire de même pour l'accord sur les quotas allégué par la Commission.

Dans ce contexte, nous estimons que le Tribunal — si par ailleurs il est d'accord avec notre appréciation des preuves en ce qui concerne ce qui s'est passé plus tard — doit admettre, au regard des preuves, qu'à l'exception de l'accord sur les prix planchers de 1977, les premières infractions ont eu lieu à une date postérieure à la mi-1979 et non pas, comme l'affirme la Commission, en 1978 et au début de 1979.

8. *Les initiatives en matière de prix*

a) L'initiative de prix de juillet à décembre 1979

La preuve principale de la Commission en ce qui concerne cette initiative de prix réside dans une note concernant une réunion des 26 et 27 septembre 1979. La note, trouvée chez ICI, mentionne en premier lieu un « niveau général » de « 1,70 à 1,75 DM », « 4,0 FF/4,1 » et « 26-27 BFR ». On lit ensuite que 2,05 (il est constant qu'il s'agit de DM) reste l'objectif. On ajoute immédiatement que ce prix, c'est-à-dire 2,05, ne peut manifestement *pas* être atteint en

octobre ou novembre, et que la date maintenant envisagée est le 1^{er} décembre. Enfin, il est dit sur la question des prix « 1^{er} nov. 1,90 ou 1,95 — doit être décidé dès maintenant... » puis « but decision will be swift », quel que soit le sens de ces mots dans leur contexte.

En ce qui concerne le reste des preuves de la Commission, nous notons tout d'abord que les documents, émanant de Shell, mentionnés aux points 29, deuxième alinéa, et 31, premier alinéa, de la décision, ne doivent pas être pris en considération, car ils n'ont pas été envoyés à toutes les entreprises dans le cadre de la procédure administrative (voir ci-avant page 39 et suivantes).

Dans *European Chemical News* (ci-après « ECN ») du 30 juillet 1979, un article intitulé « Montedison propose une augmentation des prix du polypropylène en Europe » indique que Monte envisageait d'augmenter les prix de 8 % à partir du 27 août pour toute l'Europe. Selon ECN, cette augmentation portait les prix à, respectivement, 920 LIT/kg, 2,05 DM/kg, 4,70 FF/kg et 33 BFR/kg pour la vente aux clients importants. L'article cite ensuite le directeur général de la direction des plastiques de Monte comme ayant laissé entendre, en même temps que d'autres grands producteurs, qu'une nouvelle série d'augmentations de prix aurait lieu avant la fin de l'année. Il rapporte ensuite les propos du directeur du secteur du polypropylène d'ICI en ce sens que: « ICI appuie totalement l'initiative de Montedison », et il ajoute que de nombreux opérateurs de ce secteur industriel escomptent qu'ICI annonce à bref délai des augmentations correspondantes. Enfin il mentionne que Shell soutient Montedison et que les entreprises de Shell en Europe cherchaient à atteindre les 2,05 DM/kg que

Monte s'était fixé comme objectif. Selon cet article, Shell prévoyait une augmentation de ses prix du polypropylène pour fin août ou début septembre.

Par une lettre du 29 août 1979, ATO-Chimie fixe ses prix à partir du 1^{er} septembre 1979 pour des lots de 20 tonnes aux taux suivants: 4,70 FF pour la « fibre », 4,70 FF pour le « moulage homopolymère », 5,00 FF pour le « moulage copolymère » et 4,90 FF pour le « film homopolymère ». La liste comporte également des prix pour d'autres qualités. On y trouve également des majorations de prix pour différentes qualités et pour des quantités inférieures à 20 tonnes.

Par des lettres circulaires pratiquement identiques, datées des 24 et 26 juillet 1979, BASF a annoncé à ses bureaux en Allemagne, au Royaume-Uni, en Belgique, en France et en Italie, des augmentations de prix applicables à partir du 20 août 1979 en Allemagne et du 1^{er} septembre 1979 dans les autres pays. Les lettres justifient l'augmentation par la hausse des prix de la matière première au cours du troisième trimestre et précisent que c'est en raison des vacances que le choix s'est porté sur cette date pour procéder aux augmentations, même si ces dernières étaient déjà absolument nécessaires. Les prix fixés pour lesdites dates sont indiqués ainsi: « Grobtextil 2,05 DM/kg, Spritzguß 2,05 DM/kg, Folie 2,10 DM/kg » pour une qualité dénommée « Novolen 11 » et le prix est majoré de 0,10 DM pour une qualité nommée « Novolen 13 ». Les prix indiqués sont qualifiés de « prix minimums », alors que des « prix maximums » sont fixés à respectivement 2,45 DM/kg et 2,55 DM/kg pour les deux qualités. Certaines de ces lettres contenant des intructions de prix mentionnent par

ailleurs que les augmentations sont nécessaires, même si l'augmentation de prix communiquée en mai 1979 « n'a à tout le moins pas pu s'imposer complètement ». Les lettres adressées aux bureaux dans les autres pays mentionnent pour le « raffia » et le « Spritzguss » 33 BFR/kg, 4,70 FF/kg, 920 LIT/kg et 500 et 510 UKL/t.

Par lettre circulaire du 20 juillet 1979, Hoechst a annoncé de nouveaux prix envisagés pour le polypropylène, en faisant état de l'augmentation du prix du propylène, sur la base des prix de base suivants pour une qualité nommée « Hostalen PP — Homopolymer natur/Granulat im Sack »: Allemagne 2,06 DM/kg, France 4,70 FF/kg, Grande-Bretagne 500 UKL/t, Italie 925 LIT/kg et Belgique 32,50 BFR/kg. Selon la lettre, l'augmentation de prix devait être appliquée à toutes les livraisons effectuées en septembre. La nouvelle liste de prix a été envoyée par une lettre circulaire du 1^{er} août 1979 et devait s'appliquer à toutes les livraisons effectuées à partir du 3 septembre. La liste, présentée comme étant d'usage interne, indique les prix pour des livraisons de 20 tonnes avec un montant minimal et un montant maximal. Elle comporte six différentes qualités de 202 à 207 DM/100 kg, toutes les autres qualités étant indiquées avec des prix plus élevés. En outre, on trouve une colonne avec des prix minimaux légèrement supérieurs pour les clients achetant moins de 20 tonnes par livraison. Selon la lettre circulaire, les prix sont indiqués ainsi pour offrir une certaine marge de manœuvre. Il y est enfin conseillé de prendre des contacts avec le bureau principal pour certains cas, qualifiés de « cas particuliers/clients importants ».

Dans le télex du 30 juillet 1979 de « ICI Europa » à « ICI Germany » on peut lire

comme « prix cibles minimaux » pour septembre: « raffia 2,05; ho moulding 2,05; co moulding 2,20; ho cast film 2,10 », ce dernier chiffre étant barré à la main et remplacé par « 2,05 DM/kg ». Dans les notes relatives à la liste de prix on peut lire que les primes et rabais subsistent comme auparavant et que le « oriented film » est payé 1,90 DM et passera à 2,05 DM à partir du 1^{er} septembre.

Par circulaire datée du 30 juillet 1979, ICI a annoncé une augmentation de prix générale de 25 UKL/t, à partir du 1^{er} septembre. Ainsi la variété « Homopolymer — Film Yarn » devait passer d'un prix minimal de 475 UKL/t à 500 UKL/t. Le « Moulding » et le « Film » devaient passer respectivement à 510 et 550 UKL/t et le « Copolymer — General purpose » devait passer à 550 UKL/t. Il était en outre indiqué qu'ICI s'attendait à ce que le niveau de prix passe à 2,05 DM/kg en septembre sur le continent. Une circulaire ultérieure, du 28 septembre 1979, mentionne que le niveau de prix sur le continent était quelque peu inférieur au niveau de 2,05 DM, annoncé par Montedison début août. Viennent ensuite des informations sur les niveaux de prix en Allemagne, en France et en Belgique indiqués comme étant respectivement de 1,70-1,75 DM/kg, 4,00-4,10 FF et 26,00-27,00 BFR. Elle précise ensuite qu'il est à présent clair que le prix de 2,05 DM ne sera pas atteint sur le continent mais qu'ICI continue de penser qu'on pourrait l'obtenir en novembre/décembre et que cette entreprise appuiera activement les tentatives pour atteindre ce niveau de prix. En conséquence, la lettre donne instruction de ne pas demander 500 UKL/t à partir du 1^{er} octobre, les clients importants pouvant encore, pendant un mois, acheter au prix de 475 UKL/t.

Par télex du 20 juin 1979, Chemie Linz a informé ses bureaux de vente en Allemagne qu'une décision définitive d'augmenter les prix à 1,90 DM pour le raphia avait été prise le 19 juin. Chemie Linz explique ensuite que les concurrents chercheraient à appliquer une augmentation de prix pour le 1^{er} juillet 1979, ce qui se manifesterait par des informations diffusées auprès de leurs bureaux locaux. Elle ajoutait qu'on devait s'attendre à plus de contacts de la part des consommateurs dans le cadre d'une flexibilité de prix forcément amoindrie chez les concurrents. Enfin, il était dit qu'il serait nécessaire et possible de chercher à obtenir une nouvelle augmentation de prix, d'un montant de 0,15 DM, pour le 1^{er} septembre. La mention (DM 2,05) est ajoutée ensuite entre parenthèses, avec écrit à la main « Raffia ».

Par lettre du 30 juillet 1979, Shell a annoncé son intention d'augmenter les prix de 25 UKL/t pour toutes les qualités au 1^{er} septembre. Selon la lettre, il convenait d'envoyer, entre le 30 juillet et le 1^{er} août, un courrier comportant cette information à tous les clients. La lettre discutait en outre des prix sur le continent et on pouvait y lire que Montedison avait publié un communiqué de presse indiquant qu'elle augmenterait ses prix pour le polypropylène en Europe à compter du 27 août, pour atteindre les prix également cités dans l'entrefilet de European Chemical News. Il est précisé ensuite que les transactions en Europe se faisaient alors au prix de 425 UKL/t, ce qui rendrait nécessaire une importante augmentation pour atteindre les prix annoncés. Shell estimait ensuite qu'une augmentation progressive se produirait peut-être courant septembre, au lieu d'une augmentation d'un seul coup au 1^{er} septembre. Elle exprimait enfin l'espoir d'éviter ce type de situation au Royaume-Uni. Sous la signature, était ajouté à la main:

« Floor PPF 500
HPM 510 »

Il convient enfin de mentionner une coupure de presse de European Chemical News du 6 août 1979, produite par Atochem. Sous le titre « ICI adhère à la dernière initiative de prix PP », il est rapporté qu'ICI avait annoncé, en liaison avec l'initiative de prix de Montedison de la semaine précédente, qu'elle avait l'intention d'augmenter ses prix du polypropylène sur le marché européen de 5 à 10 % à partir du 1^{er} septembre. Ainsi l'homopolymère passerait à 500 UKL/t, comparé au niveau de 480 UKL/t du 1^{er} juin.

Si — comme nous l'avons dit ci-avant p. II-972 — les comptes rendus des réunions internes à Shell des 5 juillet 1979 et 12 septembre 1979 ne peuvent être utilisés comme preuve à l'encontre des entreprises, le fondement de certaines des conclusions de la Commission aux points 29 à 31 de la décision est considérablement affaibli. Ainsi, la supposition que l'initiative en matière de prix a été déclenchée dès le 1^{er} juillet 1979 n'est étayée, dans une certaine mesure, que par le télex du 20 juillet 1979 de Chemie Linz. En effet, le compte rendu de la réunion des 26 et 27 septembre ne fait apparaître directement aucun élément à cet égard.

En revanche, nous estimons que l'initiative à compter du 1^{er} septembre 1979 est bien prouvée sur la base des documents brièvement rapportés ci-avant. En premier lieu, le compte rendu de la réunion des 26 et 27 septembre 1979 montre qu'un prix cible a été fixé, à valoir à partir d'une date non spécifiée, mais antérieure au 26 septembre. Monte a annoncé une augmentation des

prix reproduite dans European Chemical News du 30 juillet comme devant entrer en vigueur le 27 août. BASF, Hoechst et Chemie Linz avaient toutefois, peu de temps avant cette publication, annoncé exactement les mêmes augmentations de prix pour essentiellement la même date. Shell et ICI ont envoyé leurs lettres le 30 juillet et, bien entendu, on peut concevoir que, comme le dit Shell, ces entreprises ont agi sur la base d'un communiqué de presse que Monte peut leur avoir adressé quelques jours avant la publication dans European Chemical News. En tout cas, ces entreprises ont réagi extrêmement rapidement. Nous pensons toutefois que, dès lors qu'il est prouvé que des réunions ont eu lieu, dès lors qu'il est clair qu'au moins trois entreprises sont arrivées, d'une manière difficilement explicable, à exactement les mêmes conceptions que Monte quant au niveau de prix qui devait être pratiqué à partir d'une date déterminée et dès lors qu'il ressort du compte rendu de la réunion précitée que c'est précisément ce niveau de prix qui devait être recherché avant le 26 septembre, on peut sans hésitation considérer comme acquis que le niveau de prix et la date de mise en œuvre ont fait l'objet d'un accord ou d'une concertation.

b) De janvier à mai 1981

La Commission n'a pas pu trouver les comptes rendus des réunions qui, comme la Commission l'affirme et comme le reconnaissent ICI et d'autres requérantes, ont eu lieu en 1980. L'initiative de prix pour 1981, qui semble avoir comporté des étapes, est présentée en trois parties dans les annexes à la lettre de la Commission du 29 mars 1985, respectivement janvier 1981, février/mars 1981 et mai 1981.

Le document interne de Solvay cité au point 32 de la décision, avec les informations qui y figurent, ne peut pas être pris en considération, car il n'a été ni envoyé aux entreprises dans le cadre de la procédure administrative ni présenté par ailleurs dans la présente espèce.

Dans sa décision, la Commission a exposé qu'une initiative de prix a été engagée fin 1980, fixant un prix cible de 1,50 DM/kg. Cette allégation est fondée uniquement sur une série d'instructions de prix émanant de différentes entreprises qui avaient pour but de porter les prix à ce niveau, considéré par les producteurs, selon European Chemical News du 10 novembre 1980, comme pouvant être atteint avant la fin de l'année.

Dans un mémorandum du 8 décembre 1980, DSM a communiqué à ses services internes des lignes directrices en ce qui concerne les prix de vente qui devaient être appliqués à partir du 1^{er} janvier 1981. Pour une qualité dénommée « HEX » les chiffres indiqués respectivement pour l'Allemagne occidentale, la France et le Royaume-Uni sont de 1,30/1,50, 3,50/3,50, 320/325. Le tableau est assorti d'une remarque « Rock Bottom/Verkoop Richtlijn », ce que la Commission interprète dans sa description du document comme respectivement un prix minimal et un prix cible.

Le 22 octobre 1980, ICI a informé sa filiale en Allemagne des « prix cibles pour la fin de 1980 ». Les prix indiqués pour novembre étaient de 1,30, 1,50 et 1,85 et pour décembre 1,50, 1,70 et 2,00 en ce qui concerne respectivement le raphia et les homopolymères ainsi que les « copolymères general purpose ». Par une circulaire interne du 1^{er} décembre 1980, ICI a annoncé des

prix minimaux applicables à partir du 5 janvier 1981 de 320 UKL/t pour le raphia, 380 UKL/t pour le « Homopolymer — Moulding » et de 430 UKL/t pour le « Copolymer — General purpose ». La lettre faisait état d'une rumeur selon laquelle Shell aurait écrit à ses clients pour leur annoncer une augmentation de prix de 30 UKL/t à partir du 1^{er} janvier 1981. La lettre comporte en outre des recommandations sur la façon d'agir dans les cas où il pourrait être nécessaire d'accepter un compromis en ce qui concerne les prix cibles. Dans des télex dont la date est illisible, adressés à ICI en France et en Italie, les prix sont indiqués comme « prix minimaux souhaités à compter du début de l'année prochaine » au taux de (FF) 3,50, 4,10, 4,00 et 4,30 pour janvier et 4,00, 4,40, 4,30 et 4,60 pour février, et de (LIT) 720, 760, 750 et 850 pour janvier et 830, 860, 850 et 950 pour février.

Dans un document interne de Hoechst, daté à l'origine du 29 octobre 1980, on trouve les « Mindestpreise » et les « Zielpreise/Minimum » vraisemblablement applicables pour décembre 1980 et janvier 1981. Ce document indique 1,50 DM/kg, 1,70 DM/kg et 1,95 DM/kg en tant que prix cibles pour les qualités de base. Les prix minimaux indiqués sont inférieurs de 0,25 DM à 0,30 DM. Les indications du document sont barrées et on a écrit à la main la date du 5 janvier 1981 et c'est février 1981 qui est indiqué comme date de mise en œuvre. Les prix indiqués comme objectif pour les qualités de base sont 1,75, 1,85 et 2,00 DM/kg.

Par télex du 31 décembre 1980, Chemie Linz a informé son bureau de vente en Allemagne de ce que les prix s'élèveraient à partir de janvier à 1,50, 1,70 et 1,95 DM/kg pour les qualités de base et à partir de

février à 1,75, 1,85 et 2,00 DM/kg. Il est indiqué dans la lettre, entre autres, qu'il sera certainement nécessaire de trouver des solutions provisoires dans certains cas.

Le 9 décembre 1980, Monte a informé son bureau de vente italien de ce que, à partir du 31 décembre 1980, les prix seraient de 720, 750 et 870 LIT. Monte indiquait que l'évolution de la situation serait suivie afin d'assurer les meilleurs résultats possibles en ce qui concerne le rapport prix/quantité.

Le 17 décembre 1980, Shell a publié l'information selon laquelle plusieurs sociétés Shell avaient fixé des prix minimaux valables à partir du 1^{er} janvier 1981 au taux de 1,50 DM/kg, 1,70 DM/kg et 2,00 DM/kg pour les qualités de base. Shell ajoutait qu'une nouvelle augmentation de prix de 0,25 DM/kg à compter du 1^{er} février était annoncée.

Enfin, les instructions données à Saga en Grande-Bretagne font état de montants correspondants.

Comme nous l'avons dit ci-avant p. II-975, ICI avait indiqué dans sa lettre circulaire du 1^{er} décembre 1980: « It has become clear today via various messages from the marketplace that Shell... » ICI ajoutait à l'intention de ses filiales la justification du fait qu'elle souhaitait elle-même des augmentations de prix correspondantes: « we will be supporting Shell's initiative... ». En revanche, aucun autre élément n'a été produit dans les présentes affaires pour prouver qu'un « price leader » aurait annoncé un niveau de prix que les autres se seraient bornées à suivre.

Ainsi, les déclarations anonymes, assez vagues, dans *European Chemical News* ne semblent pas pouvoir expliquer la fixation du niveau des prix, à un taux aussi uniforme et par des entreprises aussi nombreuses, qui s'est produite. De surcroît, la similarité des communications de ces prix apparaît particulièrement frappante.

Dans ces circonstances, nous sommes d'avis que la description figurant au point 32 de la décision est correcte, avec la réserve qu'on ne discerne pas sur quelle base se fonde la Commission pour supposer l'existence d'un plan d'origine en vue de mettre en œuvre l'augmentation de prix au 1^{er} décembre 1980.

Le contenu de la décision est confirmé par le compte rendu extrêmement détaillé de deux réunions de janvier 1981 auxquelles ont participé de nombreuses entreprises (mais non pas Petrofina comme la Commission l'a admis lors de l'audience). Le niveau des prix dans une série de pays y est rapporté. En ce qui concerne l'Allemagne, on peut y lire que les prix ont augmenté, mais pas au niveau convenu, surtout en ce qui concerne le phospha.

Le compte rendu se termine par l'expression d'un « consensus » sur le fait que l'objectif de 1,75 DM devait être maintenu et passer à 2,00 DM au 1^{er} mars « sans exception », comme cela est rappelé au point 33 de la décision.

Les instructions de prix envoyées et visées au point 33, dernier alinéa, de la décision, correspondent pour l'essentiel à ce consensus, à l'exception des instructions de ATO qui en divergent quelque peu.

Cela étant, nous ne voyons aucune raison de douter de l'essentiel des constatations de la Commission en matière de preuves, en ce qui concerne la teneur des points 32 et 33 de la décision.

D'après les éléments dont nous disposons, la dernière partie de l'« initiative » de janvier à mai 1981 semble avoir plus ou moins été un fiasco. Un examen des instructions de prix citées au point 34 de la décision montre que c'est apparemment sans succès que les entreprises visées ont tenté de fixer les prix au niveau indiqué. Comme nous l'avons dit précédemment, nous estimons toutefois que, pour apprécier si une infraction a eu lieu, le fait que l'initiative ait plus ou moins échoué n'est pas décisif. Dans ce contexte et compte tenu de ce que les entreprises s'étaient réunies immédiatement avant, aucun élément susceptible d'offrir une autre explication crédible n'ayant été fourni, on ne peut raisonnablement douter de ce que les prix ont forcément été concertés ou convenus.

c) D'août à décembre 1981

La revue détaillée, figurant ci-avant, des documents de preuve concernant les premières initiatives de prix a montré que, fondamentalement, l'appréciation des preuves de la Commission était solidement fondée. Ainsi, pour l'essentiel, seule l'obligation de ne pas tenir compte des documents qui ne peuvent pas être utilisés pour des raisons de procédure — comme cela est motivé plus en détail ci-avant la section A, point 5, sous c) — a légèrement modifié le tableau de la situation.

C'est pourquoi — compte tenu également de la longueur des présentes conclusions — nous nous limiterons aux passages de la décision relatifs aux initiatives de prix ultérieures où nous trouvons l'occasion de remarques particulières.

Selon le tableau 3 annexé à la décision de la Commission, pendant la période relative à l'initiative des prix nommée en titre, des réunions ont été tenues les 28 juillet, 4 août, 28 août, 17 novembre, 20 novembre, ainsi que les 16 et 18 décembre 1981.

Au cours de la réunion du 15 juin 1981 citée au point 35 de la décision, MM. C. R. Green pour ICI, J. E. Lane pour Shell et E. Zacchi pour Monte ont débattu de différentes solutions possibles au problème constitué par le fait que la tendance à la hausse des prix avait cessé au cours des quatre ou cinq premiers mois de l'année. L'une des possibilités mentionnée a été d'augmenter les prix de 0,20 DM/kg à compter du 1^{er} juillet.

Comme l'expose la Commission dans sa décision en introduction de ce point, Shell et ICI avaient déjà envisagé, dès les lettres précitées, la possibilité d'augmenter les prix en septembre/octobre.

Selon la décision, « quelques jours » après la réunion du 15 juin, ICI et Shell ont donné aux collaborateurs de ces entreprises l'instruction de préparer le marché à une augmentation de prix en septembre, axée sur un prix du raphia de 2,30 DM/kg. Le lien direct ainsi évoqué entre la réunion du 15 juin et les communications d'ICI et de Shell, envoyées respectivement le 17 juin et

le 19 juin, ne se vérifie pas d'emblée. Bien sûr, Shell parle d'un prix minimal de 2,00 DM/kg en juillet, mais la seule information correspondante en l'espèce est celle qui figure dans un compte rendu d'une réunion tenue le 27 mai 1981 entre MM. C. R. Green pour ICI et J. E. Lane et G. Dewick pour Shell, où une comparaison des prix effectuée alors fait apparaître un prix moyen de 1,8 DM pour le raphia et 2,1 — 2,2 DM pour les copolymères (annexe 64/1 à la communication générale des griefs). Or ce document n'est même pas invoqué par la Commission dans ce contexte. Le seul fait qui ressort d'explications plus concrètes dans les instructions des deux entreprises est qu'une augmentation de prix à 2,30 DM/kg était souhaitée pour début septembre et cela n'a rien à voir a priori avec les éventuelles augmentations de prix citées par le compte rendu de la réunion pour le 1^{er} juillet 1981. On ne peut ainsi constater aucun lien direct entre les deux documents.

