

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. L. A. GEELHOED

présentées le 19 janvier 2006¹

1. Dans le présent pourvoi, la Commission des Communautés européennes cherche à obtenir l'annulation partielle de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 29 avril 2004 dans l'affaire Tokai Carbon e.a./Commission (T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01)² (ci-après l'«arrêt attaqué»). Le pourvoi est limité à l'affaire T-239/01.

des pouvoirs d'enquête de la Commission en vertu du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [81] et [82] du traité⁴ par opposition à la coopération volontaire en vertu de la communication sur la clémence.

I — Dispositions pertinentes

2. Dans l'affaire devant le Tribunal, celui-ci a réduit l'amende que la Commission avait imposée à SGL Carbon AG (ci-après «SGL») dans la décision 2002/271/CE, du 18 juillet 2001, relative à une procédure d'application de l'article 81, du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire COMP/E-1/36.490 — électrodes de graphite)³.

Règlement n° 17

4. L'article 15 du règlement n° 17 dispose:

3. Les moyens de la Commission concernent certains éléments de la coopération des entreprises avec la Commission dans le cadre

«1. La Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes d'un montant de cent à cinq mille unités de compte

1 — Langue originale: l'anglais.

2 — Rec. p. II-1181.

3 — JO 2002, L 100, p. 1.

4 — JO, 1962, 13, p. 204.

lorsque, de propos délibéré ou par négligence: *Les lignes directrices*

[...]

- b) elles fournissent un renseignement inexact en réponse à une demande faite en application de l'article 11, paragraphe 3 ou 5 [...].

2. La Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes de mille unités de compte au moins et d'un million d'unités de compte au plus, ce dernier montant pouvant être porté à dix pour cent du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédent par chacune des entreprises ayant participé à l'infraction, lorsque, de propos délibéré ou par négligence:

- a) elles commettent une infraction aux dispositions de l'article [81], paragraphe 1, ou de l'article [82] du traité [...].

Pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci.»

5. La communication de la Commission intitulée «Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15 paragraphe 2 du règlement n° 17 et de l'article 65 paragraphe 5 du traité CECA»⁵ (ci-après les «lignes directrices») affirme dans son préambule:

«Les principes posés [...] devraient permettre d'assurer la transparence et le caractère objectif des décisions de la Commission tant à l'égard des entreprises qu'à l'égard de la Cour de justice, tout en affirmant la marge discrétionnaire laissée par le législateur à la Commission pour la fixation des amendes dans la limite de 10 % du chiffre d'affaires global des entreprises. Cette marge devra toutefois s'exprimer dans une ligne politique cohérente et non discriminatoire adaptée aux objectifs poursuivis dans la répression des infractions aux règles de concurrence.

La nouvelle méthodologie applicable pour le montant de l'amende obéira dorénavant au schéma suivant, qui repose sur la fixation d'un montant de base auquel s'appliquent des majorations pour tenir compte des circonstances aggravantes et des diminutions pour tenir compte des circonstances atténuantes.»

⁵ — JO 1998, C 9, p. 3.

La communication sur la clémence

réduction de 10 à 50 % du montant de l'amende qui lui aurait été infligée en l'absence de coopération.

6. Dans sa communication concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes⁶, la Commission a défini les conditions dans lesquelles une entreprise qui coopère avec la Commission durant son enquête peut être exemptée d'amende ou se voir accorder une réduction du montant de l'amende qui lui aurait été normalement imposée tel qu'indiqué dans le titre A, paragraphe 3, de cette communication.

2. Tel peut notamment être le cas si:

— avant l'envoi d'une communication des griefs, une entreprise fournit à la Commission des informations, des documents ou d'autres éléments de preuve qui contribuent à confirmer l'existence de l'infraction commise,

7. Le titre A, paragraphe 5, de la communication sur la clémence dispose:

— après avoir reçu la communication des griefs, une entreprise informe la Commission qu'elle ne conteste pas la matérialité des faits sur lesquels la Commission fonde ses accusations.»

«La coopération d'une entreprise [...] n'est qu'un élément parmi d'autres dont la Commission tient compte dans la fixation du montant d'une amende [...]»

8. Le titre D dispose:

II — Les faits et le contexte entourant l'adoption de la décision contestée

9. Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal a résumé les faits de l'affaire comme suit:

«1. Lorsqu'une entreprise coopère sans que les conditions exposées aux titres B et C soient toutes réunies, elle bénéficie d'une

«1 Par la décision 2002/271 CE, [...] la Commission a constaté la participation

6 — JO 1996, C 207, p. 4.

de diverses entreprises à une série d'accords et de pratiques concertées, au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord sur l'Espace économique européen (ci-après l'accord EEE'), dans le secteur des électrodes de graphite.

tonnes, dont 280 millions de tonnes produites dans des fours électriques à arc. [...]