La lettre du 17 juillet 1981 de Solvay à ses bureaux de vente dans le Benelux qui, pour autant que nous le sachions, n'a pas été produite en l'espèce, ne peut servir de preuve à l'encontre des entreprises.

D'après les informations dont nous disposons, une réunion d'experts a eu lieu le 28 juillet 1981 et nous disposons d'un document qui pourrait paraître présenter un certain lien avec cette réunion, à savoir une note écrite par l'un des dirigeants de Hercules à M. Bastiaens. Il y est écrit que les prix « officiels » pour août et septembre sont, respectivement, de 2,00 DM et 2,20 DM pour le raphia, de 2,25 et 2,40 DM pour le « Moulding » ainsi que de 2,40 DM et 2,55 DM pour les copolymères.

Au point 35, deuxième alinéa, de la décision, la Commission mentionne l'existence d'un projet initial axé sur un prix de 2,30 DM/kg pour septembre 1981 et le fait que ce projet a probablement été modifié lors de la réunion du 28 juillet. Comme cela a dû apparaître de ce qui précède, le seul élément permettant de supposer un projet initial concerté réside dans les lettres des 17 et 19 juin 1981 de Shell et d'ICI à cet égard, et nous n'avons aucune information sur la tenue de réunions dans la période précédant le 28 juillet, à l'exception de celle du 15 juin.

Ce que nous savons est donc qu'après la réunion du 15 juin, ICI et Shell ont toutes deux projeté d'atteindre un niveau de prix de 2,30 DM pour le 1^{er} septembre. Le premier indice plus solide qui apparaît est toutefois la tenue de la réunion du 28 juillet 1981, en liaison avec la note du 29 juillet d'Hercules sur les « prix officiels » pour août et septembre.

Dans ce contexte, nous ne pensons pas qu'il existe suffisamment de preuves d'un « projet initial » tel que celui visé au début du point 35, deuxième alinéa, de la décision.

Les instructions de prix mentionnées au point 35, troisième alinéa, de la décision, en ce qui concerne les prix pour le 1^{er} octobre 1981 ont été envoyées de la façon suivante: le 7 août, BASF a communiqué les prix pour le 1^{er} septembre et, le 7 septembre, les prix pour le 1^{er} octobre. DSM a envoyé des instructions de prix par lettre du 6 août 1981. Hoechst a envoyé deux lettres, respectivement (probablement) le 29 juillet et le 13 août. ICI a envoyé des lettres les 4 août et 7 septembre 1981 concernant des prix à compter, respectivement, du

1^{er} septembre et du 5 octobre. Monte a envoyé une lettre le 4 septembre 1981 pour les mois de septembre et d'octobre. Shell a communiqué le 28 août le niveau des prix pour le 1^{er} septembre et le 1^{er} octobre. L'augmentation de prix alléguée, visée au point 36, premier alinéa, de la décision, n'est citée dans cette lettre que comme « nov. 2,5 DM/kg ».

Le 23 décembre 1981, ICI a communiqué les prix pour janvier 1982. Shell a communiqué, le 5 novembre 1981, les prix cibles pour novembre et décembre. Le 27 novembre, elle a communiqué les prix pour janvier 1982.

Un examen de ces instructions de prix montre que la Commission peut à juste titre les qualifier de quasiment identiques. Si l'on tient compte du fait qu'il est notoire que des réunions ont eu lieu peu de temps avant l'envoi de la plus grande partie des instructions de prix et que, de surcroît, il existe par ailleurs des initiatives de prix bien démontrées, nous estimons qu'on peut sans hésiter tenir pour établi qu'une telle initiative a également eu lieu en ce qui concerne septembre et, vraisemblablement, le reste de l'année 1981.

d) Les périodes de juin à juillet 1982 et de septembre à novembre 1982

En ce qui concerne cette période, la Commission a dénoncé deux initiatives de prix. Elles sont particulièrement bien prouvées par les comptes rendus des réunions et n'appellent pas de remarques particulières.

e) La fin de l'entente sur les prix

La dernière initiative de prix citée dans la décision commence, selon cette dernière, en juillet 1983. En ce qui concerne la période allant jusqu'à la dernière réunion, tenue le 29 septembre 1983 (peut-être le 30 septembre), avant la visite de contrôle de la Commission, le contenu de la décision n'appelle aucune remarque. De même que pour la période de juin 1982 à novembre 1982, les preuves sont si abondantes qu'il n'y a pas lieu de les traiter en détail dans les présentes conclusions. Nous remarquons que deux documents provenant de Shell, cités au point 49 de la décision, ne peuvent pas être invoqués pour prouver l'existence de l'entente. Il s'agit d'un document intitulé: « PP W. Europe-Pricing » et d'un compte rendu interne du 14 juin 1983. Selon la Commission, toutes les requérantes ont eu la possibilité de prendre connaissance de ces documents lorsque l'accès au dossier leur a été accordé. Comme nous l'avons dit plus haut, nous estimons que cela ne suffit pas.

Le fait que ces deux documents ne puissent être utilisés n'affaiblit toutefois en rien, à notre avis, la conclusion de la Commission.

On a enfin posé la question de savoir comment la période postérieure à la dernière réunion et, éventuellement, à la visite de contrôle de la Commission, devait être appréciée.

Plusieurs requérantes ont fait valoir que l'entente sur les prix doit être considérée comme terminée en toute hypothèse lorsque

la dernière réunion a eu lieu. En revanche, la Commission estime que, même après le 29 septembre 1983, les entreprises ont concerté leurs pratiques sur la base des accords conclus antérieurement.

Il ne semble pas particulièrement important dans la présente espèce de savoir dans quelle mesure l'entente a produit certains effets également après la visite de contrôle de la Commission, puisque, en toute hypothèse, cette possibilité ne concerne que quelques mois supplémentaires. Compte tenu de la durée de l'entente, la question de savoir dans quelle mesure des accords conclus avant les 13 et 14 octobre 1983 ont été appliqués quelque temps après lesdites dates n'a manifestement pas une grande importance pour déterminer le montant des amendes.

La conception des requérantes en ce qui concerne la situation juridique pour la dernière période de l'entente n'est toutefois pas correcte. On ne peut estimer que l'activité illicite a cessé lorsque la Commission est intervenue et a éventuellement stoppé ainsi l'activité organisée en matière de réunions. Ce sont les effets de l'entente qui sont décisifs.

On peut lire à l'égard de ce problème dans l'arrêt de la Cour du 3 juillet 1985, Binon⁹⁴: « par ailleurs, l'article 85 serait également applicable si un comportement parallèle des éditeurs s'était prolongé après la cessation de l'ancien accord sans qu'un nouvel accord ne soit intervenu ... le régime de concurrence instauré par les articles 85 et suivants du traité s'intéresse au résultat économique

94 — Point 17 (243/83, Rec. p. 2015, 2040).

des accords, ou de toute forme comparable de concertation ou de coordination, plutôt qu'à leur forme juridique ». De même peut-on lire dans l'arrêt du 25 juillet 1976, EMI Records/CBS United Kingdom⁹⁵, que des accords (ententes) tombent également sous le coup de l'article 85, dès lors qu'ils poursuivent leurs effets après avoir formellement cessé d'être en vigueur. Dans les deux cas cités, le contexte était quelque peu différent de celui des présentes espèces. Il s'agissait d'accords réguliers qui avaient formellement cessé d'exister, et non pas de dispositions adoptées dans le cadre d'une entente, où les accords, par nature, sont caractérisés par le fait que les parties à l'accord étaient parfaitement conscientes de l'illicéité de leurs projets.

Les principes doivent toutefois être les mêmes. Ainsi, si l'on peut constater que des modèles parallèles ont été suivis pendant une certaine période après l'arrêt des réunions, il est logique de supposer que des accords ou une concertation antérieurs ont été appliqués pendant une période postérieure à la visite de contrôle de la Commission. A notre avis, il n'est guère douteux que les instructions de prix pour la période concernée, c'est-à-dire octobre et novembre 1983, montrent que des accords ou une concertation doivent avoir existé. C'est pourquoi nous pensons, à l'instar de la Commission, que l'entente n'a vraisemblablement cessé d'exister que quelques mois après la dernière réunion. Cela vaut même si le document visé au point 51, troisième alinéa, de la décision, trouvé chez ATO, ne peut être utilisé contre les entreprises, car il n'a pas été envoyé à chacune d'entre elles.

9. Les systèmes de quotas

Comme cela ressort de nos remarques ci-avant au point 7, en ce qui concerne la situation en 1979, nous ne pensons pas disposer de base suffisante pour constater l'existence d'un système de quotas pour toute l'année 1979. Le premier système de quotas traité dans la présente partie est donc l'accord de quota allégué par la Commission en ce qui concerne 1980.

Ainsi que l'expose la Commission au point 7 de la décision et comme le montrent les documents de preuve, les entreprises ont utilisé des « objectifs en matière de volume », des « objectifs de volume », des « quotas » ou des « ambitions ». Ces notions suscitent exactement les mêmes difficultés d'interprétation que celles relatives aux « prix cibles ». Comme nous l'avons dit ci-avant, section E, point 6, on doit cependant supposer que des accords ou une concertation tombent sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, même lorsque, d'après leur contenu, ils tiennent compte dans une large mesure des conditions matérielles du marché. Il en va de même en ce qui concerne les objectifs en matière de quotas.

a) Système pour 1980

Dans le compte rendu de la réunion du 26 septembre 1979, comme nous l'avons dit plus haut, on peut lire qu'un système fixe de quotas est essentiel (« essential »). Cela montre qu'à ce moment-là le problème a été débattu et, comme nous l'avons dit au point 7 ci-avant, il existe certains éléments indiquant qu'une sorte de système de quotas existait à la fin de l'année 1979.

95 — Points 30 à 32 (51/75, Rec. p. 811, 849).

A l'autre extrémité dans le temps du système de quotas allégué, nous avons le compte rendu d'une réunion d'experts tenue en janvier 1981. Les chiffres de vente provisoires pour 1980 y sont calculés et les ventes, respectivement, du quatrième trimestre 1980 et des mois correspondants en 1979 y sont comparées. On y constate que, pour chacun des mois du dernier trimestre 1980, les ventes ont été supérieures à celles des mois correspondants pour 1979 et que les ventes globales en 1980 n'étaient que de 3 % inférieures aux ventes en 1979. Les chiffres de vente pour chaque entreprise sont ensuite calculés dans une colonne. La colonne est opposée à une deuxième colonne comportant, pour chaque entreprise, le calcul d'un objectif, fondé, selon les termes du compte rendu, sur « un marché de 1,2 million de tonnes en Europe occidentale pour 1980 ». Dans un commentaire de ces chiffres on peut lire que seul, parmi les quatre grands producteurs, ICI s'est écarté de l'objectif. Le compte rendu ajoute que DSM a contesté avoir pris un quelconque engagement de réduire l'objectif initial, que les chiffres pour Amoco relevaient pour l'essentiel de la pure conjecture et que ceux concernant Hercules semblaient ne pas correspondre à l'impression donnée par l'activité de cette entreprise en 1980. Le compte rendu explique ensuite qu'aucun chiffre n'a été présenté pour Solvay et BP, mais que, en comparant les autres chiffres, on arrivait à une estimation de vente totale de 90 kilotonnes contre un objectif de 71 kilotonnes.

L'objectif indiqué pour ICI est de 139,2 kilotonnes et ses ventes réelles de 128,1 kilotonnes. En ce qui concerne la situation d'ICI, on peut lire dans le compte rendu qu'une partie du problème de cette entreprise venait de toute évidence d'une sérieuse récession au Royaume-Uni, mais que le

« retrait de Dundee », résultant de ce qu'ICI avait tenté d'augmenter les prix antérieurement au cours de l'année, constituait un facteur important.

En ce qui concerne l'année 1980 elle-même, il existe un tableau (annexe 60 à la communication générale des griefs), auquel renvoie le point 55, paragraphes 1 et 2, de la décision. Sur le tableau écrit à la machine, et intitulé « polypropylène — objectifs de vente 1980 (en kilotonnes) », est ajoutée à la main la date du 28 (ou peut-être du 26) février 1980. Le tableau comporte quatre colonnes intitulées « objectifs 1980/sur la base de 1979; ajustements Petrofina », « proposition initiale », « ajustements proposés », et « objectifs convenus ». Dans cette dernière colonne figure un chiffre pour chaque entreprise dont le total donne ce qui est qualifié de « max. 1390 » (kilotonnes). Il est écrit au bas du document « 1 390 kilotonnes représenteront + 12,1 % par rapport à 1979 ». En face des entreprises Saga, Tagsa/Paular, BASF et Petrofina figure un astérisque renvoyant à une remarque dans le document selon laquelle les chiffres « seront contrôlés ». En face de Petrofina on trouve dans la colonne « ajustements proposés » la remarque « max. 20 », qui est répétée dans la colonne « objectifs convenus ». Cela correspond au fait que, d'après les renseignements donnés, Petrofina n'est entrée sur le marché qu'en 1980.

Les chiffres figurant dans la colonne « proposition initiale » correspondent presque sans exception aux chiffres cités dans la colonne « proposition 1 » dans le document visé ci-avant (annexe 56) trouvé chez ICI, mais qui peut provenir de l'un des producteurs allemands. En outre, la même colonne de ce document comporte une série

de chiffres entre parenthèses qui, si on les compare avec les chiffres figurant dans la colonne « proposition II » du document, correspondent à ceux de la colonne « agreed targets » du document nommé en premier lieu, en ce qui concerne les entreprises pour lesquelles des « ajustements » ont été proposés. Dans la colonne « proposition III » de l'annexe 56, figurent des chiffres qui, pour l'essentiel, correspondent aux « objectifs convenus » du document nommé en premier lieu et qui constituent un total de 1 378 kilotonnes. On trouve des différences en ce qui concerne Petrofina (15 au lieu de 20), BASF (60 au lieu de 64) et Saga (35 au lieu de 38) c'est-à-dire en tout 12 kilotonnes et elles concernent trois des quatre entreprises qui, selon l'annexe 60, devaient être contrôlées.

Les chiffres figurant dans la colonne « objectifs convenus » de l'annexe 60 se retrouvent dans l'annexe 57, un document provenant d'ICI, daté du 8 octobre 1980, où figure une comparaison entre les quotas pour 1980 et les capacités théoriques des différentes entreprises. On les retrouve en outre dans la colonne « ventes 1980, ambitions » de l'annexe 58. Dans ce document, qui provient d'ICI et est daté du 9 octobre 1980, figurent en outre les ventes réelles pour chaque entreprise qui forment un total de 1 170 kilotonnes. Enfin, dans l'annexe 59, qui provient également d'ICI, on trouve des colonnes indiquant les « objectifs » pour 1980, pour un total de 1 382 kilotonnes, comparés aux ventes « réelles » présentées en deux colonnes, l'une écrite à la machine avec des chiffres ronds et l'autre écrite à la main avec les chiffres exacts, ces derniers constituant un total de 1 207,9 kilotonnes. Ces chiffres correspondent, à de très légères différences près, aux chiffres cités dans le compte rendu de la réunion de janvier 1981.

A l'examen des éléments dont nous disposons ainsi, la constatation immédiate qui s'impose est qu'il est extraordinairement frappant que trois sources différentes, à savoir ATO, ICI et une entreprise allemande non identifiée, nous offrent des schémas détaillés avec des calculs de quotas sous la forme de « proposition initiale », de proposition modifiée et de proposition définitive ou de décisions, qui correspondent entre eux presque jusqu'au moindre détail.

Si l'on y ajoute les comptes rendus des réunions concernant respectivement celle des 26-27 septembre 1979 et celle de janvier 1981, qui confirment que des négociations ont eu lieu au cours du dernier semestre de 1979 et qui confirment le contenu des tableaux, nous ne voyons aucune raison de douter que l'exposé, au point 55 de la décision, du déroulement des événements en ce qui concerne 1980 doit être considéré pour l'essentiel comme une présentation correcte et bien fondée. Nous trouvons particulièrement révélateur le commentaire figurant dans le compte rendu de la réunion de janvier 1981, en ce sens que DSM a contesté qu'il y ait jamais eu accord sur une réduction par rapport à l'objectif initial. DSM est cité comme ayant vendu 46,1 kilotonnes, ce qu'il faut comparer au fait que, dans le document du 28 février 1980, un quota de 45 kilotonnes avait été attribué à cette entreprise.

b) Période 1981-1982

Selon la Commission, aucun accord définitif sur des quotas n'existait en ce qui concerne cette période (points 56 à 59 de la décision). A l'article 1^{er}, sous e) de la décision, l'infraction alléguée des entreprises est décrite comme une répartition du marché

qui aurait été mise en œuvre de telle sorte qu'à défaut d'un accord définitif pour l'année entière, les producteurs étaient obligés de « limiter leurs ventes mensuelles par rapport à une période antérieure... ».

Une situation telle que celle ainsi décrite constitue indubitablement une infraction à l'article 85, paragraphe 1, si la Commission est en mesure d'apporter la preuve de son affirmation.

1981

Le premier document cité par la Commission dans ce contexte est le compte rendu de la réunion d'experts de janvier 1981 mentionné ci-avant. Comme nous l'exposons au point 8, sous b), on peut lire dans le compte rendu qu'il existait un consensus sur le maintien d'un prix cible de 1,75 DM en février (1981) et que le prix de 2,00 DM devrait être appliqué sans exception en mars. Il est dit ensuite: « dans l'intervalle, les quantités mensuelles doivent être limitées à 1/12 de 85 % de l'objectif pour 1980... » et, comme on peut le lire, « with a freeze on customers ».

Il ressort d'une note interne, non datée, trouvée chez ICI (visée au point 56, troisième alinéa, de la décision; annexe 63) que différentes alternatives en ce qui concerne le système des quotas avaient été discutées lors d'une réunion. La note n'indique pas s'il s'agit d'une réunion interne chez ICI ou d'une réunion entre producteurs. Selon la note, la position d'ICI était qu'il fallait limiter les tonnages au niveau que le marché serait vraisemblablement en mesure d'absorber, à savoir 1 350 000 tonnes. Il est

écrit ensuite que « même s'il n'y a pas eu de négociations supplémentaires avec Shell » les quatre grands producteurs pourraient montrer l'exemple en acceptant une réduction de 0,35 % de la part de marché fixée comme objectif pour 1980, à la condition que les petits producteurs plus ambitieux, tels que Solvay, Saga, DSM, Chemie Linz ou Anic/SIR modèrent également leurs prétentions. Enfin il est dit que, sous réserve que les quatre grands producteurs soient d'accord, les anomalies pourraient vraisemblablement être traitées dans le cadre de négociations individuelles à un niveau élevé de la hiérarchie, si possible « avant les réunions de Zurich ». Suit un tableau faisant état d'une possibilité de compromis avec les parts des différentes entreprises exprimées en pourcentage de leurs objectifs de tonnage pour 1980.

On dispose en outre de l'annexe 61 à la partie générale de la communication des griefs, citée dans la partie relative à 1980, et dont le tableau comporte une colonne supplémentaire intitulée « 1981 — ambitions ». Il s'y ajoute un schéma en tant qu'annexe 62 qui fait état de trois propositions différentes qu'on a cherché à mettre au point en commun et qui sont comparées aux ambitions des entreprises.

Le compte rendu d'une réunion du 27 mai 1981 entre Shell et ICI, cité dans la décision (annexe 64), montre clairement qu'aucun accord sur les quotas n'avait alors été conclu. Le compte rendu de la réunion du 17 juin 1981 également cité montre qu'à cette époque non plus aucun système de quota n'avait été instauré.

Dans un schéma trouvé chez ICI mais émanant prétendument de Monte (annexe

65), on trouve une comparaison pour la période de janvier à décembre 1981 entre les ventes dites « réelles » et celles dites « théoriques ». Le dernier schéma dans ce contexte (annexe 67), qui date du 21 décembre 1981, montre les ventes mensuelles de l'ensemble des producteurs pour 1981. Jusqu'à octobre compris, les chiffres sont écrits à la machine, pour novembre et décembre ils sont écrits à la main. Une colonne supplémentaire comporte une comparaison, écrite à la main, pour toute l'année.

Le dernier document de preuve invoqué par la Commission est une note élaborée par un collaborateur d'ICI, M. E. Robinson, au milieu de l'année 1981, alors qu'il venait d'être nommé directeur du marketing pour les thermo-plastiques (annexe 66). La partie pertinente de la note est citée ainsi par la Commission: « n'avons pas d'accord pour 1981, mais l'on utilise 1980 comme modèle ».

Comme nous l'avons dit, la Commission estime que les entreprises se sont mutuellement engagées à limiter leur production. Au point 57, deuxième alinéa, de la décision, la Commission fait état d'une solution de fortune consistant à réglementer les ventes sur la base d'une répartition théorique du marché disponible, répartition fondée sur les quotas de 1980.

Si l'on excepte les premiers mois de l'année, les documents de preuves font apparaître assez clairement que les producteurs n'ont pas pu se mettre d'accord sur un quelconque système de quotas. Pour étayer la supposition de la Commission quant à l'existence d'une solution de fortune qui, par sa nature, devrait être considérée comme relevant de l'article 85, paragraphe 1, on ne dispose

toutefois que d'une indication selon laquelle « on » a utilisé le quota de 1980. Le fait qu'à une date peut-être située fin 1981 ou début 1982, un collaborateur de Monte ou d'ICI ait pu entreprendre une comparaison entre une base théorique et une base réelle, semble être un fondement bien mince pour les conclusions de grande portée que la Commission en déduit. Bien sûr, il est suspect qu'un collaborateur d'ICI ait manifestement disposé des chiffres de vente exacts de chaque entreprise individuelle et on a là un indice valable de ce que des renseignements sur les ventes ont été échangés au cours des réunions. Mais, à notre avis, il n'y a pas de lien suffisant entre les données de preuve citées pour constater que les entreprises se sont mutuellement imposées de limiter leurs ventes.

Cela étant, nous estimons qu'il existe suffisamment de preuves de ce que, au cours des premiers mois de l'année un système de quota a été convenu pour appuyer l'initiative de prix en février et mars, conformément au contenu du compte rendu de la réunion de janvier. Sous cette réserve, les schémas disponibles et la remarque lapidaire dans la note citée ne comportent en revanche pas d'éléments suffisants pour étayer l'appréciation des preuves faite par la Commission. Nous ne sommes donc pas enclin à nous rallier à l'avis de la Commission sur ce point.

1982

Pour 1982, selon la Commission, les entreprises se sont également imposées mutuellement de limiter leurs ventes, sans pouvoir par ailleurs aboutir à un consensus sur un système de quota. Les annexes 69 à 71 à la communication générale des griefs montrent

les propositions avancées, mais la note de réunion citée au point 58 de la décision, concernant une réunion du 10 mars 1982, ne peut être utilisée contre les entreprises, car d'après ce que nous savons, elle n'a été communiquée qu'à ICI. Selon les mémoires en défense dans certaines des affaires, le document n'a été communiqué qu'à ICI qui d'ailleurs ne fait pas valoir qu'il ne lui a pas été dûment communiqué. Toutefois, ce document ne semble pas avoir été produit du tout en l'espèce. La Commission a reconnu qu'il s'agit d'une erreur et elle s'est référée au compte rendu de la même réunion provenant de Hercules, compte rendu qui était annexé à la communication générale des griefs en tant qu'annexe 23. En ce qui concerne les propositions de contrôle des quantités, ce compte rendu ne comporte toutefois pas d'autre élément important qu'une liste des capacités de production théorique des différentes entreprises. Ainsi, à notre avis, nous ne disposons pas de base suffisante pour supposer qu'au cours du premier semestre 1982, les entreprises ont fait autre chose, en ce qui concerne le contrôle des quantités, que d'échanger des informations sur leurs ventes réelles et des informations plus générales sur la situation des différentes entreprises.

Le point 59 de la décision rend compte de l'initiative d'ICI en liaison avec sa prise de présidence du « groupe ». En ce qui concerne les systèmes de quotas, il est clair que ICI souhaitait et présupposait un régime de quotas fonctionnant réellement et qui devrait entrer en vigueur début 1983. Dans l'intervalle, on soulignait — selon le compte rendu de la réunion d'août 1982 il semble que c'est ICI qui le soulignait auprès des autres — que les entreprises devaient chercher à limiter leurs ventes à la part de marché qui avait été la leur au cours des premiers mois de l'année et — toujours selon le compte rendu de la réunion du mois

d'août — par rapport à un marché de 120 kilotonnes.

Les informations visées au point 59, deuxième et troisième alinéas, en provenance d'ATO, contiennent uniquement, en ce qui concerne des accords ou similaires, une remarque en ce sens que, fin 1982, on a abouti à quelque chose qui ressemblait à un consensus sur les ambitions et les parts de marché.

Selon nous, ces preuves ne démontrent pas avec une certitude suffisante qu'un consensus a été obtenu sur la limitation des ventes en 1982. La seule chose qui semble exister à cet égard est une proposition d'ICI et l'on ne sait rien de précis sur la façon dont elle a été reçue par les autres entreprises. Ainsi, il apparaît que les efforts se sont concentrés sur la recherche d'un système utilisable pour 1983.

Dans ce contexte, nous ne pouvons être d'accord avec la Commission qu'il existe des preuves de ce que les entreprises sont arrivées à une quelconque forme de consensus sur la limitation de leurs ventes en 1982.

c) Les systèmes de quotas en 1983

Pour les deux premiers trimestres de 1983, la Commission pense avoir constaté un consensus sur un système de quotas parmi les producteurs.

Il est bien exact que les documents produits montrent clairement que, en liaison avec sa

prise de la présidence du « groupe » à la mi-1982, ICI a beaucoup insisté sur l'introduction d'un système de quotas. Les preuves montrent par ailleurs que les collaborateurs d'ICI ont déployé d'importants efforts pour mettre en place un tel système.

Toutefois, surtout si l'on doit négliger les documents qui ne peuvent pas être utilisés contre les entreprises pour des raisons de procédure (il s'agit d'une note établie par ICI pour préparer une réunion avec Shell en mai 1983 — point 63, deuxième alinéa, deuxième phrase, de la décision — et du projet de Shell pour le premier trimestre de 1983 — point 63, troisième alinéa, de la décision), il est difficile de trouver une quelconque preuve de ce que le consensus sur un accord de quotas allégué par la Commission a été atteint. Le seul point dans l'ensemble de preuves qui fait apparaître quelque chose ressemblant à un consensus est le document interne de Shell visé au point 64 de la décision (annexe 90), où l'on parle d'« objectif convenu pour Shell ». On ne trouve toutefois rien de plus en l'espèce en ce qui concerne le deuxième trimestre 1983. Selon nous, ces preuves sont trop maigres pour qu'on estime qu'il est établi qu'un accord a existé pour le deuxième trimestre.

Quant au premier trimestre, la Commission expose au point 63, premier alinéa, de la décision, que certaines entreprises ont jugé acceptable une attribution de quotas discutée lors d'une réunion du 2 décembre 1982. Rien n'est dit en revanche sur la réaction des autres et il n'est en outre pas précisé clairement comment les entreprises ayant accepté réagiraient si les autres exigeaient des parts de marché plus importantes. De même, les preuves disponibles par ailleurs ne comportent à notre avis rien qui

puisse servir de base à la constatation qu'un consensus a été atteint en ce qui concerne le premier trimestre.

Ainsi, selon nous, nous ne disposons pas de bases suffisantes pour estimer qu'un accord sur un système de quotas a existé pour une quelconque partie de l'année 1983.

10. « Account management » et « account leadership »

A l'article 1^{er}, sous c), de la décision, le « système d'account management » est expressément cité comme faisant partie des mesures adoptées par les entreprises pour rendre possibles les augmentations de prix qu'elles souhaitaient.

Les systèmes d'account management qui sont décrits plus en détail au point 27 de la décision avaient pour objet de contrôler les déplacements de clientèle ou « tourisme de clientèle », qui sont discutés à plusieurs endroits dans les documents de preuve. Comme l'a exposé ICI, il s'est vraisemblablement agi de deux systèmes qu'on a cherché à mettre en œuvre. En ce qui concerne le premier, les informations ne sont pas très nombreuses, mais il en ressort qu'en toute hypothèse des préparatifs ont été faits pour mettre en place un système et que des projets détaillés ont été présentés pour plusieurs pays. Cela s'est produit lors d'une réunion du 2 septembre 1982. Au cours de la réunion du 2 décembre 1982, on a proposé de mettre en œuvre l'idée sur un plan plus général et l'on a choisi les nombreux clients à intégrer dans le système. Des débats approfondis en ce qui concerne la situation de chaque client sont rapportés

dans un compte rendu d'une réunion du 3 mai 1983.

A notre avis, ces preuves excluent tout doute raisonnable quant au bien fondé des conclusions de la Commission en ce sens qu'un ou plusieurs systèmes de contrôle ont été utilisés en vue de chercher à arrêter ou à neutraliser les déplacements de clientèle. Il n'est pas difficile d'imaginer qu'un système tel que celui qui a été décrit s'est effondré après quelque temps. Il est incontestablement difficile de faire fonctionner un tel système dans un marché comportant vingt vendeurs et un nombre très important d'acheteurs. Toutefois, les comptes rendus des réunions de 1983 montrent qu'il a fonctionné pendant plusieurs mois.

11. *Autres mesures d'accompagnement*

Pour la plupart, les autres mesures visées au point 27 de la décision et destinées à faciliter la mise en œuvre des augmentations de prix, doivent être considérées comme partie intégrante des infractions principales, à savoir les accords en matière de prix et de tonnages. Ainsi, il n'est guère nécessaire de traiter séparément de ces points, car ils ont plutôt la nature de détails dans un ensemble plus important. Précisons toutefois que les preuves disponibles ne laissent pas subsister de doute raisonnable quant à l'exactitude des suppositions de la Commission à cet égard.

Mais il y a, à notre avis, une exception qui concerne l'affirmation de la Commission selon laquelle les entreprises sont convenues de détourner les livraisons vers des marchés d'outre-mer pour instaurer ainsi en Europe

occidentale une situation de pénurie qui créerait les conditions d'une augmentation des prix. D'après les preuves disponibles, il nous semble douteux que les entreprises aient fait autre chose que de s'informer des ventes effectuées en direction des marchés d'outre-mer, qui sont désignés dans les documents de preuve comme « reste du monde ». Il est naturel que des entreprises cherchent à écouler une production excédentaire sur des marchés autres que le plus proche. On doit toutefois exiger des éléments solides dans les documents de preuve pour établir que les entreprises avaient pour but de créer une situation de pénurie sur le marché d'Europe occidentale. Nous n'estimons pas disposer de tels éléments et il serait, selon nous, plus correct, dans le cadre des arrêts, de négliger l'affirmation de la Commission quant à l'existence d'un accord pour détourner les livraisons hors de l'Europe occidentale.

G — *Prescription*

Conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous b), du règlement (CEE) n° 2988/74⁹⁶, pour des infractions telles que celles en cause dans les présentes affaires, le pouvoir de la Commission de prononcer des amendes ou sanctions pour infraction aux dispositions du droit des transports ou de la concurrence de la Communauté économique européenne est soumis à un délai de prescription de cinq ans.

Aux termes de l'article 1^{er}, paragraphe 2, la prescription court à compter du jour où l'infraction a été commise. Pour les infrac-

⁹⁶ — Du Conseil du 26 novembre 1974 relatif à la prescription en matière de poursuites et d'exécution dans le domaine du droit des transports et de la concurrence de la Communauté économique européenne (JO L 319, p. 1).

tions continues ou continuées, la prescription ne court qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin.

Conformément à l'article 2, paragraphe 1, premier alinéa, le délai de prescription est interrompu par tout acte de la Commission ou d'un État membre agissant à la demande de la Commission, visant à l'instruction ou à la poursuite de l'infraction. L'interruption de la prescription prend effet le jour où l'acte est notifié à au moins une des entreprises ayant participé à l'infraction et, selon le paragraphe 2 de cet article, elle vaut pour toutes les entreprises ayant participé à l'infraction.

Dans la présente espèce, une série d'entreprises ont fait valoir dès le stade de la procédure administrative que les accords de prix planchers de 1977 ont fonctionné indépendamment des arrangements ultérieurs et que la prescription devait ainsi avoir joué en ce qui concerne l'amende pour cette partie de l'affaire. Au point 103 de la décision, la Commission a rejeté ce point de vue en faisant valoir le « lien manifeste de fait et de circonstances » entre les différents arrangements.

Certaines des requérantes se sont prévaluées des règles de prescription au cours de la procédure devant le Tribunal. Compte tenu de la nature des règles relatives à la prescription, il n'est pas nécessaire qu'un requérant se réfère expressément au règlement n° 2988/74. Il doit suffire que l'entreprise ait fait valoir qu'on ne pouvait pas lui imposer d'amende pour un élément déterminé de l'affaire.

La Commission voit a priori dans ce qui s'est passé une infraction continue ou continuée et fait valoir de même dans la décision qu'il existe entre les accords de prix planchers de 1977 et les événements ultérieurs un tel lien mutuel que l'infraction qui a commencé en 1977 ne peut être considérée que comme ayant cessé quelque temps seulement après la visite de contrôle de la Commission dans les entreprises, les 13 et 14 octobre 1983.

A cet égard, les requérantes maintiennent leur point de vue selon lequel les arrangements qui ont pu exister en 1977 étaient, par nature, différents et tout à fait indépendants de ce qui s'est passé ensuite.

Il n'est pas contesté qu'un éventuel délai de prescription en cours a été interrompu le 13 octobre 1983, lorsque la Commission a commencé ses visites de contrôle et la question est donc de savoir si une infraction ou une partie d'infraction peut être considérée comme ayant commencé ou ayant cessé avant le 13 octobre 1978.

Si le Tribunal nous suit dans notre appréciation des preuves telle qu'elle a été décrite ci-avant, nous ne doutons pas que le Tribunal devra constater que tout ce qui concerne les accords sur des prix planchers en 1977 est prescrit. D'après nous, l'accord des prix planchers était, au plus, une sorte de préliminaire de ce qui s'est produit ensuite. Il avait bien le même objectif que les accords ultérieurs mais, d'après ce que nous savons, ce n'était pas le résultat de négociations dans le même cadre. En outre, selon les constatations en matière de preuves que nous avons entreprises, l'accord sur les prix planchers et les premiers résultats de la série de réunions des requérantes que nous

pouvons constater avec une certitude suffisante, c'est-à-dire l'initiative de prix dans la dernière moitié de 1979, sont nettement séparés dans le temps. Bien sûr, la série de réunions qui a constitué le cadre des infractions ultérieures a commencé avec un certain lien temporel avec l'accord de prix planchers, mais aucun résultat illicite concret de ces réunions n'est démontré avant 1979.

A notre avis, il convient en conséquence de constater que les infractions en ce qui concerne l'accord sur les prix planchers ont cessé au plus tard au cours du printemps 1978 et que l'obligation d'en répondre en payant une amende est donc prescrite. Comme on le verra dans la troisième partie sur les amendes, une certaine réduction des amendes devra en découler.

II — Les affaires considérées individuellement

Dans cette partie, nous examinerons, d'une part, la situation en matière de preuves pour chaque requérante et, d'autre part, les différents moyens qui ne sont invoqués que par une requérante ou un petit nombre d'entre elles. Nous ne commenterons pas chaque détail de l'ensemble de l'argumentation des requérantes, ce ne serait guère possible si nous voulons — malgré tout — maintenir ces conclusions dans des limites raisonnables. Cela vaut notamment pour les arguments et moyens de nature économique à qui, comme l'aura montré ce qui précède, on ne peut reconnaître qu'une valeur limitée pour apprécier si l'article 85, paragraphe 1, a été enfreint. Il en va de même en ce qui concerne la situation en matière de preuves, car il serait quelque peu superflu de discuter en détail de chaque élément d'une série de

preuves dans les cas où les pièces à conviction sont claires et sans équivoque. Nous rappelons que nous avons pris position ci-avant, dans la première partie, section F, point 5, sur la question de la participation des entreprises moins importantes à l'accord sur les prix planchers de 1977, c'est pourquoi nous ne ferons en principe aucune remarque à cet égard ci-après.

A — *Rhône-Poulenc* (affaire T-1/89)

Il est constant que Rhône-Poulenc a cédé ses activités dans le secteur du polypropylène à la fin de 1980. Aussi, cette requérante fait-elle partie des entreprises pour lesquelles les preuves directes sont relativement rares. La période soumise à notre appréciation est celle qui commence à l'automne 1979, où — comme nous l'exposons ci-avant dans la première partie, section F, point 7 — les preuves permettent d'estimer que l'entente a commencé à fonctionner, et va jusqu'à fin 1980. Le fait que les preuves directes ne soient pas nombreuses a conféré un caractère particulier à l'argumentation des parties en l'espèce et rend en soi nécessaire une position claire sur l'un des problèmes de preuves primordiaux ici, à savoir l'importance, du point de vue des preuves, de la simple participation aux réunions.

A notre avis, les preuves dans l'affaire Rhône-Poulenc sont plus faibles que dans toutes les autres. Comme documents de preuve, on ne dispose que du compte rendu de la réunion des 26 et 27 septembre 1979 ainsi que des tableaux faisant état des systèmes de quotas, y compris la note trouvée chez ATO et concernant les producteurs exerçant leur activité en France. On trouve également comme preuves les informations données par ICI, selon

lesquelles Rhône-Poulenc a participé aux réunions relatives à l'entente, en tout cas à partir de 1979. Enfin, cette affaire repose sur toute une série d'inférences tirées des autres éléments. Aussi cette affaire nous amène-t-elle à réfléchir sur les exigences qui peuvent être posées en ce qui concerne le poids des preuves dont doit disposer la Commission pour fonder une décision. Dans ce contexte, il faut tenir le plus grand compte de ce que les affaires de concurrence de la nature de celles-ci ont en réalité un caractère pénal, ce qui bien entendu plaide en faveur d'un haut niveau d'exigences en matière de preuves. D'un autre côté, on ne saurait négliger l'importance et la valeur des preuves indirectes.

Rhône-Poulenc fait valoir que la Commission ne dispose d'aucune preuve importante à son encontre. Elle évoque surtout le fait que la partie de loin la plus importante des documents de preuve existants concerne une période postérieure à son départ du marché, ce qui, d'après elle, implique forcément que ces preuves ne peuvent pas être opposées à cette entreprise. D'après la requérante, les considérations de la Commission en matière de preuves, que Rhône-Poulenc qualifie de sorte de présomption rétroactive, ne sont donc pas correctes. Selon Rhône-Poulenc, la Commission a tranché sans tenir compte, notamment, de l'évolution du marché, la situation jusqu'en 1982 étant caractérisée par un déséquilibre et une faible rentabilité, ce qui ne permet pas d'apprécier le comportement des entreprises de la même façon avant et après la fin de 1980. Pour elle, la Commission a en outre négligé de tenir compte de l'évolution de l'entente.

En ce qui concerne les documents de preuves relatifs à la période pendant laquelle Rhône-Poulenc était présente sur le marché,

la requérante expose d'abord que le compte rendu concernant la réunion des 26 et 27 septembre 1979, qui n'est qu'une simple note manuscrite anonyme, ne mentionne aucun nom de participants. Pour les tableaux concernant les quotas, elle fait valoir qu'aucun indice sérieux ne saurait en être tiré quant à un accord auquel Rhône-Poulenc aurait participé. Dans ce contexte, Rhône-Poulenc souligne en premier lieu que, bien que les entreprises Amoco, Taqsa, Paular et BP soient également nommées dans ce tableau, la Commission a admis, expressément ou tacitement, qu'elles n'avaient participé à aucune entente. En second lieu, Rhône-Poulenc conteste qu'on puisse, à l'instar de la Commission, qualifier de « quotas » ce qui ne représente en réalité que des objectifs de vente, fait qui explique d'ailleurs la révision périodique de ces chiffres en fonction des ventes effectives au cours de l'année. En ce qui concerne la thèse de la Commission selon laquelle Rhône-Poulenc a participé aux réunions de patrons et d'experts à partir de 1979, Rhône-Poulenc souligne que la seule preuve à cet effet réside dans les déclarations d'ICI en ce sens. Selon la requérante, ces déclarations sont faites en termes si vagues et généraux qu'elles ne sauraient suffire en soi pour démontrer la participation de Rhône-Poulenc aux réunions ou à l'entente alléguée. Enfin, la requérante souligne qu'on n'a pas trouvé la moindre autre preuve, telle que des instructions de prix ou similaires, qui attesterait son comportement sur le marché.

A cela, la Commission rétorque tout d'abord en se référant à sa thèse principale, selon laquelle l'objet des réunions pour lesquelles on ne dispose pas de compte rendu devait être le même que celui des réunions dont l'objet est connu. Ainsi, la Commission fonde son point de vue précisément sur la présomption rétroactive attaquée

par Rhône-Poulenc. Pour étayer cette attitude, la Commission se réfère surtout aux déclarations d'ICI en ce sens que les idées relatives aux objectifs de prix se sont développées en 1978 et que, en toute hypothèse, il faut considérer que l'entente a fonctionné complètement à partir de 1979. Quant aux tableaux découverts, la Commission souligne qu'ils ne semblent pas contenir de chiffres précis pour Amoco et Hercules et qu'il ressort du compte rendu d'une réunion ultérieure que les chiffres pour Amoco ont été qualifiés de pure conjecture. En ce qui concerne les tableaux concernant l'année 1980, la Commission souligne en outre que le quota, attribué selon ces documents à Rhône-Poulenc, correspond exactement aux chiffres réels de vente (2,97 % contre 2,98 % d'un marché fixé à l'origine à 1 382 kilotonnes, mais qui a été en réalité de 1 207,9 kilotonnes). La Commission y voit un comportement qui montre que Rhône-Poulenc a pris au sérieux les accords conclus. La Commission voit la preuve de la participation de Rhône-Poulenc dans les renseignements fournis par ICI et le fait que Rhône-Poulenc n'a jamais contesté avoir participé à ces réunions.

Comme nous l'avons dit, le cas de Rhône-Poulenc conduit tout particulièrement à réfléchir sur la question de savoir, en matière de preuves, dans quelle mesure la participation à des réunions, en liaison avec quelques indices supplémentaires, peut être considérée en soi comme suffisante pour prouver la participation à l'entente.

En ce qui concerne la participation elle-même, d'après les informations données par ICI, Rhône-Poulenc a régulièrement assisté aux réunions au moins depuis 1979. Ni Rhône-Poulenc ni quiconque n'a pu fournir d'explications sur les raisons pour lesquelles

ICI aurait donné de telles informations, si elle ne pensait pas pouvoir les garantir. On ne voit pas pour quel motif raisonnable ICI aurait cherché à accabler ses concurrents à cet égard, et il faut plutôt supposer qu'ICI a été prudente dans sa réponse aux questions de la Commission. En ce qui concerne la fiabilité des déclarations d'ICI, il convient en outre de remarquer que la plupart des autres requérantes ayant, selon ICI, pris part aux réunions, ont en fait admis leur participation telle que décrite par ICI. A l'opposé, on ne dispose que de l'affirmation de Rhône-Poulenc selon laquelle les affirmations d'ICI ne prouvent pas que cette requérante a participé. Rhône-Poulenc n'a en revanche pas contesté sa participation. Même si, comme cela ressort de la réponse à la communication des griefs, Rhône-Poulenc n'a plus, parmi son personnel, aucun de ceux qui s'occupaient alors de la production du polypropylène, le moins qu'on pouvait attendre de cette entreprise est qu'elle étudie elle-même la question de manière assez approfondie pour pouvoir contester sa participation aux réunions. Cela aurait permis à la Commission de procéder à des enquêtes supplémentaires, pour obtenir une confirmation ou une infirmation de ce point de vue. Selon nous, en présence de déclarations qui laissent entendre une participation de manière fiable, il ne suffit pas de se comporter de manière passive. Dans ces conditions, nous estimons pouvoir légitimement considérer comme établi que Rhône-Poulenc a participé à des réunions de 1979 à fin 1980.

En ce qui concerne Rhône-Poulenc, le seul indice de sa participation à l'entente, en dehors des indications dans les tableaux de quotas, réside dans sa participation aux réunions. Comme nous l'avons dit dans la partie introductive des présentes conclusions, et comme l'admet la jurisprudence

américaine⁹⁷, la participation à une réunion au cours de laquelle d'autres participants conviennent de quelque chose d'illicite, ne suffit en général pas pour que la participation à l'acte illicite puisse être considérée comme prouvée. En principe, on pourra expliquer de manière admissible qu'on s'est rendu sur place sans intention de participer à une infraction aux règles de la concurrence. Mais, selon nous, de telles explications élimineront difficilement tout soupçon de participation au comportement illicite des autres participants si elles concernent plus d'une ou, à la rigueur, d'un très petit nombre de réunions. Si, de surcroît, aucun éclaircissement n'est donné, fournissant une explication alternative raisonnable sur le sens de sa présence aux réunions, et que des chiffres précis sont indiqués pour Rhône-Poulenc (et non pour Amoco et BP), on peut à notre avis légitimement estimer que Rhône-Poulenc a participé à l'entente à partir de son début, au cours de l'automne 1979, et jusqu'à ce que cette entreprise quitte le marché à la fin de l'année 1980.

En ce qui concerne surtout les initiatives de prix citées par la Commission, dont seule l'initiative de juillet à décembre 1979 date de l'époque où Rhône-Poulenc figurait sur le marché, la requérante fait valoir qu'il n'existe aucune forme de preuve de la participation de Rhône-Poulenc, pas plus que d'indice en ce sens. Selon elle, le comportement de Rhône-Poulenc est, en réalité, totalement inconnu.

À cet égard, la Commission rappelle qu'en tant que participant à des réunions clandestines, lors desquelles des prix cibles étaient convenus, Rhône-Poulenc ne peut se sous-

traire à sa responsabilité dans les opérations de l'entente, simplement parce qu'on n'a découvert aucune instruction de prix écrite pour cette entreprise. La Commission ajoute que les données disponibles en ce qui concerne le respect du système de quotas par Rhône-Poulenc indiquent plutôt que cette entreprise ne participait pas de façon purement gratuite aux réunions et qu'elle s'est comportée selon ce qui avait été convenu. Par ailleurs, estime la Commission, on ne saurait considérer isolément les systèmes de quotas et les arrangements sur les prix.

En ce qui concerne les arguments de Rhône-Poulenc, il convient tout d'abord de dire que le fait qu'un comportement n'est pas connu ne revient naturellement pas à exclure l'existence d'un comportement correspondant aux accords conclus. Comme le dit la Commission, il existe en outre des éléments importants qui permettent d'estimer que Rhône-Poulenc a effectivement respecté les quotas fixés pour cette entreprise pour l'année 1980. Dans ce contexte et si l'on admet que Rhône-Poulenc a participé aux réunions, il n'y a à notre avis pas grand motif de douter de ce que Rhône-Poulenc s'est servie des connaissances qu'elle s'est procurée dans le cadre des réunions.

En ce qui concerne l'intensité de la participation de Rhône-Poulenc, nous ne disposons pas d'informations qui indiqueraient que cette requérante a été, soit particulièrement active, soit particulièrement réservée.

Rhône-Poulenc affirme, et c'est là un moyen qui présente un certain lien avec la situation en matière de preuves, que la Commission a violé le principe d'égalité en

⁹⁷ — Voir note 92, voir également l'avocat général Sir Gordon Slynn dans l'affaire SA Musique Diffusion Française e.a./Commission (voir note 2).

ce qu'elle a considéré que cette entreprise avait participé à l'entente, alors qu'elle a omis de poursuivre BP et Amoco, bien que, selon cette requérante, la Commission ait disposé de preuves plus importantes contre ces deux entreprises que contre elle.

La Commission précise à cet égard que l'élément décisif dans son appréciation des preuves a été que la participation de ces entreprises aux réunions de l'entente n'a pas pu être prouvée et qu'elle a en conséquence estimé devoir renoncer à les poursuivre malgré certains soupçons.

Nous ne pensons pas que le point de vue de Rhône-Poulenc soit correct. Indépendamment de la question de savoir si une plainte d'une personne pouvant justifier d'un droit à cet égard aurait pu obliger la Commission à tenter de mener une procédure contre BP et Amoco — ce qui est en soi fortement douteux — le fait que ces entreprises n'aient pas été poursuivies ne saurait dans des circonstances normales entraîner des conséquences à l'égard d'autres entreprises. Dans les présentes affaires, en raison des documents de preuve existants pour les différentes parties, les cas d'Amoco et de BP, d'une part, et de Rhône-Poulenc, d'autre part, ne sont pas semblables. De surcroît, personne n'a encore fait valoir que le fait, pour la Commission, de poursuivre certaines entreprises alors qu'elle renonce à en poursuivre d'autres, reposerait sur autre chose que des raisons objectives. Si l'on peut exclure des raisons qui ne sont pas objectives, il convient à notre avis de laisser à la Commission une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne les affaires qu'elle estime pouvoir poursuivre et les autres. Dans les affaires « Polypropylène », la Commission a fixé des limites en matière de preuves de la participation aux réunions et

elle a ainsi estimé que les affaires contre BP et Amoco n'aboutiraient pas. Il est clair que la marge d'appréciation de la Commission comporte nécessairement un pouvoir d'appréciation de cette nature en matière de preuves, et ce même si d'autres personnes pouvaient estimer que les affaires auraient pu aboutir. D'ailleurs, l'appréciation de la Commission nous paraît raisonnable. En conséquence, nous estimons que le moyen de Rhône-Poulenc à cet égard doit être rejeté.

Rhône-Poulenc a enfin fait valoir que les motifs de la décision ne sont pas suffisants en ce qui concerne cette entreprise, car la Commission n'a pas tenu compte du fait que l'entente a évolué pendant tout le temps où elle a existé et qu'ainsi elle a injustement fait payer Rhône-Poulenc pour des actes commis après que cette requérante a quitté le marché.

Il est difficile de voir le bien-fondé de ce point de vue. Naturellement, la décision doit être comprise comme reprochant aux entreprises d'avoir participé à ce qui s'est passé pendant le temps de leur participation à l'entente et les informations dont nous disposons ne fournissent aucun élément permettant de croire que la Commission a été d'un autre avis.

B — *Petrofina* (affaire T-2/89)

Notre exposé ci-avant fait apparaître que nous sommes d'accord avec la Commission que la participation à des réunions dans lesquelles ont eu lieu des débats qui ont certainement eu pour objet des mesures restrictives de la concurrence constitue en

soi un élément de preuve important. Dans la mesure où il n'est pas possible d'établir une participation plus régulière, il faut des éléments différents et solides pour constater la participation à l'entente. De même que pour Rhône-Poulenc, la question de la participation à des réunions suscite certains problèmes en ce qui concerne Petrofina.

Comme cela est mentionné, notamment, au point 78, huitième alinéa, de la décision, Petrofina a collaboré avec Montedipe du début de 1980 à mars 1982 pour gérer les installations de production à Feluy en Belgique. Cette coopération a eu lieu dans le cadre de la société détenue en commun, Montefina. En mars 1982, Petrofina a commencé à assurer elle-même la vente de sa part de production dans le cadre de son service des ventes des produits chimiques.

Dans son dossier de procédure, Petrofina a admis avoir participé aux réunions de mai 1982 à la fin de la session de réunion en septembre 1983. En ce qui concerne la période de mars à mai 1982, la position de Petrofina est assez incertaine. Dans sa réponse du 12 janvier 1984 à la demande de renseignements de la Commission, on peut lire que des collaborateurs de l'entreprise ont participé à des réunions « à partir de mars 1982 ». Dans une annexe à la réponse, Petrofina énumère ensuite des réunions auxquelles cette entreprise a participé, entre mai 1982 et septembre 1983 en commençant par une réunion le 18 mai 1982, de même qu'elle indique les noms des représentants de l'entreprise. On pourrait supposer sur cette base que Petrofina avait participé à des réunions à partir de mars 1982, sans qu'elle soit en mesure de préciser le nom des participants. D'un autre côté, Petrofina nie expressément que l'entreprise ait été représentée à la réunion qui, selon le point 58,

deuxième alinéa, de la décision, a eu lieu le 10 mars 1982. Aucune preuve infirmant cette allégation n'est apparue dans la procédure.

En ce qui concerne l'époque antérieure à mars 1982, la situation est assez peu claire. Dans sa réponse du 12 janvier 1984, Petrofina fait valoir que, en raison de sa collaboration avec Montedipe, l'entreprise n'était pas compétente pour engager à elle seule Montefina, et que, en conséquence, elle ne pouvait assumer la responsabilité pour cette société. Pour une ou deux réunions déterminées, à savoir les réunions de janvier 1981, pour lesquelles on dispose d'un compte rendu (voir le point 33, troisième alinéa, de la décision), Petrofina a répondu à la question du Tribunal en ce sens qu'à la suite de nouvelles recherches, il ne semblait pas que cette entreprise avait participé à ces réunions.

La Commission a répondu à une question correspondante du Tribunal que c'était par erreur qu'elle avait dit au point 33, troisième alinéa, précité, que Petrofina avait participé à ces réunions. En ce qui concerne la participation éventuelle de Petrofina pendant cette période, la Commission déclare par ailleurs au point 78, huitième alinéa, de la décision, qu'on ne pouvait établir avec certitude que cette entreprise était représentée de manière autonome avant mars 1982.

Compte tenu de ce que la Commission ne fait pas valoir directement que Petrofina était représentée aux réunions de janvier 1981 ou dans les autres réunions jusqu'en mars 1982 et que les déclarations de Petrofina doivent bien plutôt être considérées comme une négation, le Tribunal doit, à notre avis, considérer comme établi que les

collaborateurs de Petrofina n'ont pas participé à ces réunions. On pouvait au moins attendre de la Commission que, lorsque Petrofina a répondu qu'elle ne pouvait être responsable au nom de Montefina, elle recherche ce qui se trouvait derrière cette réponse.

En ce qui concerne les réunions pendant la période de mars à mai 1982, on doit vraisemblablement, selon ce qu'a admis Petrofina elle-même dans sa réponse à la communication des griefs, tenir pour établi que Petrofina a participé aux réunions à partir de mars 1982 (à l'exception de la réunion du 10 mars 1982).

La Commission estime toutefois que, même dans la période allant du début de 1980 à mars 1982, Petrofina a été impliquée dans les différents arrangements de l'entente et le point 78, huitième alinéa, de la décision laisse entendre que Petrofina a pu être indirectement représentée aux réunions dans le cadre de sa coopération avec Montedipe pour la fabrique de Feluy.

Pour considérer que Petrofina a participé à l'entente ou porte une partie de la responsabilité de ce qui s'est passé de 1980 à mars 1982, la Commission se fonde sur deux points de vue différents. Comme le montre le point 102, troisième alinéa, de la décision, la Commission fait valoir principalement que Petrofina a participé de manière autonome à l'entente à partir de 1980. A titre subsidiaire, elle estime toutefois que l'entreprise doit supporter une part de la responsabilité de la participation de Montefina à l'entente jusqu'en mars 1982.

Dans la communication individuelle des griefs contre Petrofina, on peut lire que les deux sociétés mères, c'est-à-dire Petrofina et Montedipe, doivent être responsables dans la mesure où des infractions aux règles de concurrence communautaires ont été commises (avant mars 1982) par Montefina. On trouve d'ailleurs un passage correspondant dans la communication des griefs contre Montedipe.

On ne dispose toutefois pas du tout d'informations en ce sens que Montefina aurait été représentée de manière autonome dans les réunions et qu'elle aurait entraîné de ce fait ou d'une autre manière la responsabilité des sociétés mères. Il n'y a également pas d'information en ce sens que Montefina aurait directement représenté les sociétés mères, si l'on excepte que, comme nous l'avons dit, la première réponse de Petrofina aurait plutôt dû amener la Commission à reformuler sa demande. Dans ces circonstances, il devrait être permis de négliger complètement le point de vue subsidiaire de la Commission. Une troisième possibilité a été ouverte par le Tribunal lors de l'audience, sous la forme d'une question à la Commission, à savoir si la Commission estimait que Montedipe avait représenté également Petrofina dans le cadre de sa coopération au sein de Montefina. Le Tribunal n'a pas véritablement reçu de réponse à cette question.

Dans ces circonstances, il convient de constater qu'il existe une très grande incertitude sur la manière dont Petrofina était représentée aux réunions — si tant est qu'elle y était représentée — ou quel était par ailleurs le lien de Petrofina avec ces réunions.

Le reste des preuves utilisées par la Commission pour fonder sa supposition que Petrofina était impliquée dans l'entente dès 1980 est résumé dans la réponse de la Commission à la question écrite n° 33 du Tribunal. Il en ressort que, pour l'essentiel, la Commission s'appuie sur l'annexe 60 à la communication générale des griefs où figure entre autres choses « objectifs 1980 (fondés sur 1979 + ajustements Petrofina) ». Selon la Commission, cela montre que Petrofina a participé depuis 1980 et qu'elle doit donc avoir participé aux initiatives de prix postérieures au début de l'année 1980. La conception de la Commission se fonde par ailleurs sur le fait qu'au cours de la période concernée, Petrofina a reçu des quotas individualisés qui n'étaient donc pas liés aux quotas de Montedipe.

Dès lors que, comme nous l'avons dit plus haut, le lien de Petrofina avec l'activité consistant en réunions n'est absolument pas clair, la base de preuves invoquée par la Commission est, d'après nous, si mince qu'à notre avis le Tribunal doit en conclure qu'il est impossible de constater une quelconque participation à l'entente de la part de Petrofina antérieurement à mars 1982. Petrofina ayant collaboré avec Montedipe dans la période antérieure au moment indiqué, il n'est, bien sûr, pas inconcevable que cette entreprise ait été impliquée d'une manière ou d'une autre; mais nous ne disposons en réalité pas de la moindre preuve à cet égard.

En ce qui concerne la partie restante de la période, c'est-à-dire de mars 1982 à novembre 1983, Petrofina fait valoir que cette entreprise avait bien participé aux réunions, mais que sa participation était purement passive et n'avait d'autre objectif que de rassembler des informations importantes pour les possibilités concurrentielles de Petrofina.

Nous disposons seulement de deux instructions de prix écrites de Petrofina, qui indique que des instructions de prix ont été par ailleurs données oralement aux vendeurs de l'entreprise.

Le fait que des instructions de prix n'aient pas été données par écrit ne signifie toutefois en aucune manière qu'elles n'ont pas été données. Simplement, les indications sur le contenu des instructions de prix verbales ne constituent pas un élément de preuve en l'espèce. Elles peuvent avoir été exactement semblables aux instructions écrites envoyées par d'autres entreprises et elles peuvent avoir été tout à fait différentes. Avec les moyens d'instruction offerts à la Commission par le droit, cette dernière n'a pas de grandes possibilités d'obtenir des informations sûres sur l'objet des instructions orales. Toutefois, Petrofina n'a rien fait, pour sa part, pour étayer son affirmation en ce sens que cette entreprise a agi tout à fait indépendamment d'accords ou d'une concertation intervenus entre les autres entreprises. Comme nous l'avons dit plus haut, le fait qu'une entreprise a vendu à des prix inférieurs aux prix cibles, comme le fait valoir Petrofina, ne démontre pas que l'allégation de participation à un accord ou une pratique concertée est dénuée de fondement. Il faudrait exiger en outre que l'entreprise fournisse des renseignements prouvant qu'elle n'a même pas cherché à utiliser comme objectif propre un prix cible convenu ou concerté, pas plus qu'elle ne s'est laissée influencer dans son comportement par les accords ou la pratique concertée.

On ne peut ainsi se prévaloir de l'absence, en soi, d'instructions de prix écrites pour prouver qu'une entreprise n'a pas participé à l'entente.

Dans la présente affaire, nous disposons, nous l'avons dit, de deux instructions de prix. La première est datée du 11 mars 1982, c'est-à-dire le lendemain d'une réunion à laquelle, comme cela a été exposé, il convient de considérer que l'entreprise n'a pas participé. Petrofina estime que l'entreprise pouvait à juste titre espérer que la Commission n'utiliserait pas ce document contre elle, dans la mesure où il ne figurait ni parmi les documents envoyés en même temps que la lettre de la Commission du 29 mars 1985 ni parmi ceux cités dans la décision ou ses annexes. Nous nous limiterons à remarquer à cet égard que l'annexe a été jointe à la partie individuelle de la communication des griefs où il est dit expressément que cette annexe est invoquée à l'encontre de la requérante et qu'on ne trouve par ailleurs dans toute la procédure aucun élément montrant que la Commission aurait renoncé à se servir de cette annexe. L'explication du fait que l'annexe n'a pas été jointe à la lettre du 29 mars 1985 est naturellement que la Commission n'a pas invoqué expressément une initiative de prix au 1^{er} avril 1982 comme preuve de l'entente. Il est toutefois constant que l'instruction de prix de Petrofina correspond à celle qui résulte du compte rendu de la réunion du 10 mars 1982. Comme le dit la Commission au point 83 de la décision, lorsqu'une entreprise a, de manière générale, participé à l'activité représentée par les réunions, son absence lors d'une seule réunion, peut-être pour des raisons pratiques fortuites, n'est pas décisive. Il y allait bien de l'intérêt de tous de chercher à informer les absents de ce qui s'était passé. La question de savoir si un document concernant un fait qui n'est pas expressément visé dans la décision peut être utilisé contre l'entreprise peut bien être discutée, mais le fait que ce document existe n'infirme en tout cas en rien les thèses de la Commission. En ce qui concerne le contenu du document, il n'y a pas lieu d'ajouter grand chose à nos remarques générales sur les initiatives de prix. Il indique un prix cata-

logue ainsi qu'une certaine marge de manœuvre pour des négociations entre les bureaux de vente et les clients. Le fait de ne pas vendre au prix catalogue est tout à fait courant, mais cela ne signifie en aucune manière que ce prix n'était pas celui qu'on cherchait à obtenir.

La deuxième instruction de prix écrite date du 20 juillet 1983. On y donne l'instruction d'exiger avec effet immédiat des prix qui semblent correspondre à ceux convenus lors d'une réunion du 1^{er} juin 1983. Le télex fait référence à des problèmes techniques ayant entraîné un arrêt de la production. Petrofina fait valoir que le télex n'avait aucun lien avec d'éventuels accords conclus lors d'une réunion tenue le 1^{er} juin. Selon Petrofina, il avait pour unique objectif de freiner les ventes, et cela a été fait en fixant les prix à un niveau supérieur à celui du moment sur le marché. La Commission ne conteste pas ces explications sur ce point, mais elle souligne que, en toute hypothèse, l'instruction de prix correspond quant aux montants à ce qui avait été convenu, comme devant prendre effet le 1^{er} juillet 1983, lors de la réunion du 1^{er} juin 1983 à laquelle Petrofina a participé.

D'après les éléments connus, il convient de tenir pour établi que l'instruction de prix écrite de Petrofina a été envoyée pour les motifs exposés par l'entreprise. Il est toutefois constant que l'instruction de prix demandait l'application du prix convenu lors de la réunion du 1^{er} juin. Même si le document ne peut donc être invoqué pour prouver que Petrofina n'a communiqué le prix cité que parce qu'il avait été convenu en réunion, l'instruction de prix concernée ne dément pas non plus la thèse de la Commission. Ainsi, dans l'ensemble, on ne saurait guère attribuer d'importance à ce document.

Même en admettant qu'on ne puisse pas attribuer trop d'importance aux deux instructions de prix écrites en elles-mêmes, nous estimons que les autres preuves rendent la participation de Petrofina flagrante. Petrofina fait partie des entreprises qui expliquent leur présence aux réunions par la nécessité d'y participer pour obtenir les informations nécessaires à leur survie en tant que nouvelles entreprises dans la concurrence. Indépendamment du fait que la réception purement passive de renseignements dans une telle situation peut poser la question d'une responsabilité, l'explication donnée ne semble tout simplement pas crédible. Il est si peu vraisemblable qu'un rôle purement passif n'ait pas laissé la moindre trace dans les preuves écrites qu'on doit pouvoir rejeter cette explication.

Pour reprendre l'image utilisée au cours de l'audience, lorsqu'ont été commentées les allégations de différentes entreprises prétendant avoir eu un rôle purement passif, nous répétons qu'il n'est tout simplement pas vraisemblable qu'à plusieurs reprises un groupe de chefs d'entreprises de différents pays de la Communauté s'assoient tout autour d'une table et se contentent de tendre l'oreille, tel un groupe d'ornithologues, dans l'attente d'un chant qui ne vient pas.

D'ailleurs, les preuves plaident à l'encontre d'une telle thèse en ce qui concerne Petrofina. Les documents comportent des indications de la participation de Petrofina en ce qui concerne aussi bien les initiatives de prix, que les quantités cibles et le système d'account management.

A notre avis, il convient donc de constater que Petrofina a participé à l'entente, mais

seulement à partir de mars 1982 et jusqu'à la fin de cette entente, vers novembre 1983.

C — *Atochem* (affaire T-3/89)

Selon l'article 1^{er} de la décision, Atochem a participé à l'entente au plus tard à partir de 1978 et jusqu'à la fin de l'entente. Cette partie de la décision est difficilement compatible avec la motivation donnée par la Commission au point 105, deuxième alinéa, de la décision, où Atochem est mise sur le même plan qu'Anic, BASF, DSM et Hüls. Dans cette mesure, il y a un défaut de motivation. Comme toutefois, selon l'appréciation des preuves que nous avons effectuée, l'infraction à l'article 85, paragraphe 1, commise par l'entente ne peut être considérée comme prouvée qu'à partir de l'automne 1979, cette erreur ne comporte aucune conséquence.

Atochem admet avoir participé à un certain nombre de réunions avec d'autres producteurs de polypropylène de 1978 à 1983, mais elle nie avoir participé à une quelconque infraction à l'article 85, paragraphe 1. Atochem fait valoir qu'en tant que nouvelle venue sur le marché, l'entreprise avait besoin de recueillir toutes les informations, dont celles données dans le cadre de réunions de producteurs, sans se lier à un quelconque accord sur des prix ou des quantités. Atochem est citée par ICI comme participante régulière pendant toute la période.

Atochem a envoyé des instructions de prix écrites qui correspondent à ce qui avait été cité lors des réunions de producteurs et

nous disposons des mêmes éléments de preuve que pour les autres entreprises en ce qui concerne sa participation aux systèmes de quotas et aux systèmes d'accout management.

Atochem a fait valoir plus particulièrement que les instructions de prix écrites qu'elle a données ont été élaborées sur la base des renseignements obtenus par l'entreprise grâce à sa lecture de *European Chemical News*. A cet égard, la Commission souligne que ce qui est décisif n'est pas de savoir qui est le premier à avoir annoncé une augmentation de prix, mais comment cette augmentation a été décidée.

Sur ce point, il convient à notre avis de donner raison à la Commission. En ce qui concerne les initiatives de prix datant de 1979 et postérieures, il ne s'agissait pas, comme en 1977, d'un groupe restreint de producteurs qui pouvaient de leur propre chef avoir pris des décisions auxquelles les autres ont adhéré après avoir lu des informations à cet égard dans la presse spécialisée. Au contraire, les preuves montrent clairement que la situation était la suivante: au cours de réunions, des décisions ont été adoptées, ou on est parvenu à s'entendre sur des prix cibles qui ont ensuite été communiqués au public, notamment par le biais de la presse spécialisée.

Après ce que nous venons de dire, nous estimons qu'il existe suffisamment de preuves pour fonder la constatation de la participation d'Atochem à l'entente, de l'automne 1979 jusqu'à la disparition de l'entente au cours de l'automne 1983.

D — BASF (affaire T-4/89)

De même que DSM et Hüls, BASF est citée à l'article 1^{er} de la décision comme ayant participé à l'entente d'un moment indéterminé entre 1977 et 1979 jusqu'à l'automne 1983. Si, comme nous, le Tribunal veut bien constater que l'activité de l'entente ne peut être considérée comme constituant une infraction à l'article 85, paragraphe 1, qu'à partir de l'automne 1979, nous sommes dispensés d'une partie importante de la discussion en ce qui concerne le point de départ de la participation de BASF.

Dans sa réponse à la demande de renseignements de la Commission, BASF expose que des collaborateurs de l'entreprise ont participé sporadiquement à des réunions pendant la période antérieure au 1^{er} janvier 1980. En ce qui concerne la période postérieure à cette date, BASF donne des informations sur quatre réunions en 1981 auxquelles l'entreprise a participé et un plus grand nombre de réunions en juin 1982 et après. Dans sa requête, BASF qualifie d'occasionnelle sa participation avant juin 1982.

A notre avis, point n'est besoin d'accorder trop de poids à la façon dont BASF caractérise, dans le dossier de procédure, sa participation aux réunions avant juin 1982. D'ailleurs, la participation de cette requérante à l'entente à partir de l'automne 1979 est prouvée par d'autres moyens, notamment par les instructions de prix utilisées par la Commission pour prouver la collusion résultant des accords ou de la pratique concertée, respectivement conclus ou intervenue au cours des réunions. En troisième lieu, la requérante est citée par ICI comme

participant aux réunions sans limitation dans le temps. Il doit au moins être permis de conclure que la participation aux réunions était suffisante pour permettre à BASF de se tenir au courant de ce qui se passait au cours des réunions et de s'organiser en conséquence.

En ce qui concerne les quantités cibles, les tableaux présentés montrent clairement que BASF a participé sur le même pied que les autres. Les dénégations de BASF en ce qui concerne sa participation à un quelconque système d'account management ne semblent pas résister à l'examen. De surcroît, il semble que ce soit M. Arenz, de BASF, qui, le premier, a appelé l'attention sur le risque encouru par les entreprises si elles exigeaient toutes en même temps exactement le même prix, lorsque un client s'adresserait à elles. Aux termes du compte rendu de la réunion tenue en septembre 1982, où cette déclaration a été faite, les participants sont convenus que toute autre entreprise que le fournisseur principal du client individuel devrait lui offrir de vendre à un prix supérieur de quelques pfennigs au prix convenu à cette date, qui était de 2,00 DM. Les comptes rendus des réunions ultérieures montrent que, comme les autres, BASF a participé aux efforts pour endiguer les conséquences du fait que des clients pourraient rechercher l'entreprise susceptible de leur offrir les prix les plus avantageux.

Dans ces circonstances, nous estimons qu'on peut constater que, comme l'allègue la Commission, BASF a participé à l'entente pendant la période allant de l'automne 1979 à l'automne 1983, et ce dans la même mesure que les autres entreprises.

E — *Anic* (Enichem; affaire T-6/89)

Anic a admis avoir participé aux réunions de producteurs en tout état de cause à partir de l'automne 1979. En revanche, la date à laquelle la participation d'Anic aux réunions a cessé est quelque peu incertaine. Dans sa réponse à la demande de renseignements de la Commission, Anic écrit que l'entreprise a commencé à participer aux réunions de producteurs à une date vraisemblablement peu éloignée du début de la session de réunions. Au point 19, premier alinéa, de la décision, on peut lire qu'Anic n'a plus participé aux réunions à partir du milieu ou de la fin de 1982, lorsque son affaire de polypropylène a été reprise par Montedipe. La Commission estime toutefois que la participation d'Anic à l'entente a duré jusqu'à la fin de l'année 1982 ou le début de 1983 (voir l'article 1^{er} de la décision).

Dans la réponse d'Anic à la demande de renseignements de la Commission, cette entreprise expose que sa dernière participation à une réunion remontait à octobre 1982 à Zurich. Anic a indiqué ensuite que cette information reposait sur une erreur et que c'est vraisemblablement début 1982 que l'entreprise a cessé de participer aux réunions.

Dans un compte rendu d'une réunion de mai 1982, il est écrit qu'Anic/SIR ne venaient plus. Dans un compte rendu de réunion de septembre 1982, on peut lire qu'Anic devait être considérée comme un problème. Il y est écrit qu'il était nécessaire d'exercer une pression et que M. Zacchi (Monte) avait reçu mission de demander à M. Morioni de parler avec M. Corradini (Anic). Dans un compte rendu concernant une réunion tenue le 2 novembre 1982, il est

dit, en relation avec la situation en Italie, que selon Monte, Anic, de même que Saga, Amoco et BP, pouvaient donner lieu à des préoccupations.

Comme la Commission l'a admis au cours de l'audience, il n'y a pas beaucoup de preuves en l'espèce qu'Anic a participé aux réunions après la mi-1982 et, en toute hypothèse, la remarque dans le compte rendu de réunions de mai 1982 en ce sens qu'Anic ne participait plus ne semble pas être contredite par d'autres preuves. Il est possible qu'Anic ait pu donner des renseignements utilisables dans le cadre des tentatives pour mettre sur pied un accord de quotas pour l'année 1983, mais d'après nous il n'y a pas suffisamment d'éléments dans les preuves pour supposer qu'Anic a participé à l'activité de l'entente après la mi-1982. Il convient en conséquence de considérer comme établi qu'Anic a participé de l'automne 1979 jusqu'à la mi-1982 et non pas, comme l'estime la Commission, jusqu'à la fin de 1982 ou le début de 1983.

Dans la période allant jusqu'à la mi-1982, la participation d'Anic aux initiatives de prix de l'entente est prouvée, pour l'essentiel, par sa participation aux réunions. Comme nous l'avons dit dans la partie consacrée à Rhône-Poulenc, il convient de considérer cette participation comme une preuve suffisante dans la présente situation, où il est difficile de concevoir la participation à de nombreuses réunions pendant une longue période sans participation aux mesures décidées au cours des réunions. Par ailleurs, il n'existe aucun élément permettant d'estimer, à l'instar d'Anic, que les actes attribués à Anic auraient pu tout aussi bien être le fait de représentants de SIR. En réalité, Anic ne conteste même pas sa participation et, dans la plupart des tableaux trouvés, ces deux

entreprises sont d'ailleurs nommées chacune pour soi. Le fait qu'Anic et SIR soient nommées ensemble dans le compte rendu de la réunion de mai 1982 signifie vraisemblablement qu'aucune des entreprises ne participait plus aux réunions.

En ce qui concerne les systèmes de quotas pour la période pendant laquelle Anic a participé, nous disposons des mêmes preuves que celles à la charge des autres entreprises. Le système d'account management n'a été introduit qu'à partir d'une date postérieure à celle où Anic a vraisemblablement cessé de participer.

F — *Hercules* (affaire T-7/89)

Hercules a spécialement soulevé la question de savoir dans quelle mesure l'entreprise pouvait se voir infliger une amende dans les cas où un employé a pu agir en son nom propre et contrairement aux instructions de ses supérieurs.

Elle fait valoir que la participation de M. Bastiaens n'était pas officielle, qu'il n'avait pas l'accord de ses supérieurs et que sa participation était contraire à la politique de l'entreprise. A cela, la Commission rétorque que la participation de M. Bastiaens était — ou aurait dû être — connue de ses supérieurs qui, à son avis, avaient au moins donné leur accord tacite.

La participation de M. Bastiaens aux réunions est entourée de quelque mystère ou, en tout cas, c'est l'impression qu'on

cherche à donner. La première question qui se pose est naturellement: qu'allait-il faire dans les réunions? La requérante explique sa participation par le fait que les dirigeants de l'entreprise n'ont pas fait savoir assez clairement à M. Bastiaens que celle-ci ne voulait pas participer aux arrangements dont elle avait eu connaissance au cours de la première étape, c'est-à-dire en 1977. Elle déclare que, tel un papillon, M. Bastiaens a voltigé autour de la chandelle jusqu'à s'y brûler les ailes, en commençant à participer aux réunions. Selon la requérante, il était responsable de la prévision des mouvements de prix sur le marché et de la préparation des instructions de prix pour les filiales de vente, et, bien sûr, le fait de connaître les intentions des autres entreprises ne pouvait manquer d'augmenter son aptitude à s'acquitter de cette tâche. La requérante admet qu'il convient de constater a posteriori que les plus hauts dirigeants de l'entreprise ont manqué de vigilance à l'égard de ce qui se passait, mais elle estime qu'un manque de vigilance ne peut pas être assimilé à une participation consciente de la part de l'entreprise.

La Commission qui, comme nous l'avons dit, estime que les supérieurs de M. Bastiaens doivent avoir eu connaissance de ce qui se passait, renvoie à la note d'origine en ce qui concerne l'accord sur les prix planchers et à un mémorandum interne du 29 juillet 1981 qui, selon la Commission et sans que cela soit contesté par Hercules, étaient tous deux adressés à M. Bastiaens et rédigés par ses supérieurs. Dans ce dernier mémo, on peut lire « croyez-le ou non, voici les prix 'officiels' pour août et septembre », suivi d'une série d'indications de prix. Le mémo conclut: « J'ai reçu ces prix sur deux tables, de la part d'un monsieur barbu descendant de la montagne. »

La requérante explique en outre de manière approfondie que la position de M. Bastiaens ne comportait aucun pouvoir d'engager l'entreprise, car il n'avait notamment aucune compétence sur la production et ne pouvait donc s'engager à conclure des accords de quotas. Elle indique qu'il avait pour supérieurs à la fois un directeur du marketing et un directeur général de l'entreprise, auquel le directeur du marketing faisait son rapport. De son côté, la Commission maintient que M. Bastiaens avait le titre de chef des ventes. La requérante souligne qu'à plusieurs reprises M. Bastiaens a déclaré que sa participation était « inofficielle » et qu'il avait vraisemblablement reçu plus d'informations qu'il n'en avait donné. A cet égard, la Commission souligne notamment qu'il semble que M. Bastiaens a été très actif et a eu de bonnes idées et qu'en toute hypothèse il se trouvait sur place.

Les informations dont nous disposons ainsi donnent un tableau assez peu clair. S'agit-il, comme le prétend Hercules, d'un employé ambitieux qui, pour des raisons de carrière, néglige des ordres qui n'étaient peut-être pas formulés très clairement? Ou s'agit-il, comme on le retrouve implicitement dans le point de vue de la Commission, d'une entreprise qui cherche sciemment à limiter le risque d'être découverte et/ou de se voir infliger une amende?

Il ressort des explications fournies que M. Bastiaens était chef des ventes et responsable de l'appréciation du marché, et donc qu'il devait avoir une influence de fait sur la détermination des prix. Ainsi, la requérante a incontestablement tiré un avantage des renseignements recueillis. La Commission a de même prouvé que, dans certains cas, les

supérieurs de M. Bastiaens ont su ce qui se passait au cours des réunions et le mémorandum du 29 juillet 1981 ne donne en tout cas pas l'impression que M. Bastiaens et ses supérieurs ont ignoré la façon dont le problème se posait en général. Il semble au contraire qu'il y a eu un grand degré de complicité à demi-mot. Enfin, nous avons appris que M. Bastiaens a été engagé dans une entreprise importante, dans un poste correspondant au troisième rang dans la hiérarchie.

Il nous paraît difficile d'expliquer comment il a été possible de dissimuler qu'un collaborateur occupant un emploi relativement élevé participe à des réunions sur lesquelles les dirigeants recevaient par d'autres voies des informations sporadiques. Il est possible que M. Bastiaens ait joué, dans une mesure plus ou moins grande, un double jeu vis-à-vis de ses supérieurs. Il est également possible que, par l'intermédiaire de M. Bastiaens, Hercules ait joué un double jeu à l'égard de ses concurrents et qu'elle ait cherché à limiter ses risques grâce à la participation assez mystérieuse de M. Bastiaens. Malgré tout, une appréciation globale nous pousse plutôt à estimer que les supérieurs de M. Bastiaens n'ont pu manquer de connaître et d'approuver, au moins tacitement, ce qui se passait et que cela suffit déjà pour rejeter le moyen de Hercules à cet égard.

Dans l'affaire Melchers et C^{ie}/Commission⁹⁸, la Cour a attaché de l'importance à un mandat lié à un emploi occupé par celui qui agissait au nom de l'entreprise. La Cour a en outre mis à la charge de l'entreprise l'obligation de prouver que ce mandat, lié à un emploi, avait été outrepassé.

98 — Affaire 101/80 (l'une des affaires Pioneer), précitée, notes 2 et 8.

Lorsqu'il s'agit d'un mandat lié à un emploi, il doit être clair que les limites du mandat doivent être déterminées sur la base de facteurs objectifs. Les actes qui, de manière reconnaissable pour des tiers, constituent clairement des abus de compétence ne peuvent normalement pas entraîner la responsabilité de l'entreprise. En revanche, la situation en droit semble quelque peu différente lorsqu'un employé agit dans le cadre de son mandat général, lié à son emploi, mais contrairement à des ordres, ou lorsqu'il agit à la limite extrême de son mandat.

Rien, dans les documents existants n'indique que M. Bastiaens a clairement et sans ambiguïté signalé qu'il n'était en aucune manière compétent pour agir au nom de son entreprise et que sa participation serait sans aucune influence sur le comportement de Hercules sur le marché. Cela serait d'ailleurs difficilement compatible avec la position qu'il occupait en fait dans l'entreprise requérante, et, qui plus est, on peut douter que les autres participants aux réunions l'auraient autorisé à participer dans une telle hypothèse. Même sa position chez Hercules ne pouvait amener les autres participants à constater que ce qu'il disait n'avait pas le moindre poids. Si l'on en juge d'après les documents de preuves existants, ils semblent au contraire être partis de l'idée qu'il était à même d'agir au nom de Hercules.

Si l'on combine l'emploi qu'il occupait en fait — et qu'admet Hercules — avec la circonstance que la position qui était la sienne lui a permis pendant une longue période de donner aux autres l'impression qu'il disposait de certains pouvoirs, il faut à notre avis déduire que Hercules n'a pas prouvé que M. Bastiaens a agi au-delà du mandat lié à son emploi. Selon nous, il ne

suffit pas à la requérante d'affirmer à présent, a posteriori, que M. Bastiaens n'avait pas une influence décisive sur la production et autres éléments, alors que, du simple point de vue des faits, la requérante a permis à un collaborateur de haut rang, dont il est notoire qu'il avait une influence importante sur la politique des prix, d'avoir assez de liberté d'action pour être en mesure de participer aux réunions. Nous estimons en conséquence que ce moyen doit être rejeté.

Selon la Commission, Hercules a participé à l'entente depuis son origine jusqu'à la fin, en novembre 1983. A cet égard, la requérante fait valoir que, tout au plus, l'entreprise a joué un rôle nettement moins important et a participé pendant une période notablement plus courte que ce qu'allègue la Commission.

Hercules admet avoir participé à des réunions à partir de mai 1979 mais elle affirme que, jusqu'en mai 1982, sa participation était sporadique et, après cette date, en toute hypothèse irrégulière. Après août 1983, aucun représentant de Hercules n'a participé aux réunions ni eu de contacts avec des concurrents. La requérante renvoie à cet égard surtout au fait que, dans sa réponse à la demande de renseignements de la Commission, ICI indique que la participation de Hercules aux réunions était irrégulière et que cette entreprise n'a pas communiqué ses propres chiffres au cours des réunions. En outre, Hercules souligne que, dans sa réponse à la Commission, Monte a déclaré que les producteurs européens les plus importants ont en général participé aux réunions, à l'exception d'Amoco, Shell, BP et Hercules, Monte ne voulant toutefois pas exclure totalement que cette dernière entreprise ait participé à quel-

ques réunions. Selon Hercules, la Commission a, sans raison, négligé de tenir compte de la faible participation de Hercules, tant dans l'appréciation de sa culpabilité que lors de la fixation de l'amende.

Pour la période antérieure à mai 1982, la participation de M. Bastiaens n'a incontestablement pas été aussi régulière, selon les preuves dont nous disposons, que celle de bien des autres participants. Dans le cadre d'une enquête interne, Hercules a elle-même découvert qu'avant mai 1982, M. Bastiaens avait, certainement ou vraisemblablement, participé à des réunions les 10 ou 11 mai 1979, 1^{er} ou 2 octobre 1980, 27 ou 28 août 1981, 16 décembre 1981, 4 février 1982 et 9 ou 10 mars 1982. Il s'y ajoute une réunion à Amsterdam, peut-être en 1979, et éventuellement une réunion supplémentaire à Londres. En outre, la Commission a souligné que, dans les comptes rendus des réunions de 1983, Hercules est considérée comme un participant régulier.

En matière de comptes rendus et similaires, nous disposons du compte rendu d'une réunion tenue le 10 mars 1982, cité au point 15, sous b), de la décision (annexe 23 à la communication générale des griefs), ainsi que, par ailleurs, d'un compte rendu d'une réunion du 13 mai 1982. Des instructions de prix par écrit existent pour la période débutant en mars 1982. Pour la période précédant mars 1982, nous avons le mémorandum cité ci-avant, selon lequel les prix officiels ont été communiqués « sur deux tables ». Enfin, il existe une copie d'un tableau sur l'évolution des prix prétendument utilisé par M. Bastiaens comme base d'un exposé pour les vendeurs de l'entreprise. Il y est dit entre autres choses que la fermeté générale avait permis de porter les prix à 2,05 DM, c'est-à-dire au niveau le

plus proche atteint jusqu'alors des prix cibles publiés. Nous remarquons enfin que la note concernant l'accord d'origine sur les prix planchers de 1977 vient de Hercules.

Tout ce qui précède montre clairement que Hercules a forcément participé à l'entente au moins depuis mars 1982. Nous n'accorderons pas une importance décisive au fait que, d'après les renseignements disponibles, M. Bastiaens lui-même n'a pas donné de chiffres concernant son employeur. Sa participation aux réunions et aux discussions, de même que l'envoi par Hercules d'instructions de prix correspondant aux prix convenus, ne permet en effet pas de douter sérieusement du fait que les autres entreprises pouvaient escompter que la politique de prix de Hercules serait alignée sur la leur, ce qui doit suffire pour estimer que l'article 85, paragraphe 1, a été enfreint. En ce qui concerne la période entre l'automne 1979 et mars 1982, les bases de preuve semblent un peu moins fortes. Il est toutefois établi que Hercules a admis avoir participé à un nombre non négligeable de réunions au cours de cette période, de même que d'autres preuves démontrent que, en toute circonstance, Hercules était particulièrement bien informée de ce qui se passait dans le cadre de l'entente. Nous devons donc estimer qu'il existe suffisamment de bases pour constater que la participation de Hercules a duré de l'automne 1979 jusqu'à la fin de l'entente en 1983. Nous remarquons à cet égard que rien ne permet d'estimer que la participation de Hercules au système de quotas pour 1980, dont l'existence doit être considérée comme prouvée, est moins bien démontrée qu'en ce qui concerne les autres entreprises.

Dans sa défense, Hercules a insisté sur le fait que les documents de preuve invoqués

par la Commission sont des comptes rendus de deuxième ou troisième main sur des circonstances que Hercules n'a pu étudier de plus près, notamment en raison d'une connaissance insuffisante de l'origine des documents. Comme nous l'avons dit ci-avant dans la première partie, section E, point 2, c'est toutefois par une appréciation globale qu'on détermine la force probante d'une preuve et, à en juger raisonnablement, la plupart des documents invoqués par la Commission sont d'une très grande force probante. On voit mal, d'ailleurs, ce qui pouvait empêcher Hercules de chercher à déterminer l'auteur de tel ou tel document, dans la mesure où il était connu, par exemple en s'adressant à la Commission.

G — DSM (affaire T-8/89)

DSM admet avoir participé avec une certaine régularité aux réunions de l'entente à partir du 1^{er} janvier 1981. En ce qui concerne la période antérieure, la requérante nie avoir participé régulièrement à des réunions ou, par ailleurs, de manière structurée.

La Commission qui, selon l'article 1^{er} de la décision, estime que DSM a participé à partir d'une date indéterminée entre 1977 et 1979, fait valoir à cet égard que, selon les graphiques disponibles en ce qui concerne les quantités cibles pour 1979 et 1980, DSM doit avoir participé, en toute hypothèse, à partir de 1979.

Si le Tribunal admet notre appréciation des preuves en ce qui concerne la période de 1977 à l'automne 1979, il suffira de débattre de la participation de DSM aux réunions

entre l'automne 1979 et la fin de l'année 1980. Si l'on tient compte de ce que, dans sa réponse à la demande de renseignements de la Commission, ICI a exposé que DSM faisait partie des participants réguliers, il n'est pas besoin à notre avis d'accorder trop d'importance au fait que l'entreprise décrit elle-même sa participation aux réunions, avant janvier 1981, comme n'ayant été ni systématique ni structurée, surtout s'agissant d'une période pendant laquelle les réunions ont été nettement moins nombreuses que par la suite. Comme de surcroît DSM est citée sur le même plan que d'autres participants dans les graphiques faisant état de quotas et de tonnages pour 1979 et 1980, il nous semble qu'on peut sans hésiter constater que DSM a participé à l'entente depuis l'automne 1979.

Par ailleurs, DSM a envoyé différentes instructions de prix, de même que cette entreprise est citée dans les preuves disponibles en tant que « account leader ». En ce qui concerne les systèmes de quotas, nous disposons de preuves tout aussi solides qu'à l'encontre des autres requérantes.

DSM invoque par ailleurs le principe du bénéfice du doute et fait valoir en particulier que la Commission ne saurait avoir le droit d'exiger que les entreprises fournissent une explication alternative convaincante à ce qu'elle considère comme des pièces à conviction. Il nous est difficile de discerner quelle lumière supplémentaire des considérations de nature aussi générale apportent ici sur le problème des preuves. La réalité pratique est bien la suivante: il faut disposer de preuves d'une infraction et celui à qui il incombe de les apprécier doit, sur la base d'une appréciation globale du poids de ces preuves, se sentir convaincu de ce qu'avance la Commission. Comme on l'a vu, il

convient à notre avis d'imposer à la valeur des preuves des exigences plus élevées que ne l'a fait la Commission, mais il est impossible de trouver dans le texte de la décision un élément permettant d'affirmer qu'en général la Commission a mal interprété des principes généraux d'appréciation des preuves, dont le principe du bénéfice du doute. Nous estimons en conséquence qu'il convient de rejeter ce moyen.

H — Hüls (affaire T-9/89)

Aux termes de l'article 1^{er} de la décision, Hüls devrait avoir participé à l'entente d'un moment indéterminé entre 1977 et 1979 à novembre 1983 au moins. Selon le point de vue que nous avons exprimé ci-avant dans la partie générale, toute responsabilité est toutefois exclue pour la période antérieure à l'automne 1979.

En ce qui concerne les initiatives de prix, Hüls a d'ailleurs pour l'essentiel fondé sa défense sur le fait qu'il n'y a pas eu, ni *pu* y avoir, un quelconque accord ou pratique concertée tombant sous le coup de l'article 85, paragraphe 1. La première partie de l'argumentation est liée à la question d'interprétation qui constitue le cœur du problème dans les présentes affaires, à savoir l'interprétation des notions d'accord et de pratique concertée à la lumière des circonstances matérielles de ces affaires. La seconde partie de l'argumentation s'appuie sur des considérations relatives à d'éventuelles conséquences du comportement sur le marché et aux conclusions que d'aucuns voudraient en tirer. Hüls invoque notamment l'avis de M. Albach d'après lequel la façon dont les prix se sont formés en réalité est difficilement conciliable avec la thèse selon laquelle les prix ont pu être fixés au

moyen d'accords conclus dans le cadre d'une entente.

Les arguments ainsi avancés par Hüls ne nous amènent pas à d'autres remarques que celles figurant ci-avant sur l'interprétation de l'article 85 et sur la situation générale en l'espèce en matière de preuves. Il peut pourtant être utile de souligner à nouveau que ce n'est pas à la doctrine économique qu'il peut ou doit appartenir de déterminer, sur la base de considérations théoriques, les cas où il existe un accord ou une pratique concertée au sens de l'article 85. Il s'agit d'une décision juridique qui doit être prise en se fondant sur une appréciation globale de toutes les preuves présentées, y compris, bien entendu, les déclarations d'experts qui sont soumises au Tribunal.

Reste donc à examiner la question de la participation de Hüls aux réunions et ce qui ressort par ailleurs des documents de preuve quant au rôle de Hüls en l'espèce. Hüls fait valoir à cet égard tout d'abord que, conformément aux annexes présentées par la Commission, l'entreprise a participé aux réunions une fois en 1981 et plus souvent à partir de 1982. L'entreprise n'a pas participé aux réunions locales concernant certains secteurs de la Communauté européenne. Elle n'a pas participé non plus à une réunion du 18 octobre 1982 au Royaume-Uni.

Dans sa réponse à la communication des griefs de la Commission, Hüls n'a pas voulu nier qu'elle a participé à la réunion plénière de janvier 1981, de même qu'il n'était pas exclu que des collaborateurs de Hüls aient participé à quelques autres réunions en 1981. En toute hypothèse, selon Hüls, on doit partir de l'idée que Hüls n'a participé

aux réunions qu'à partir de janvier 1981 au plus tôt et qu'elle n'y a participé régulièrement qu'à peu près à partir de mai 1982 au maximum. En ce qui concerne les réunions locales, Hüls déclare qu'un représentant de l'entreprise n'a participé qu'à l'un ou l'autre débat sur le marché scandinave.

A cet égard, la Commission renvoie avant tout aux déclarations d'ICI en ce qui concerne la participation des autres entreprises aux réunions, dans lesquelles ICI explique que Hüls faisait partie des participants réguliers. La Commission souligne en outre que Hüls est citée dans la liste des quantités cibles « révisées » pour 1979.

Dans ces conditions, on doit pouvoir considérer comme établi que, pour l'essentiel, Hüls a admis sa participation à partir du début de 1981 et qu'elle la conteste pour la période antérieure. A l'opposé, nous avons les déclarations d'ICI dont l'authenticité est essentiellement étayée, par ailleurs, par les aveux plus ou moins complets des autres requérantes et par le fait que, contrairement au cas de Petrofina, on ne dispose pas d'autres éléments susceptibles d'indiquer d'une manière ou d'une autre que la participation de Hüls aurait pu débiter à une date postérieure à l'époque où, selon toute vraisemblance, l'entente a véritablement débuté, à savoir l'automne 1979.

Les instructions de prix par écrit constituent en outre des indices clairs de ce que Hüls a participé sur le même plan que les autres producteurs moins importants et Hüls y est citée exactement de la même manière que les autres.

Quant au reste, la stratégie de défense de Hüls consiste pour l'essentiel à affirmer que, au cours des réunions, la requérante a suivi une politique combinant la réserve mentale et les fausses informations, ce que la différence entre les prix cibles fixés et les prix réellement obtenus devrait notamment faire apparaître.

Comme l'auront montré nos remarques générales, la différence entre les prix cibles et les prix de vente réels ne démontre pas, à notre avis, que l'entreprise n'a pas participé à la mise en œuvre des projets communs. Bien sûr, on ne peut guère éviter que, lorsqu'elles doivent tenter de coopérer, des entreprises, qui sont aussi des concurrentes, cherchent largement à faire valoir leurs propres intérêts au dépens des autres, mais une attitude déloyale vis-à-vis des autres, telle que celle dont Hüls prétend avoir témoigné, aurait difficilement pu être maintenue pendant une longue période sans qu'on en trouve trace dans les documents existants. L'expression la plus forte qu'on puisse trouver à cet égard est que, dans certaines notes de réunion, il est dit que certains petits producteurs (et d'ailleurs pas Hüls) étaient ambitieux, et que certains étaient des « fauteurs de trouble ». En l'absence d'élément concret en sens contraire, il doit être permis de dire que l'explication de Hüls n'est pas convaincante. D'après les documents existants, Hüls a également participé aux systèmes de quotas et d'account management.

Dans ces circonstances, nous estimons qu'il existe suffisamment de preuves pour constater que, tout compte fait, Hüls a participé à l'entente de l'automne 1979 à novembre 1983 environ.

I — Hoechst (affaire T-10/89)

Dans sa décision, la Commission a estimé que Hoechst était l'un des quatre grands producteurs qui devaient porter une responsabilité particulière dans l'activité de l'entente (voir notamment les points 67, 68 et 78 de la décision).

Hoechst ne conteste pas sa participation aux réunions qui ont eu lieu, mais elle souligne que ces dernières n'étaient pas particulièrement nombreuses jusqu'en 1981.

La défense de Hoechst consiste pour l'essentiel à démontrer qu'elle n'a pas vendu aux prix cibles convenus et que les ventes de l'entreprise ne correspondaient pas non plus aux quotas convenus. Hoechst souligne en outre dans son dossier de procédure les faiblesses qui affectent notoirement les preuves invoquées par la Commission. Enfin, Hoechst relève que, selon toute vraisemblance, les renseignements échangés au cours des réunions n'étaient pas de nature à dissiper l'incertitude des participants en ce qui concerne le comportement ultérieur des autres sur le marché et à éliminer ainsi la concurrence. Les questions soulevées là sont toutes traitées dans la partie générale de nos conclusions.

En ce qui concerne la participation de Hoechst au groupe particulier des grands producteurs, il ressort de l'annexe concernant l'accord sur les prix planchers de 1977 que Hoechst en faisait partie. Comme le montre notre appréciation des preuves en ce qui concerne la situation en 1977, nous sommes d'accord avec la Commission qu'il faut considérer comme prouvé qu'à cette

époque Hoechst a participé à l'accord central allégué par la Commission. Conformément à la réponse d'ICI à la demande de renseignements de la Commission et comme le mentionne le point 68, premier alinéa, de la décision, il a dû exister une certaine « connivence » entre les quatre plus grands producteurs pour estimer que, si les prix devaient être augmentés, il était nécessaire que ces quatre entreprises dirigent le mouvement, même si cela devait affecter leurs propres ventes. Dans une note de Shell (annexe 94 à la communication générale des griefs) on peut lire: « les initiatives prises en matière de prix par les grands (Hoechst, M-P, ICI, Shell) n'ont guère d'effet ». Fin 1982, les quatre grands ont commencé à tenir des réunions séparées. Selon le tableau 5 de la décision, toutes ces entreprises devraient avoir participé en tout à sept réunions de cette sorte pendant la période entre le 13 octobre 1982 et le 22 août 1983. Hoechst conteste avoir participé à la réunion du 13 octobre 1982 à Heathrow et ICI n'a d'ailleurs pas déclaré que Hoechst y était. Comme le montre le point 67, deuxième alinéa, de la décision, Hoechst n'a pas non plus participé à une réunion avec les autres grands producteurs le 17 juin 1981, pendant laquelle les différentes possibilités ont été discutées.

Combinées au fait que Hoechst — à quelques exceptions près — ne nie pas avoir participé aux réunions générales comme aux réunions particulières des quatre grands et qu'elle ne conteste pas les renseignements fournis par ICI quant au contenu et à l'objet des réunions, les preuves écrites citées offrent à notre avis une base tout à fait suffisante pour constater que Hoechst a participé aux activités de l'entente dans la mesure alléguée par la Commission, sauf pour ce qui, conformément à la partie générale des présentes conclusions, ne peut pas être considéré comme suffisamment prouvé.

J — *Shell* (affaire T-11/89)

Le rôle de Shell dans le cadre des activités de l'entente paraît d'emblée être le moins bien prouvé, car Shell n'a pas participé aux réunions d'« experts » et de « patrons » des autres entreprises.

Toutefois, comme nous l'avons dit dans les parties précédentes, Shell a participé aux réunions entre les quatre grands producteurs, de même qu'elle a participé à une série de réunions dites « locales ». Les réunions entre les quatre grands producteurs décrites au point 68, paragraphe 2, de la décision, comme des « pré-réunions », tenues avant les réunions dites de « patrons », ont notoirement eu lieu la veille des réunions de patrons, « pour des raisons pratiques » selon les termes d'ICI, car le niveau hiérarchique des participants était le même que dans les réunions de patrons.

Dans le cadre de la procédure juridictionnelle comme dans la procédure administrative, Shell a contesté que ces réunions puissent le moins du monde être considérées comme des réunions préparatoires aux réunions de patrons ou qu'elles aient été le cadre d'une concertation entre les points de vue des participants sur les sujets qui devaient être débattus le lendemain. A l'audience, nous avons l'impression d'entendre parler de réunions mondaines sans objet spécifique. L'explication ainsi apportée par Shell paraît a priori très peu crédible et, comme le dit la Commission dans la décision, les allégations de Shell sont contredites par les informations disponibles, dont celles relatives au contenu de réunions entre les quatre grands producteurs en octobre 1982 et mai 1983.

Quant à la participation de Shell à l'initiative d'origine en matière de prix planchers, notre point de vue ressort des remarques à cet égard, dans la partie générale des conclusions (voir la première partie, section F, point 5).

En ce qui concerne la période entre l'automne 1979 et la fin de l'année 1982, nous savons que Shell a admis que l'entreprise a souvent reçu des informations d'ICI en ce qui concerne les prix cibles et autres. Divers comptes rendus de réunions nous ont également appris que la communication a largement fonctionné en sens contraire, sous la forme de renseignements donnés aux participants lors des réunions plénières en ce qui concerne la position de Shell sur différentes questions. L'existence de contacts fréquents entre ICI et Shell ressort des comptes rendus des réunions des 27 mai 1981, 17 juin 1981 et 9 et 10 septembre 1982. Il faut en outre citer la réunion du 1^{er} juillet 1981, visée au point 67, deuxième alinéa, de la décision, à laquelle Montedipe a également participé.

Nous disposons de « conseils en matière de prix » et d'instructions de prix de la part, respectivement, de Shell International Chemical Company et de Shell au Royaume-Uni, qui correspondent aux accords ou à la concertation intervenus lors des réunions plénières. Il existe en outre suffisamment d'éléments pour permettre d'estimer que Shell a participé au système de quotas pour 1980. Enfin, d'après les preuves, les organisations Shell au niveau national ont participé dans une certaine mesure aux systèmes d'account management en tant que coordinateurs.

L'ensemble de ces preuves fournit à notre avis des bases suffisantes pour constater que, comme l'affirme la Commission, Shell a participé, aussi bien à l'entente en tant que telle, que dans le groupe particulier des quatre grands. Le fait que Shell n'ait pas participé physiquement aux réunions plénières, pas plus au niveau des experts qu'à celui des patrons, n'est à notre avis pas décisif, dans la mesure où, comme cela est prouvé en l'espèce, Shell a donné aux participants, et en a reçu, les informations pertinentes, et où elle semble s'être conformée aux résultats des réunions.

Il convient enfin de remarquer que nous ne saurions accorder un poids particulier aux objections de Shell, fondées sur la structure ou l'organisation interne du groupe Shell, qui est relativement décentralisée (voir sur ce point le point 102, premier et deuxième alinéas, de la décision). La thèse principale de Shell consiste à dire que l'entreprise destinataire de la décision, c'est-à-dire Shell International Chemical Company, ne disposait d'aucun pouvoir d'instructions vis-à-vis des sociétés assurant la vente du polypropylène et que Shell International Chemical Company, décrite par Shell comme une simple société de services, devait obtenir l'aval des entreprises nationales de Shell pour conclure un quelconque accord. D'après les documents existants, il est toutefois certain que c'est Shell International Chemical Company qui participait aux réunions préparatoires et coordonnait la communication des prix. Ainsi, il ne fait guère de doute que c'était cette société qui se trouvait au centre des événements en ce qui concerne Shell et, à notre avis, il convient donc plutôt d'interpréter le fait, pour Shell, d'invoquer sa structure interne comme une tentative pour échapper, grâce à ce prétexte « structurel », à sa responsabilité en matière d'amende, ce qui n'est naturellement pas admissible.

K — *Solvay* (affaire T-12/89)

Dans sa réponse à la demande de renseignements de la Commission, cette requérante admet sa participation aux réunions de producteurs à partir du début de 1978, ce qui correspond aux informations données par ICI. Ainsi, Solvay a participé à l'entente pendant la période pour laquelle il existe des preuves d'infraction à l'article 85, paragraphe 1, c'est-à-dire de l'automne 1979 à la fin de 1983. Nous remarquons particulièrement sur ce point que la participation à l'accord d'origine sur les prix planchers ne peut être considérée comme prouvée, notamment, car la note du 6 septembre 1977, très discutée au cours de la procédure, et visée au point 16, cinquième alinéa, de la décision, n'a même pas été communiquée à Solvay de la manière jugée appropriée selon la jurisprudence de la Cour.

Solvay fait partie des entreprises qui décrivent leur rôle comme entièrement passif. Cet argument est contredit par les comptes rendus de réunions existants et les circonstances de fait sur lesquelles la Commission a fondé la solution qu'elle a retenue ne sont guère contestées en réalité. Dans la requête, il est dit que Solvay n'a participé aux réunions qu'en vue d'y recueillir des informations techniques et commerciales qui pouvaient être utilisées pour surmonter les handicaps liés au fait que l'entreprise était nouvelle sur le marché. Elle écrit toutefois également que « la requérante ne nie pas par ailleurs que cet échange d'informations pouvait permettre, dans son esprit, de limiter les effets de la crise résultant des surcapacités ». La requérante fait état en outre de ce qu'elle-même et plusieurs autres entreprises ont joué un double jeu. Elle fait ainsi référence à ses déclarations lors des auditions devant la Commission, en ce sens

que l'art du « bluff » atteignait un niveau particulièrement élevé dans les réunions en cause.

Une lecture des comptes rendus des réunions donne l'impression parfaite d'un climat de méfiance constructive réciproque entre les participants, mais également d'un travail sérieux de ces participants sur les problèmes auxquels ils étaient confrontés. Nous ne pensons pas qu'il soit possible de déduire de la théorie de Solvay, en ce qui concerne le double jeu, quoi que ce soit qui puisse présenter une grande importance pour apprécier s'il y a eu infraction à l'article 85, paragraphe 1.

Il en va de même de l'argument selon lequel les intérêts des participants étaient si différents et incompatibles entre eux que cela suffisait en soi à exclure toute possibilité de conclure des accords ou de parvenir à une concertation. En réalité, c'est dans une grande mesure sur les motifs des participants que porte un tel argument. Ce point de vue consiste à dire qu'alors que les entreprises installées sur le marché en 1977 devaient chercher à conserver leur part de marché et tenter par ailleurs d'obtenir des prix plus élevés, l'intérêt des nouveaux producteurs était de se battre pour obtenir des parts de marché, éventuellement en « cassant » les prix des entreprises existantes.

Comme on l'a vu en l'espèce, ce point de vue ne correspond pas à la réalité. En effet, on peut lire en plusieurs endroits des documents de preuve que « les autres », c'est-à-dire essentiellement les grands producteurs, limitent leur vente et renoncent volontairement à des parts de marché. Même théoriquement, ce point de vue ne résiste pas à l'examen. Comme nous l'avons

dit plus haut dans la note 1, selon les circonstances, il peut être tout aussi judicieux pour une entreprise existante de chercher à intégrer pacifiquement un nouvel opérateur sur le marché que, par exemple, d'entamer une guerre des prix.

Les autres arguments de Solvay concernent des sujets traités ci-avant dans la partie générale des conclusions. En ce qui concerne Solvay non plus, il n'y a aucune raison de douter qu'il y a eu des accords ou une concertation en matière de prix et de quotas, même si Solvay a vendu à des prix plus bas et même si les quantités vendues ne correspondaient pas toujours aux quotas qui lui avaient été attribués.

Nous estimons donc qu'il convient de constater que Solvay a participé à l'entente de l'automne 1979 jusqu'à sa fin, au cours de l'automne 1983.

L — ICI (affaire T-13/89)

Pour ICI et Montedipe, requérantes qui occupent une position tout à fait centrale, la situation en matière de preuves est en quelque sorte la plus simple. Dans ces affaires, l'argumentation porte en réalité, dans une large mesure, sur la question des limites d'un comportement licite, et non pas tant sur l'appréciation des preuves à l'encontre de ces entreprises, preuves qui peuvent sans exagération être qualifiées d'assez abondantes. Dans les deux cas, à vrai dire, les circonstances de fait qui, d'après la Commission, constituent l'infraction à l'article 85, paragraphe 1, ont été admises et, dans les deux cas, on cherche à prouver de différentes manières la licéité du comportement démontré.

Par ailleurs, la stratégie d'ICI en l'espèce consiste à attaquer sur chaque point où c'est possible d'une manière ou d'une autre. Nous avons pris position pour l'essentiel sur les arguments d'ICI dans la partie générale de ces conclusions.

ICI fait en outre valoir notamment qu'on ne saurait estimer que le comportement de cette requérante a réellement influencé le commerce entre les États membres. Selon ICI, le fonctionnement de l'entente n'a ni augmenté ni réduit le commerce entre les États membres, de même qu'il n'a eu aucune influence sur les structures de la concurrence. Le commerce entre les États membres était déjà important et il s'est accru pendant la période pendant laquelle l'entente a fonctionné.

Cette argumentation doit être confrontée aux dires de la Commission, lorsqu'elle souligne (points 93 et 94 de la décision) que la fixation de prix cibles et autres étaient susceptibles d'influencer et ont nécessairement altéré les modalités du commerce entre États membres.

Il est évident que, si l'on part de l'idée que l'entente n'a pas eu la moindre influence sur la concurrence, on doit simultanément conclure qu'elle n'a pas non plus influencé le commerce entre les États membres. Il est toutefois tout aussi clair que des accords et une pratique concertée de la nature de ceux utilisés par l'entente comme moyen de chercher à obtenir des prix plus élevés *peuvent* influencer le commerce entre les États membres, ce qui, répétons-le, est le critère prévu à l'article 85, paragraphe 1, et confirmé par une jurisprudence constante de la Cour. Une ou plusieurs entreprises auraient pu, par exemple, être amenées à se

retirer du marché parce qu'en l'absence d'entente, la concurrence devenait trop brutale. Il est clair que, dans cette hypothèse, le marché aurait été différent de ce qu'il a été en réalité. Il convient donc de rejeter l'objection d'ICI.

Par ailleurs, le rôle de direction d'ICI au sein de l'entente peut inciter à quelques remarques. ICI fait valoir que le fait de diriger le groupe ne constituait pas une fonction qualifiée. Selon ICI, le dirigeant du groupe n'avait que des fonctions pratiques de coordination. Au contraire, la Commission estime qu'ICI a joué un rôle tout à fait central dans l'entente. Il ressort des preuves existantes que, non contente de participer aux réunions plénières, aux réunions entre les quatre grands producteurs et à une longue série de réunions dites locales dans plusieurs pays, ICI a plutôt joué le rôle d'une sorte de « meneur ». Nous nous référons particulièrement ici aux documents cités aux points 40 et 59 de la décision qui montrent d'emblée qu'à partir de la mi-1982, ICI devait être l'entreprise qui a agi avec le plus grand zèle pour faire fonctionner l'entente selon son point de vue. Nous estimons donc qu'il convient de donner raison à la Commission dans son appréciation du rôle d'ICI au sein de l'entente.

ICI fait valoir que l'appréciation, par la Commission, du marché du produit a été erronée sur différents points (qui ne sont pas cités ailleurs dans les présentes conclusions). ICI déclare ainsi que les quantités de polypropylène, « relativement peu importantes » selon le point 7 de la décision, qui ont été importées dans la Communauté, peuvent exercer une influence négative particulièrement notable sur les prix du

marché. D'après ICI, ce n'est en outre qu'au second semestre de 1983 (et donc pas en 1982) que s'est créé à nouveau un équilibre raisonnable entre l'offre et la demande sur le marché de l'Europe occidentale. Enfin, ICI fait valoir que la Commission a sous-estimé les problèmes de ce secteur industriel en omettant de tenir compte de l'importante chute, après 1977, du prix des produits susceptibles de remplacer les polypropylènes, dont d'autres produits plastiques. La menace que la demande s'oriente vers d'autres matériaux rendait ainsi difficile le maintien du prix du polypropylène à un haut niveau, ce qui accentuait plus encore les problèmes des entreprises.

Comme la Commission le souligne à juste titre, il est difficile de voir comment d'éventuelles erreurs d'appréciation sur les points cités peuvent affecter la légalité ou la correction de la décision. La question de savoir si l'importation de quantités réduites influence plus ou moins les prix est tout à fait dénuée de pertinence pour l'appréciation de la responsabilité et de la gravité de l'infraction. Le fait qu'il était difficile de maintenir les prix du polypropylène à un haut niveau était bien évident et la façon de penser d'ICI revient presque à suggérer de récompenser les entreprises pour s'être lancées dans une infraction difficile à mettre en œuvre avec succès, car il s'agissait en soi d'une lourde tâche. Le fait que le marché ait pu arriver à un équilibre plus tard que ne le pensaient les participants ne change à notre avis rien au fait, qu'il convient de considérer — tout au plus — comme une circonstance aggravante, que les participants aient voulu poursuivre un comportement illicite à une époque où ils croyaient — à tort ou à raison — que le marché était en équilibre (voir le point 37, troisième alinéa, de la décision, et ci-après troisième partie, section B).

M — *Montedipe* (affaire T-14/89)

De même qu'ICI, Montedipe admet pour l'essentiel les circonstances matérielles sur lesquelles repose la décision de la Commission. Comme le souligne la Commission, la défense de Monte contre la décision est fondée pour l'essentiel sur une conception selon laquelle les circonstances particulières qui caractérisaient le secteur du polypropylène pendant la période concernée doivent conduire à considérer comme licite le comportement démontré. Les thèses de Monte, qui sont empreintes d'une grande originalité, peuvent être résumées en quelques points.

En premier lieu, d'après Montedipe, le fonctionnement de l'entente doit être considéré comme licite, car il avait pour objectif d'empêcher les entreprises participantes de casser les prix ce qui aurait constitué une concurrence déloyale. L'article 85, paragraphe 1, ne protégeant pas la concurrence déloyale, l'entente n'était pas en contradiction avec cette disposition. Comme le souligne à juste titre la Commission, cet argument de la requérante ne peut en aucune manière servir à démontrer que l'entente était licite. Les règles relatives à la concurrence visent, entre autres objectifs, à empêcher qu'une ou plusieurs entreprises qui occupent une position dominante sur le marché maintiennent artificiellement des prix bas, soit de manière autonome soit sur la base d'un accord, pour empêcher d'autres entreprises de s'introduire sur le marché.

Dans les cas qui nous sont soumis, la situation était toutefois inverse. Les entreprises existantes, comme les nouvelles, ont cherché à maintenir artificiellement des prix élevés et il est en toute hypothèse difficile de qualifier

de concurrence déloyale le cas où l'on se contente des prix — bas — qu'on peut obtenir. Il est d'ailleurs caractéristique que Monte ait déclaré en réponse à une question, lors de l'audience, que personne n'aurait été individuellement capable d'évincer les nouveaux producteurs par la concurrence.

Comme nous l'avons dit en introduction de ces conclusions, les entreprises commerciales ont le droit de se réunir et de défendre en commun leurs intérêts. Personne ne l'a nié. Selon Monte toutefois, la décision de la Commission représente une violation des libertés d'opinion, d'information, de réunion et d'association. Il est clair qu'il faut toujours se méfier des fonctionnaires trop zélés qui, dans toute réunion de dirigeants d'entreprise, voient le berceau d'accords ou de pratique concertée illicites. Malgré les difficultés évidentes que peuvent rencontrer les autorités communautaires pour obtenir des preuves dans des affaires comme en l'espèce, les considérations en matière de preuves ne doivent jamais tourner à la pure spéculation. D'un autre côté, nous l'avons dit, on doit pouvoir, sans pour autant violer des libertés fondamentales, déduire de la participation à de nombreuses réunions qui ont été le cadre d'actes illicites qu'il y a eu participation à ces actes illicites. En réalité, il s'agit de placer l'appréciation des preuves dans un cadre acceptable pour tous. Dans les cas d'espèce, il ne fait pour nous aucun doute que les preuves sont en elles-mêmes suffisamment convaincantes pour démentir toute théorie en ce sens que la décision constituerait de facto une violation d'une quelconque liberté.

Le reste de l'argumentation de Montedipe — pour les points non traités par ailleurs — peut vraisemblablement être résumé en disant que Monte estime qu'on peut invo-

quer des notions tirées de l'état de nécessité pour démontrer le caractère licite du cartel. En se servant d'un bel exemple, Monte expose que le comportement de l'entreprise doit être comparé à celui de naufragés qui suivent tous une exhortation de l'un d'entre eux à nager vers le rivage, ce qui serait l'unique comportement rationnel. L'exhortation à se sauver est-elle une proposition d'accord ou plutôt la simple constatation de l'unique voie de salut, demande Monte. Dans le contexte du droit de la concurrence, la réponse ne peut être que la suivante: il existe une exhortation à conclure un accord. Le droit de la concurrence tel qu'il fonctionne au titre de l'article 85 du traité CEE n'a en fait pas pour objectif d'empêcher des noyades. Contrairement au traité CECA, le traité CEE ne prévoit aucun principe de solidarité dans le cadre du droit de la concurrence et, en tout cas, ce ne sont pas les entreprises — qui sont censées être en concurrence — qui peuvent chercher à l'introduire. Monte affirme dans un moyen supplémentaire que l'entente a eu des effets particulièrement favorables, dans la mesure où il s'est produit une augmentation de la production, des ventes et de la consommation ainsi qu'une diminution des importations. Comme l'expose la Commission, on peut largement discuter du point de savoir si l'entente a eu ou aurait pu avoir de tels effets. En toute hypothèse, ils ne sont pas prouvés et l'interdiction inscrite à l'article 85, paragraphe 1, s'applique, que quelques entreprises aient été ou non en mesure d'augmenter leurs ventes par le biais des accords conclus par l'entente.

Le rôle dirigeant de Monte est moins bien prouvé que celui d'ICI. D'un autre côté, il n'est pas contesté que Monte a dirigé le groupe jusqu'à la mi-1982 et il n'y a aucune raison de croire que cette activité de direction ait comporté des tâches moins importantes avant qu'ICI ne l'assume.

N — *Chemie Linz* (affaire T-15/89)

Selon l'article 1^{er} de la décision, Chemie Linz a participé à l'entente de novembre 1977 et jusqu'à la fin de l'entente.

Linz a fait valoir qu'en toute hypothèse, l'entreprise n'a pas participé aux réunions de l'entente dès leur début. Linz a souligné que l'on ne trouve des preuves de la participation de l'entreprise qu'à partir du début de 1981. Elle déclare par ailleurs que la requérante n'est plus en mesure d'établir à partir de quelle date elle a commencé à participer aux réunions. Dans sa réponse à la communication des griefs, Linz a indiqué à cet égard que la participation de l'entreprise aux réunions dès leur origine semble tout à fait invraisemblable compte tenu de la faible position de l'entreprise dans le marché commun. En outre, elle se réfère aux renseignements fournis par ICI sur la participation d'autres entreprises aux réunions qui ne comportent aucune précision quant à la période où l'on peut parler de sa participation. Par ailleurs, Linz fait valoir pour l'essentiel que sa participation n'avait pas d'autre but que de recueillir des informations.

La Commission rétorque en disant que Linz doit avoir participé au système de quotas pour 1979 et que, d'après les renseignements émanant d'ICI, Linz était un participant régulier aux réunions, sans aucune limitation dans le temps.

Un examen des comptes rendus et notes de réunions présentés en tant que preuves en l'espèce, en liaison avec les déclarations d'ICI en ce qui concerne la participation de

Linz à l'entente, montre à notre avis que Linz a participé, sur le même plan que la plupart des autres petites entreprises, en ce qui concerne les prix cibles, les quotas et les systèmes d'account management. Enfin, les comptes rendus des réunions font apparaître clairement que, par des instructions de prix étroitement liées aux différentes réunions de l'entente, Linz a cherché à imposer les objectifs de prix. En dehors des déclarations de Linz elle-même, on ne trouve en l'espèce aucun élément susceptible d'amoindrir la fiabilité des indices de participation aux réunions, à partir de l'automne 1979, qui ressortent d'un examen des preuves.

En conséquence, nous estimons que les preuves doivent conduire à constater que Chemie Linz a participé à l'entente de l'automne 1979 à novembre 1983 environ.

III — Les questions liées à la sanction

A — *La politique de la Commission en matière d'amendes*

On le sait, l'article 15 du règlement n° 17 permet à la Commission d'infliger des amendes aux entreprises pour des infractions, commises de propos délibéré ou par négligence, aux règles de la concurrence. Les amendes peuvent aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise concernée au cours de l'exercice social précédent. Conformément à cette disposition, il faut tenir compte à la fois de la gravité de l'infraction et de sa durée.

Dans les présentes affaires, les amendes imposées apparaissent d'emblée assez

élevées par rapport au niveau des amendes fixées par ailleurs dans des affaires de concurrence. On a pu ainsi sans exagération affirmer que le total des amendes fixées dans ces affaires de polypropylène était supérieur à la somme de toutes les amendes imposées antérieurement. Si nous comparons par exemple avec le tableau présenté par Bellamy et Child⁹⁹, nous en retirons également l'impression qu'il s'agit ici d'un niveau d'amendes élevé. Toutefois il n'est pas contesté, et il est incontestable, que, en l'espèce, les amendes ne représentent qu'une faible partie des 10 % du chiffre d'affaires global des entreprises, maximum autorisé à l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17.

Nonobstant, toutes les entreprises ont fait valoir que les amendes étaient trop élevées. Bien entendu, les objections des requérantes comportent deux catégories: celles qui visent le niveau général des amendes et celles visant plus spécifiquement la situation particulière de chacune d'entre elles.

Cela n'est pas dit expressément dans la décision, mais aussi bien le montant des amendes, comparé à des amendes imposées antérieurement, que la partie générale du mémoire en défense de la Commission laissent supposer que, même s'il n'y a pas eu à proprement parler une aggravation du niveau général, la Commission a infligé des amendes qui sont à tout le moins l'expression d'une tendance à la hausse. Il peut donc être opportun d'examiner la question de l'attitude des instances juridictionnelles vis-à-vis de la politique de la Commission en matière d'amendes en tant que telle.

⁹⁹ — *Common Market Law of Competition*, p. 498 à 500, voir note 78.

En 1979, avec sa décision Pioneer¹⁰⁰, la Commission a aggravé de manière sensible le niveau des amendes pour des types d'infractions pour lesquelles il existait une jurisprudence ou une pratique bien établie ou qui, par ailleurs, paraissaient tout particulièrement graves à la Commission. Selon la Commission, le niveau des amendes n'était pas suffisamment élevé pour avoir un effet préventif vis-à-vis des entreprises qui escomptaient peut-être, par leur comportement illicite, obtenir des avantages si importants qu'elles pouvaient s'offrir de courir le risque d'une amende modeste. Dans son treizième rapport sur la politique de concurrence, la Commission a exprimé de manière plus générale l'aggravation de son attitude en matière de politique des amendes (page 60 et suivantes).

La Commission y a indiqué qu'au cours des vingt ans environ d'application du droit de la concurrence, seules des amendes relativement faibles avaient été imposées et qu'elle avait constaté que de telles amendes étaient insuffisantes pour dissuader les entreprises de continuer à enfreindre les dispositions de ce droit, même dans le cas d'infractions bien caractérisées. La Commission a déclaré ensuite que, dans une décision prise à la fin de 1979, elle avait donc indiqué son intention de renforcer les effets dissuasifs des amendes par une augmentation de leur niveau général dans le cas d'infractions graves, c'est-à-dire, en particulier, celles ayant déjà été sanctionnées par des amendes imposées par des décisions de la Commission ou des arrêts de la Cour de justice. En ce qui concerne les accords entre entreprises, elle a cité, entre autres, en précisant que la liste n'était pas exhaustive, les interdictions d'exporter, les cloisonnements de marché, les fixations de prix horizontales ou verticales et les systèmes de quotas. En ce qui concerne les abus de position domi-

nante, elle a cité les refus de vente injustifiés, les discriminations en matière de prix, les accords exclusifs ou préférentiels de fournitures à long terme et l'octroi de rabais de fidélité.

Pour la fixation du montant de l'amende, la Commission a précisé qu'elle prenait en compte toute une série d'éléments différents et que cela expliquait qu'il ne pouvait s'agir d'une opération mathématique fondée sur une formule intangible, mais uniquement d'une appréciation juridique et économique effectuée cas par cas sur la base des principes développés précédemment.

Dans l'arrêt Pioneer¹⁰¹, la Cour a cautionné la nouvelle attitude, plus stricte, de la Commission. La Cour a ainsi déclaré (page 1905 et suivantes):

« A cet égard, il y a lieu de rappeler que le pouvoir de la Commission d'infliger des amendes aux entreprises qui, de propos délibéré ou par négligence, commettent une infraction aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1, ou de l'article 86, du traité, constitue un des moyens attribués à la Commission en vue de lui permettre d'accomplir la mission de surveillance que lui confère le droit communautaire. Cette mission comprend certainement la tâche d'instruire et de réprimer des infractions individuelles, mais elle comporte également le devoir de poursuivre une politique générale visant à appliquer en matière de concurrence les principes fixés par le traité et à orienter en ce sens le comportement des entreprises.

100 — Du 14 décembre 1979 (JO 1980, L 60, p. 21).

101 — Précité, note 8.

Il s'ensuit que, pour apprécier la gravité d'une infraction en vue de déterminer le montant de l'amende, la Commission doit prendre en considération non seulement les circonstances particulières de l'espèce mais également le contexte dans lequel l'infraction se place et veiller au caractère dissuasif de son action, surtout pour les types d'infractions particulièrement nuisibles pour la réalisation des objectifs de la Communauté.

...

Il était également loisible à la Commission de tenir compte du fait que des pratiques de ce type sont encore, bien que leur illégalité ait été établie dès le début de la politique communautaire de concurrence, relativement fréquentes en raison du profit que certaines des entreprises intéressées peuvent en tirer et, partant, d'estimer qu'il y avait lieu d'élever le niveau des amendes en vue de renforcer l'effet dissuasif de celles-ci.

Pour les mêmes raisons, le fait que la Commission a appliqué, dans le passé, des amendes d'un certain niveau à certains types d'infractions ne saurait la priver de la possibilité d'élever ce niveau dans les limites indiquées au règlement n° 17, si cela est nécessaire pour assurer la mise en œuvre de la politique communautaire de la concurrence. Au contraire, l'application efficace des règles communautaires de la concurrence exige que la Commission puisse à tout moment adapter le niveau des amendes aux besoins de cette politique. »

Cet arrêt a réellement clarifié plusieurs aspects qui ont également été débattus dans

les présentes espèces. Selon nous, l'arrêt confirme incontestablement, en premier lieu, le point de vue de la Commission selon lequel c'est en principe elle qui formule la politique en matière de sanctions dans le domaine du droit de la concurrence communautaire. C'est d'ailleurs là en fait la bonne solution. C'est la Commission qui a un contact direct avec le domaine du droit concerné et c'est la Commission qui traite les nombreuses affaires, alors que, par nature, c'est le hasard qui détermine les affaires qui seront portées devant le Tribunal et la Cour.

Il en résulte à notre avis que les instances juridictionnelles de la Communauté ne doivent normalement pas conduire leur propre politique en matière de sanction, mais — dans le cadre du règlement n° 17 — laisser à la Commission le soin de fixer le niveau général des amendes. C'est pourquoi nous sommes sur ce point d'accord avec l'avocat général M. Warner lorsque, dans l'affaire BMW/Commission¹⁰², il a déclaré que la compétence de pleine juridiction conférée à la Cour à l'article 17 du règlement n° 17 (voir article 172 du traité) ne signifie pas qu'elle doit dans chaque cas substituer sa propre évaluation de l'amende adéquate à celle de la Commission.

A notre avis, il n'y a lieu d'intervenir que lorsque la Commission s'écarte sans motif d'un niveau relativement fixe dans un cas particulier et enfreint ainsi le principe d'égalité de traitement. Selon nous, il n'y a toutefois pas lieu d'estimer que, comme les requérantes l'affirment, la Commission a agi de la sorte dans les présentes espèces. Dans les décisions parallèles des affaires PVC et LdPE¹⁰³, les amendes semblent ainsi être

102 — Arrêt du 12 juillet 1979, BMW Belgium/Commission (32/78 et 36/78 à 82/78, Rec. p. 2435, 2494).

103 — Voir note 43.

d'un montant élevé, surtout si l'on considère que, pour fixer le montant des amendes dans ces affaires, on a tenu compte du fait que la majorité des entreprises avaient fait l'objet d'une amende pour leur participation à l'entente dans le secteur du polypropylène. Dans les décisions comparables les plus récentes¹⁰⁴, le niveau des amendes est également élevé: 7 millions d'écus pour chacune des entreprises Solvay et ICI dans l'affaire IV/33.133-A, 3 millions d'écus à Solvay et 1 million d'écus à Chemische Fabrik Kalk dans l'affaire IV/33.133-B, auxquels il faut ajouter des amendes de 20 millions d'écus à Solvay dans l'affaire IV/33.133-C et de 10 millions d'écus à ICI dans l'affaire IV/33.133-D.

Comme il n'y a ainsi pas lieu d'estimer que, dans sa décision sur les polypropylènes, la Commission s'est écartée du niveau général des amendes qu'elle utilise depuis l'arrêt Pioneer, le Tribunal doit, selon nous, partir du niveau d'amendes retenu par la Commission dans les présentes affaires.

Même si cette circonstance n'est pas décisive, cela est d'autant plus vrai à notre avis que l'entente dans le secteur du polypropylène a tranquillement continué de fonctionner après le 5 mars 1980, date de publication de la décision Pioneer, alors que l'attention des requérantes avait ainsi été attirée sur le fait que des infractions aux règles de la concurrence pouvaient leur coûter très cher.

104 — Décisions de la Commission du 19 décembre 1990: IV/33.133-A: carbonate de sodium, Solvay/ICI, IV/33.133-B, carbonate de sodium Solvay/CFK, IV/33.133-C, carbonate de sodium, Solvay et IV/33.133-D, carbonate de sodium, ICI.

B — La Commission a-t-elle tenu compte de tous les facteurs pertinents?

Une fois le niveau général des amendes ainsi établi, il convient de se demander si la Commission a tenu compte de tous les facteurs pertinents pour la fixation des amendes. Bien entendu, cela doit ressortir de la décision.

Conformément à l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17, les critères de base pour déterminer le montant des amendes sont, outre la limite fixée à ce montant, la gravité de l'infraction ainsi que sa durée.

Dans sa décision, la Commission expose tout d'abord que l'infraction a été délibérée (point 107, deuxième alinéa). Il nous semble, d'après les preuves existantes, qu'il ne fait aucun doute que c'est à juste titre que la Commission affirme que les entreprises étaient parfaitement au courant, tant de l'illicéité de leur comportement que des sanctions sérieuses qu'elles risquaient d'encourir. Il y a donc incontestablement des infractions délibérées qui doivent être, en toutes circonstances, jugées beaucoup plus sévèrement que les négligences¹⁰⁵.

En ce qui concerne le dernier des critères qui doit être utilisé conformément à l'article 15, paragraphe 2, la Commission déclare que l'infraction a été de relativement longue durée.

105 — Voir par exemple l'avocat général M. Warner dans l'affaire BMW Belgium/Commission, précitée (note 102), p. 2493.

Conformément à l'avis que nous avons exprimé ci-avant, la durée qu'il convient d'attribuer à l'entente va de l'automne 1979 à l'automne 1983, c'est-à-dire environ quatre ans, et non pas environ six ans, durée retenue par la Commission comme base de sa décision et donc également pour fixer le montant des amendes. Il convient de remarquer que la responsabilité, sous la forme d'une amende, pour les infractions commises par ICI, Montedipe, Shell et Hoechst de l'automne 1977 au printemps 1978, doit être considérée comme prescrite, comme nous l'avons dit ci-avant dans la première partie, section G.

Puisque, comme nous l'exposons ci-avant, il convient de prendre pour base le niveau général des amendes retenu par la Commission, le fait qu'on ne peut considérer que l'infraction a duré aussi longtemps que le prétend la Commission doit entraîner une certaine réduction des amendes. La réduction ne doit toutefois pas être proportionnelle à la durée de la période qui n'est pas prise en considération, car pendant la période postérieure à l'automne 1979, l'organisation de l'entente a pris une tournure de plus en plus « professionnelle », alors qu'en ce qui concerne les périodes antérieures, la Commission est d'avis qu'elle avait une forme moins grave et elle a été appréciée en conséquence dans la décision. Nous sommes enclin à penser qu'une réduction approximative des amendes de 10 à 15 % serait appropriée.

En liaison avec la discussion de ce point, certaines requérantes ont fait valoir que la durée de l'entente ne pouvait être appréciée qu'en fonction des périodes pour lesquelles la Commission estime dans sa décision qu'il y a eu des actes illicites et ainsi, par exemple, qu'il convient de tenir compte de

la durée globale des différentes initiatives de prix et non pas de la durée de la période pendant laquelle il y a eu des réunions. Même si, comme nous l'avons exposé plus haut, nous ne sommes pas tout à fait d'accord avec la Commission quand elle voit dans l'ensemble des affaires un « accord-cadre », la conception strictement mathématique de la durée de l'entente présentée par les requérantes n'est à notre avis pas correcte. La durée doit être appréciée en fonction de toute la période pendant laquelle il y a eu une activité qui peut être considérée comme étroitement liée aux infractions.

Point n'est besoin d'un exposé plus approfondi pour constater, à l'instar de la Commission (point 107, quatrième alinéa), qu'il s'agissait d'une infraction particulièrement grave. Les requérantes ont eu très clairement l'intention de chercher à obtenir un niveau de prix supérieur à celui du marché et, en tout cas en ce qui concerne la période postérieure à la mi-1982, il est difficile de prendre tout à fait au sérieux les vigoureuses allégations des requérantes quant à des motifs raisonnables et louables de commettre l'infraction. Sans chercher à savoir si c'est à juste titre que les participantes aux réunions ont estimé que le marché était plus ou moins en équilibre à cette date, la remarque figurant dans un compte rendu de réunion et citée au point 37, troisième alinéa, de la décision, montre que le niveau des prix devait être déterminé, non pas par le marché, mais par les participantes, et ce même s'il y avait équilibre entre l'offre et la demande et que, en toute hypothèse, le but n'était pas uniquement de préserver, le temps d'une crise, une capacité de production susceptible à long terme de survivre dans des conditions normales de concurrence. Le but était tout simplement d'obtenir, pour des marchandises, une rémunération plus élevée que celle qu'il

aurait été possible d'obtenir sans enfreindre l'article 85, paragraphe 1. Comme le souligne la Commission, la Cour elle-même a estimé que les accords sur les prix constitueraient justement des infractions particulièrement graves à l'article 85¹⁰⁶, puisqu'elle déclare que des accords « qui empêchent l'approvisionnement des utilisateurs aux prix les plus avantageux revêtent une gravité particulière qui justifie que la Commission fasse un strict usage de son pouvoir de sanction ».

Selon nous, la gravité de l'infraction ne peut pas être appréciée d'emblée sur la seule base de la portée de ses effets dommageables réels et constatés. En premier lieu, une partie de ce qui constitue l'infraction au sens de l'article 85 ne tient absolument pas compte des effets. Des accords ou une pratique concertée qui ont pour objet d'affecter la concurrence peuvent constituer des infractions tout aussi graves que les infractions qui sont mises sur le même plan et qui ont pour effet de limiter la concurrence de manière illicite. Chaque fois qu'on doit constater qu'un comportement n'a pas eu pour objet mais a eu pour effet d'affecter la concurrence, il faut au moins, pour pouvoir infliger l'amende, qu'on puisse attribuer les conséquences illicites à l'auteur du comportement, en raison de sa négligence. Dans les cas où il s'agit uniquement d'infraction sous la forme d'« accords ... ou de pratiques concertées ... qui ont pour effet », on n'est en présence d'une intention qu'au degré le moins élevé, le propos délibéré plus qualifié — l'objet — étant un élément de la description de l'infraction elle-même dans la deuxième partie de cette description à l'article 85, paragraphe 1.

Des infractions qui, pour une raison ou une autre, et peut-être fortuitement, n'ont pas les effets visés, mais où l'intention atteint le plus haut degré sont, à notre avis, plus graves en réalité que des infractions dont les conséquences sont plus importantes mais où, à l'inverse des présentes affaires, ces conséquences n'ont pas été directement recherchées.

Ce n'est pas seulement aux effets préjudiciables réels qu'il faut accorder de l'importance, mais aussi et dans une large mesure aux effets potentiels. Si nous supposons que l'article 85 a été formulé de manière à décrire un délit qui soit uniquement « de résultat », mais lié à une disposition sur l'intention, il est vraisemblable qu'on n'apprécierait pas tellement différemment la gravité de l'intention, d'une part, et l'infraction réalisée, d'autre part, dès lors que la tentative ferait apparaître la ferme volonté d'adopter toute mesure envisageable pour mettre en œuvre le projet illicite. Nous pensons donc, à l'instar de la Commission, que, pour l'essentiel, la gravité de l'infraction doit être appréciée sur la base des informations qui nous ont été présentées relativement à la volonté de l'entente de chercher à influencer le marché.

A notre avis, en ce qui concerne la volonté de l'entente de chercher à mettre, de concert, quelque chose sur pied, il n'y a en l'espèce pas grand place pour le doute. Selon nous, le fait que les bases matérielles permettant de mettre en œuvre les initiatives de prix projetées ont souvent fait défaut n'y change rien. Dans la période qui nous occupe, l'entente ne s'est absolument pas caractérisée par du dilettantisme ou par l'absence de structures. Au contraire, il semble que les arrangements aient été

106 — Voir arrêt du 10 décembre 1985, *Stichting Sigarettenundustrie e.a./Commission*, point 82 (240/82 à 242/82, 261/82, 262/82 et 269/82, Rec. p. 3831, 3881).

empreints du plus grand professionnalisme, ce qui, à notre avis, doit compter d'une manière importante dans l'appréciation de la gravité. Nous estimons donc que toutes les objections dirigées contre l'appréciation, par la Commission, de la gravité de l'infraction, doivent être rejetées.

La Commission a toutefois fondé la solution qu'elle a retenue sur le fait que l'entente a eu un certain effet. Si la Commission a eu tort dans ses estimations, le montant des amendes doit donc incontestablement être modifié. La description de la façon dont la Commission conçoit les effets de l'entente, aux points 72 à 74 de la décision, n'exclut pas qu'elle ait estimé elle aussi que les prix ont eu des effets réels relativement modestes. Ce qui compte, dit la Commission, c'est que les prix convenus ou concertés ont servi de base aux négociations avec les clients. A notre avis, c'est exact et, par là, les accords ou la pratique concertée ont incontestablement exercé une certaine influence sur la formation des prix. Selon notre impression tout au long de l'affaire, la fixation des prix a eu lieu dans une large mesure sur une base individuelle, pour chaque lot de marchandises, et il est clair qu'il était avantageux pour les bureaux de vente des entreprises de disposer d'un prix commun déterminé, pour s'orienter en fonction de ce dernier.

D'un autre côté, la mesure dans laquelle le comportement illicite a en fait influencé les prix est quelque peu douteuse. Il est possible que la Commission ait vu dans une mesure un peu exagérée un lien de causalité direct entre les prix cibles fixés (points 90 et 91 de la décision) et les prix réels, en ce sens que les premiers auraient influencé les seconds, alors que le lien de causalité pourrait plutôt

en principe être en sens contraire, comme l'affirment les entreprises. Mais, même dans ce dernier cas, l'influence des prix obtenus en fait, plus bas que ceux convenus, a entraîné de nouveaux prix cibles, ajustés, qu'il fallait chercher à obtenir. Le matériel de preuve, sous la forme de comptes rendus de réunions, montre avec une certitude absolue quelles étaient les intentions liées aux prix cibles convenus ou concertés. Comme l'indique leur nom même, ils représentaient un niveau de prix qu'il fallait chercher à obtenir sur le marché et il s'agissait toujours de prix plus élevés que ceux obtenus en fait jusqu'alors. On nous a présenté en l'espèce des études faites par M. Albach qui, pour une partie du marché en question, a essayé de simuler les prix qui auraient vraisemblablement été applicables en l'absence d'accords ou de pratique concertée. Comme nous l'avons déjà dit, le résultat en était que le marché se serait pour l'essentiel comporté de la même manière sans accords ou pratique concertée et que l'appréciation des résultats de leur nombreux efforts, faite par les participants aux réunions, ne résistait pas à l'examen.

Indépendamment des problèmes de méthode liés à de telles simulations de prix, et comme la Commission l'a fait remarquer lors de l'audience, le Tribunal se souviendra que M. Albach a toutefois expressément admis qu'il est tout à fait possible que le marché ait été influencé dans une certaine mesure.

Dans ces circonstances, nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de baisser le montant des amendes sur la base de considérations liées aux effets réels de l'entente, même si l'avis de la Commission en ce qui concerne le lien de cause à effet a peut-être été exprimé de

manière un peu brutale. En toute hypothèse, des considérations sur les effets réels de l'entente ne doivent à notre avis avoir qu'un poids relativement modeste en ce qui concerne le montant des amendes, étant donné la clarté de l'intention des auteurs de l'infraction.

Par ailleurs, nous estimons, comme la Commission, que les facteurs énumérés au point 108 de la décision (à l'exception du dernier tiret), conduisent tous à considérer que l'infraction était grave.

C — *Les circonstances atténuantes*

Au point 108, dernier tiret, la Commission a exposé les circonstances atténuantes qu'elle a admises:

- les pertes des entreprises dans l'exploitation de leur secteur polypropylène pendant une très longue période;
- le fait que les initiatives de prix n'ont pas atteint pleinement leur but;
- l'absence de moyen véritable de contrainte par rapport à chaque producteur.

A notre avis, cette énumération des circonstances atténuantes n'encourt aucune critique.

D'après les requérantes, toutefois, les facteurs cités sont très loin d'avoir été suffisamment pris en compte dans la détermination du montant des amendes et certaines requérantes estiment même que les amendes devraient être supprimées puisque, selon elles, les pertes importantes subies, surtout, doivent être considérées comme une circonstance particulièrement atténuante, qui peut justifier la suppression des amendes.

La thèse des requérantes ne résiste pas à l'examen. Comme l'a déclaré la Cour dans son arrêt IAZ e. a./Commission¹⁰⁷, le fait d'obliger la Commission à tenir compte des difficultés économiques d'une entreprise reviendrait à créer un avantage concurrentiel injustifié pour les entreprises mal adaptées aux conditions du marché.

En réalité, s'agissant de tout un secteur industriel, le fait d'accorder trop d'importance à des pertes résultant de problèmes structurels comporterait la légalisation de facto de toute tentative pour se soustraire à la nécessité de mettre en œuvre les adaptations structurelles imposées par les forces du marché. Il saute aux yeux qu'une telle solution serait incompatible avec les conceptions d'économie de marché qui sous-tendent l'article 85.

Peut-être était-il sensé, quelles que soient les circonstances, de chercher à maintenir une capacité de production, des emplois, etc., pendant une certaine période, dans l'attente de l'augmentation de la demande dans un secteur qui avait indubitablement de l'avenir.

107 — Arrêt du 8 novembre 1983, Belgium e.a./Commission, dit «Anseau-Navewa», point 55 (96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, Rec. p. 3369, 3417).

D'après le système du traité toutefois, répétons-le, le choix d'ignorer les règles de base de l'article 85 ne relève pas de l'initiative privée et c'est pourquoi il convient de rejeter les objections des requérantes à cet égard.

Il est également possible que, comme l'a surtout fait valoir ICI, il se soit produit pendant la période concernée une certaine adaptation structurelle, permanente ou provisoire, dans le secteur du polypropylène. Il convient toutefois de partir du principe que les illégalités doivent être appréciées en elles-mêmes. Le fait que les auteurs des infractions ont également adopté des mesures licites, et incontestablement raisonnables et sensées, n'est en aucune manière surprenant ni anormal, mais, à notre avis, cela ne doit pas conduire à plus d'indulgence pour les infractions.

Enfin, il est possible que les aides d'État aient, dans une certaine mesure, faussé les rapports de concurrence sur le marché du polypropylène. Comme la Commission l'a souligné à juste titre, l'article 85, paragraphe 1, s'applique en toute hypothèse. Il est d'ailleurs caractéristique que, grosso modo, toutes les entreprises du secteur concerné ont été impliquées dans les infractions, qu'elles aient reçu ou non des aides d'État. Il ne s'agissait donc pas d'une entente formée par quelques entreprises visant à se défendre contre une concurrence déraisonnable de la part d'autres, soutenues par l'État. Aussi les objections des requérantes sur ce point doivent-elles être rejetées.

Au point 109, dernier alinéa, de la décision, la Commission déclare qu'un très petit nombre de producteurs ont coopéré à l'enquête de la Commission, en tout cas après la découverte de la majeure partie des

pièces à conviction. Nous avons appris à l'audience qu'il s'agissait surtout d'ICI et de Hercules, qui ont fourni à la Commission un certain nombre de preuves pouvant être utiles pour la poursuite de l'affaire. Or, comme le déclare la Commission, les entreprises étaient en toute hypothèse tenues de fournir lesdits documents et nous estimons, comme la Commission, que cela ne doit entraîner qu'une réduction modeste des amendes. D'après ce qu'a dit la Commission, la différence entre l'amende de 10 millions d'écus imposée à ICI et celle de 11 millions imposée à Montedipe doit justement être appréciée à la lumière de la coopération d'ICI avec la Commission.

Nous avons déjà exposé ci-avant notre point de vue sur les effets de l'entente en tant qu'élément d'appréciation de la gravité de l'infraction. Enfin, nous sommes d'accord avec la Commission sur le fait que les amendes auraient vraisemblablement dû être encore plus élevées si, de surcroît, des mesures avaient été prises dans le cadre de l'entente pour instituer de véritables moyens de contrainte à l'égard des entreprises qui ne respectaient pas les accords conclus, etc.

Pour résumer, nous estimons que, par rapport aux infractions très graves dont il s'est agi, les amendes ne sont pas disproportionnées et qu'il a été tenu compte dans la mesure nécessaire des circonstances atténuantes qui peuvent et doivent, raisonnablement, être prises en considération.

D — *Réduction des amendes comme conséquence de l'annulation de certaines parties de la décision*

Comme nous l'avons dit dans la section B, si l'on constate que la durée de l'entente a été inférieure à celle alléguée par la Commission, il convient, à notre avis, de réduire les amendes. Dans la mesure où, pour ce qui concerne la période ainsi établie (automne 1979 à automne 1983), il y a lieu de constater qu'il n'existe pas de preuves suffisantes des conclusions de la Commission en ce qui concerne certains points de la décision, il convient d'opérer à nouveau une certaine réduction.

Selon ce que nous avons dit plus haut, nous ne disposons pas de preuves suffisantes pour constater l'arrangement illicite allégué par la Commission pour les années 1981 et 1982 en ce qui concerne le contrôle des tonnages, de même qu'il n'existe pas de base suffisante pour estimer qu'il y a eu un système de quotas pour 1983. En outre, il n'y a pas lieu, selon nous, de constater que les entreprises ont illégalement détourné des marchandises du territoire géographique de la Communauté afin de créer artificiellement une situation de pénurie sur le marché européen.

L'annulation de la décision à laquelle il convient de procéder en ce qui concerne la période de 1977 à l'automne 1979 et, pour les points que nous avons cités à l'alinéa précédent, en 1981, 1982 et 1983, doit conduire à notre avis à une réduction générale des amendes d'environ 20 %.

E — *La Commission doit-elle établir une « liste catalogue » des amendes?*

On a beaucoup débattu, dans la présente procédure, du point de savoir dans quelle mesure la Commission devrait être tenue d'exposer plus en détail les critères de calcul utilisés pour déterminer le montant de chaque amende.

La question est liée à la série de facteurs énumérés par la Commission au point 109, premier alinéa, de la décision, et qui ont été décisifs pour déterminer le montant de chaque amende. Il s'agit 1) du rôle de chaque entreprise, 2) de la durée de participation de chacune, 3) de leur livraisons respectives dans la Communauté et 4) du chiffre d'affaires total de chacune. Il est incontesté qu'on peut et doit tenir compte de ces facteurs.

Parmi les éléments cités, les deux derniers sont complètement quantifiables, sous réserve qu'on puisse encore fournir des chiffres exacts pour les ventes de polypropylène et le chiffre d'affaires global. La durée est également quantifiable mais, nous l'avons dit, on ne peut la considérer de manière simplement proportionnelle, puisque l'activité de l'entente a pris des formes de plus en plus graves. En revanche, la mesure ou l'intensité de la participation de chaque entreprise ne peut pas être quantifiée d'une manière susceptible de fonder une évaluation chiffrée des amendes; il convient pourtant de les apprécier pour fixer l'amende.

Il va de soi qu'il est extrêmement difficile d'exposer de manière un tant soit peu sensée

la mise en balance des différents facteurs, dont seuls certains sont complètement quantifiables. La solution retenue sera forcément largement fondée sur des estimations. Aussi, la Commission a-t-elle contesté, le plus récemment dans sa réponse aux questions écrites du Tribunal, de même qu'au cours de l'audience, que, pour fixer le montant des amendes, elle avait procédé à des calculs exacts fondés sur les facteurs quantifiables.

Nous ne voyons aucune raison de croire que l'exposé fait par la Commission quant à la façon dont elle a abouti au montant de chaque amende ne correspond pas à la réalité. La Commission a maintenu qu'elle a tranché cette question sur la base d'une appréciation globale. Comme nous l'avons dit, nous ne pensons pas qu'il convienne de critiquer la Commission sur ce point et rien, selon nous, ni dans la jurisprudence ni par ailleurs, ne permet d'estimer que la Commission serait tenue d'établir certains modèles de calculs-types¹⁰⁸.

De surcroît et comme la Commission l'a également souligné, il pourrait être inopportun, pour des raisons générales de prévention, d'élaborer un véritable « catalogue » des amendes dans un domaine tel que celui concerné, où la mise en balance des avantages économiques et des inconvénients éventuels d'une infraction envisagée joue incontestablement un rôle important pour décider l'entreprise à commettre l'infraction ou à y renoncer.

Les points de vue exposés sont également applicables en ce qui concerne les motifs donnés à la section B, point 2, de la décision, pour la fixation des amendes. Les requérantes ont pour la plupart fait valoir que la solution retenue était insuffisamment

fondée dans la mesure où il n'y a pas de justification individuelle pour l'amende imposée à chaque entreprise. A notre avis, la Commission a donné les motifs qu'il était possible de donner en fonction de la nature de l'affaire. Puisqu'on ne peut quantifier tous les facteurs qui constituent le fondement du calcul de l'amende, on voit mal quels éléments supplémentaires pouvaient être ajoutés à ceux cités par la Commission.

Ce qui a été dit a enfin des répercussions sur l'appréciation du rôle de contrôle du Tribunal en ce qui concerne le montant des amendes. Comme on l'a vu, notamment au cours de l'audience, faute de connaître avec précision le poids donné par la Commission aux différents facteurs les uns par rapport aux autres, il peut être difficile d'exercer un contrôle sur le montant des amendes. Mais s'il convient d'admettre — comme nous l'estimons — qu'en ce domaine la Commission doit bénéficier d'une liberté importante pour déterminer les amendes d'après son appréciation de l'ensemble des circonstances de l'affaire, ce problème n'est pas différent de celui rencontré dans les autres domaines juridiques, où l'administration bénéficie d'une marge d'appréciation plus ou moins grande.

En revanche, dans le système juridique communautaire, la différence réside dans le fait que, en ce qui concerne le montant de l'amende, le Tribunal dispose d'une compétence de pleine juridiction et peut ainsi, s'il le souhaite, substituer sa propre appréciation à celle de la Commission. Il s'agit donc en réalité d'un pouvoir d'appréciation indépendant au profit de cette juridiction. A notre avis, le Tribunal doit toutefois faire preuve de circonspection à cet égard et ne modifier

108 — Voir Bellamy et Child, loc. cit., p. 497, note 56.

ce montant que s'il estime que la Commission a commis une erreur d'appréciation claire. On peut par exemple le concevoir dans l'hypothèse où il s'avère que la Commission a fondé la solution retenue par elle sur des chiffres d'affaires ou des chiffres de vente manifestement erronés.

Enfin, il convient peut-être d'exprimer nos réserves sur une thèse présentée au débat, à savoir que, en n'imposant pas d'amende à BP et Amoco, bien que, d'après quelques requérantes, ces dernières aient été impliquées dans le fonctionnement de l'entente, la Commission a enfreint le principe d'égalité de traitement. A notre avis, ce point de vue repose sur une erreur de logique et il confond preuve et sanction. Une fois établi que, faute de preuves, BP et Amoco ne pouvaient pas être impliquées dans la procédure, ces entreprises ne peuvent plus être concernées et leur situation ne saurait affecter l'appréciation des amendes infligées aux autres entreprises.

Il peut être intéressant de faire état d'un dernier élément dans la présente section: lors de l'audience, la Commission a précisé que la mention, au point 107, deuxième alinéa, de la décision, du fait que BASF, Hoechst et ICI ont été impliquées antérieurement dans des infractions aux règles de la concurrence communautaire ne signifiait pas qu'elle avait imposé des amendes plus élevées pour récidive. Selon les explications de la Commission lors de l'audience, cette mention avait pour seul but de prouver mieux encore, en ce qui concerne ces entreprises, qu'il s'agissait d'une infraction délibérée. La Commission a expliqué qu'elle n'avait pas tenu compte de l'effet de récidive, car les faits antérieurs dataient de plus

de quinze ans et que le niveau général des amendes s'était notablement accru dans l'intervalle. Il n'y a aucune raison de ne pas admettre cette explication et nous estimons que nous ne pouvons pas non plus voir dans l'absence d'effet de récidive à cet égard la violation d'un principe d'égalité ou d'aucun autre.

F — *Portée ou intensité de la participation des différentes entreprises*

1. *Portée telle qu'exposée dans la décision de la Commission*

A notre avis, on ne saurait raisonnablement douter que c'est à juste titre que la Commission estime que les quatre grands producteurs, *Montedipe, Hoechst, ICI et Shell* ont été au cœur des arrangements mis en place et qu'ils formaient un groupe dirigeant autonome. C'est ce que montre l'objet des réunions séparées tenues entre ces entreprises (voir le tableau 5 de la décision) et les allusions supplémentaires figurant dans le matériel de preuve en ce qui concerne le rôle des quatre grandes entreprises. En conséquence, c'est également à juste titre que la Commission estime que les quatre grands producteurs doivent supporter une part importante de la responsabilité de ce qui s'est passé. Même si l'on ne peut pas dire qu'il y ait des preuves d'une incitation au vrai sens du terme, les quatre grandes entreprises ont joué — nous dirions presque: tout naturellement — un rôle central. Cela vaut surtout pour *Montedipe* et *ICI* qui ont, chacune à leur tour, assuré la présidence du groupe pendant une certaine période. Cela justifie amplement que ces entreprises supportent des amendes sévères.

Le dossier ne permet pas de savoir pourquoi Shell n'a pas participé aux réunions plénières régulières. Toutefois, nous pensons, comme la Commission, que le fait de ne pas participer à des réunions avec l'ensemble des producteurs ne saurait constituer en soi une circonstance atténuante. La participation de Shell doit donc être appréciée sur le même plan que la participation des autres entreprises, dans la mesure où il existe des preuves permettant d'impliquer cette entreprise. Ces dernières sont décrites en détail ci-avant dans la deuxième partie, section J.

Comme nous l'avons décrit ci-avant dans la deuxième partie, section F, le rôle de *Hercules* paraît entouré d'une certaine ambiguïté. Nous pensons toutefois, à l'instar de la Commission, que le fait que *Hercules* n'a pas communiqué ses chiffres de vente aux autres entreprises ne doit pas être considéré comme une circonstance atténuante, puisque l'entreprise a par ailleurs participé à l'entente et en a tiré parti ou cherché à le faire.

Aux termes du point 109, sixième alinéa, de la décision, la Commission conteste qu'une distinction importante puisse être établie entre les *autres entreprises*, c'est-à-dire celles autres que les quatre grands producteurs. Nous sommes d'accord que les preuves ne permettent pas d'apprécier avec certitude quelles entreprises montraient le plus ou le moins d'énergie dans leurs efforts pour faire fonctionner la collusion. L'impression générale est qu'il est clair que toutes étaient intéressées et que les différences résidaient surtout dans un degré plus ou moins grand d'optimisme. Comme nous l'avons dit plus haut, Solvay a eu la bonne idée de suggérer

à une réunion, en mai 1982, de cesser d'organiser des réunions, car l'équilibre entre l'offre et la demande s'était réalisé. On pourrait y voir le témoignage d'un engagement un peu moins énergique, n'était que Solvay a continué à participer au groupe même après cette date.

Quelques producteurs moins importants ont parfois été qualifiés de fauteurs de trouble et taxés d'agressivité par les autres. Dans ce contexte, on pourrait voir là l'expression de ce qu'ils ont montré un engagement un peu moindre que les autres. Il est tout à fait caractéristique toutefois qu'ils ont toujours cherché à défendre leurs intérêts dans le cadre de l'entente. Que certains aient réussi à gagner une part de marché non négligeable pendant la période où existait l'entente ne peut ainsi pas être considéré comme témoignant d'un engagement moins grand que celui des autres, mais plutôt du fait qu'ils étaient plus habiles à utiliser l'entente à leur profit, c'est-à-dire pour obtenir une meilleure place sur le marché « selon la répartition la plus équitable possible ».

Enfin, au point 109, septième alinéa, de la décision, la Commission indique que trois entreprises ont participé pendant une période plus courte que les autres. Il convient de remarquer que, d'après le résultat de notre appréciation des preuves, Petrofina n'a participé qu'à partir de mars 1982 et non pas de 1980 comme l'allègue la Commission.

En conséquence, les entreprises peuvent dans une première étape être divisées en deux groupes, les quatre grands producteurs et les autres.

2. *Les quatre grands producteurs*

Il ressort de la décision que, parmi les quatre grands, la Commission a imposé à Montedipe et à ICI une amende plus importante du fait du rôle dirigeant de ces deux entreprises pendant un certain temps, alors qu'il est indiqué que cette amende est réduite pour ICI en raison d'une certaine coopération pendant l'enquête. Pour les deux entreprises, l'amende semble plus ou moins identique, comparée au chiffre d'affaires des entreprises dans le secteur du polypropylène. Il convient de noter que la Commission n'a pas tenu compte d'objections selon lesquelles il convenait de ne prendre en considération que les ventes externes de polypropylène des entreprises. Il semble plutôt que la Commission ait attaché de l'importance au chiffre d'affaires correspondant à ce qui était considéré, par les entreprises elles-mêmes, comme la part de marché de chacune d'entre elles. A notre avis, c'est là un critère correct pour déterminer le montant des amendes. Indépendamment du fait que le chiffre d'affaires total des entreprises n'a pas été discuté dans la procédure, il n'y a pas beaucoup d'éléments pour indiquer que la Commission lui aurait accordé un poids particulièrement grand lors de la détermination du montant des amendes: ce n'est guère étonnant puisqu'il s'agit chaque fois de très grandes entreprises dont la force sur le marché est incontestable, de même que leur aptitude à payer une amende de l'ordre de grandeur de celles discutées ici. Il semble ainsi exister un bon équilibre entre les amendes de, respectivement, 11 et 10 millions d'écus imposées à Montedipe et à ICI. Il en va de même en ce qui concerne les amendes de 9 millions d'écus imposées à Shell et Hoechst qui ont clairement été considérées comme des éléments centraux du groupe, sans avoir

pour autant joué le rôle dirigeant de Montedipe ou d'ICI.

3. *Les producteurs moins importants*

Les autres producteurs, moins importants, peuvent à leur tour être divisés entre ceux qui ont participé à l'entente pour toute sa durée et ceux qui y sont entrés ou en sont sortis pendant cette période.

En ce qui concerne le premier groupe, le niveau des amendes semble être assez constant en fonction des ventes à l'intérieur de la Communauté, ce qui d'ailleurs devrait être le cas en principe, dès lors qu'on n'a pas distingué en fonction de l'intensité ou de la portée de la participation et que, comme nous le pensons, on n'a pas accordé une importance décisive au chiffre d'affaires global des entreprises. En tant que pourcentage des ventes, le niveau des amendes est en général un peu plus faible que pour les quatre grands producteurs. En ce qui concerne BASF, il n'y a pas accord entre les parties sur la mesure dans laquelle les chiffres de vente de la production de la Rheinische Olefinwerke GmbH qui constitue une « joint venture » (50/50) entre BASF et Shell, doivent être inclus dans la base du calcul de l'amende. BASF fait valoir qu'elle n'a agi que comme agent de vente pour une partie de la production qui revenait à Shell. La question n'a pas du tout été clarifiée et elle aurait dû être examinée de plus près par la Commission, à une date antérieure pendant le déroulement de la procédure. A notre avis, cela doit conduire à donner plus de poids aux chiffres propres à BASF, ce qui entraînerait une certaine réduction de l'amende en ce qui concerne cette entre-

prise. La réduction devrait vraisemblablement être d'environ 10 %, de telle sorte que, pour cette entreprise, l'amende serait réduite de 30 % en tout.

Comme cela est dit dans la décision, une amende relativement moins importante a été fixée pour le dernier groupe d'entreprises nommé, c'est-à-dire *Anic*, *Petrofina* et *Rhône-Poulenc*. Abstraction faite de ce que l'amende doit être encore réduite pour *Petrofina*, étant donné que la période pendant laquelle nous pensons que sa participation peut être considérée comme prouvée est plus courte, il semble qu'il y ait ici également un bon équilibre, aussi bien entre les amendes imposées à ces entreprises, que par rapport à celles infligées aux autres. L'amende imposée à *Rhône-Poulenc* doit être réduite en tenant compte, d'une part, de ce que la période pour laquelle il existe des preuves de la participation de l'entreprise est bien plus courte que ne l'estime la Commission et, d'autre part, de ce que la période qui n'est ainsi pas prise en considération était caractérisée par le fait que l'entente se trouvait dans une phase introductive. En conséquence, l'amende de *Rhône-Poulenc* doit être réduite de 40 % en tout. La participation de *Petrofina* a été notablement plus courte que ne l'allègue la Commission et une partie de cette période qui n'est pas prise en considération est postérieure à la date où l'entente avait pris sa forme définitive. Dans ces conditions, nous proposons que l'amende de *Petrofina* soit réduite de moitié. La question de savoir dans quelle mesure, pour calculer l'amende d'*Anic*, la Commission a intégré le chiffre d'affaire de *SIR* dans ses bases de calcul, pose un problème particulier. D'après ce que nous savons, la base de calcul a consisté dans le chiffre d'affaires (= part de marché) pour l'année 1982. Il n'est toutefois pas douteux que la part de marché détenue par

SIR en 1982 à l'époque où cette entreprise — pendant une courte période — produisait pour le compte d'*Anic*, était très réduite. Même s'il n'y a aucune raison d'adhérer de trop près au point de vue d'*Anic*, selon lequel il convient de prendre en considération également le chiffre d'affaires des années antérieures, nous estimons qu'il convient de prendre en considération qu'*Anic* n'a précisément participé à l'entente qu'au cours du premier semestre 1982; c'est pourquoi il convient de réduire l'amende dans une certaine mesure, peu importante. En conséquence, l'amende d'*Anic* doit être réduite de 30 % en tout.

Sous la réserve qui découle de ce que nous venons de dire, nous n'estimons donc pas que la Commission a commis des erreurs d'appréciation.

Dans ce contexte, nous proposerons donc que les amendes soient fixées comme suit:

Anic SpA	525 000 écus
Atochem SA	1 400 000 écus
BASF AG	1 750 000 écus
DSM NV	2 200 000 écus
Hercules Chemicals NV	2 200 000 écus
Hoechst AG	7 200 000 écus
Hüls AG	2 200 000 écus
ICI plc	8 000 000 écus
Chemische Werke Linz AG	800 000 écus
Montedipe SpA	8 800 000 écus
Petrofina SA	300 000 écus
Rhône-Poulenc SA	300 000 écus
Shell International Chemical Co. Ltd	7 200 000 écus
Solvay & C ^{ie}	2 000 000 écus

IV — Conclusions

Compte tenu de tout ce que nous venons de dire, nous suggérons au Tribunal de se prononcer de la manière suivante:

1) *L'article 1^{er} de la décision de la Commission du 23 avril 1986 (IV/31.149 — polypropylène) est annulé, dans la mesure où il y est constaté*

que les requérantes Anic, Rhône-Poulenc, Hercules, Chemie Linz, Solvay, Atochem, BASF, DSM et Hüls ont participé à un accord ou à une pratique concertée avant l'automne 1979,

que les requérantes Hoechst, Shell, ICI et Montedipe ont participé auxdits accord ou pratique concertée à partir du second semestre 1978 environ jusqu'à l'automne 1979,

que Anic SpA a participé auxdits accord ou pratique concertée après le second semestre 1982,

que Petrofina SA a participé auxdits accord ou pratique concertée avant mars 1982,

que Hercules Chemicals NV a donné des informations détaillées sur ses livraisons,

que les producteurs ont détourné leurs livraisons vers les marchés d'outre-mer en vue de créer par ce biais une situation de pénurie en Europe occidentale,

que les requérantes se sont partagé le marché pour attribuer à chaque producteur un « quota » pour les deux premiers trimestres 1983, de même

que les producteurs en 1981 (sauf pour les premiers mois de l'année) et en 1982, ont exigé les uns des autres la limitation de leurs ventes chaque mois sur la base de leurs ventes dans la période précédente.

2) *L'article 3 de la décision est modifié de telle sorte que les amendes visées dans cet article soient fixées au niveau suivant*

Anic SpA	525 000 écus
Atochem SA	1 400 000 écus
BASF AG	1 750 000 écus
DSM NV	2 200 000 écus
Hercules Chemicals NV	2 200 000 écus
Hoechst AG	7 200 000 écus
Hüls AG	2 200 000 écus
ICI plc	8 000 000 écus
Chemische Werke Linz AG	800 000 écus
Montedipe SpA	8 800 000 écus
Petrofina SA	300 000 écus
Rhône-Poulenc SA	300 000 écus
Shell International Chemical Co. Ltd	7 200 000 écus
Solvay & C ^{ie}	2 000 000 écus

3) *Par ailleurs, rejeter les recours*

4) *Les dépens*

En ce qui concerne les dépens, il convient de remarquer que, dans la plupart des affaires, la Commission a vu accueillir la plus grande partie de ses moyens. Toutefois des critiques justifiées ont pu être soulevées contre la décision, de telle sorte que cette dernière doit être annulée sur plusieurs points. Il n'était donc pas déraisonnable de former des recours et il serait, à notre avis, correct d'appliquer la disposition inscrite à l'article 69, paragraphe 3, du règlement de procédure de la Cour (voir à présent l'article 87, paragraphe 3, du règlement de procédure du Tribunal), et de laisser chaque partie supporter ses dépens. C'est la solution que nous suggérons pour les affaires T-1/89, T-3/89, T-4/89 et T-6/89 à T-15/89. En ce qui concerne l'affaire T-2/89, Petrofina, compte tenu de l'issue proposée, la Commission doit supporter, outre ses propres dépens, également la moitié des dépens de la requérante.