[...]

- 2 Les électrodes de graphite sont utilisées principalement pour la production d'acier dans les fours électriques à arc. La fabrication d'acier au moyen de ces fours consiste essentiellement en un processus de recyclage par lequel des déchets d'acier sont convertis en acier neuf, par opposition au procédé classique de production à partir du minerai de fer dans les hauts-fourneaux à l'oxygène. Neuf électrodes, rassemblées en colonnes de trois, sont utilisées dans le four électrique type pour fondre la ferraille. Étant donné l'intensité du processus de fusion, la consommation d'électrodes atteint environ une unité par tranche de huit heures. La durée de fabrication d'une électrode est d'environ deux mois. Aucun produit n'est substituable aux électrodes de graphite dans le cadre de ce processus de production.
- 3 La demande d'électrodes de graphite est directement liée à la production d'acier en four électrique à arc. Les principaux clients sont les sidérurgistes, qui représentent environ 85 % de la demande. En 1998, la production mondiale d'acier brut s'est élevée à 800 millions de
- 5 Dans les années 80, des améliorations technologiques ont permis une réduction substantielle de la consommation d'électrodes par tonne d'acier produite. L'industrie sidérurgique a également connu un important processus de restructuration pendant cette période. L'affaiblissement de la demande d'électrodes a donné lieu à un processus de restructuration de l'industrie mondiale des électrodes. Plusieurs usines ont été fermées.
- 6 En 2001, neuf producteurs occidentaux ont approvisionné le marché européen en électrodes de graphite [...].
- 7 En application de l'article 14, paragraphe 3, du règlement n° 17 [...] des fonctionnaires de la Commission ont, le 5 juin 1997, procédé à l'improviste à des vérifications simultanées [...].
- 8 Le même jour, des agents du Federal Bureau of Investigation (FBI) ont pro-

cédé, aux États-Unis, à des perquisitions dans les locaux de plusieurs producteurs. À la suite de ces perquisitions, des poursuites pénales ont été engagées contre SGL [...] pour entente délictueuse. Tous les accusés ont plaidé coupables des faits qui leur étaient reprochés et ont accepté de payer des amendes, fixées à 135 millions de dollars des États-Unis (USD) pour SGL [...].

18 juillet 2001, de la Décision, par laquelle il est reproché aux entreprises requérantes et à VAW d'avoir procédé, à l'échelle mondiale, à une fixation des prix ainsi qu'à une répartition des marchés nationaux et régionaux du produit en cause selon le principe du 'producteur domestique': UCAR et SGL étaient responsables, la première, pour les États-Unis et pour certaines parties de l'Europe, la seconde, pour le reste de l'Europe [...].

[...]

- 10 Des actions en triples dommages et intérêts (triple damages) ont été intentées contre SGL [...] aux États-Unis pour le compte d'un groupe d'acheteurs [...].
- 11 Au Canada, [...] en juillet 2000, SGL a plaidé coupable et accepté de payer une amende de 12,5 millions de CAD pour la même infraction. Des actions civiles ont été intentées contre SGL [...] par des producteurs d'acier au Canada en juin 1998 pour entente délictueuse.
- 12 La Commission a adressé, le 24 janvier 2000, une communication des griefs aux entreprises incriminées. La procédure administrative a abouti à l'adoption, le
- 13 Toujours selon la Décision, les principes directeurs de l'entente étaient les suivants:
- les prix des électrodes de graphite devaient être fixés au niveau mondial;
 - les décisions relatives aux prix de chaque société devaient être arrêtées exclusivement par le président ou les directeurs généraux;
 - le 'producteur domestique' devait fixer le prix du marché sur son 'territoire' et les autres producteurs le 'suivraient';

- en ce qui concerne les marchés ‘non domestiques’, c’est-à-dire les marchés sur lesquels aucun producteur ‘domestique’ n’était présent, les prix seraient fixés par consensus;
 - les producteurs «non domestiques» ne devaient exercer aucune concurrence agressive et se retireraient des marchés «domestiques» des autres;
 - la capacité ne devait pas augmenter (les producteurs japonais étaient censés réduire la leur);
 - aucun transfert de technologie ne devait avoir lieu en dehors du cercle des producteurs participant au cartel.
- 14 La décision poursuit en exposant que lesdits principes directeurs ont été mis en œuvre par des réunions de l’entente qui se tenaient à plusieurs niveaux: réunions ‘des patrons’, réunions ‘de travail’, réunions du groupe des producteurs européens (sans les entreprises japonaises), réunions nationales ou régionales consacrées à des marchés spécifiques et contacts bilatéraux entre les entreprises.
- [...]
- 16 Sur la base des constatations factuelles et des appréciations juridiques effectuées dans la décision, la Commission a imposé aux entreprises incriminées des amendes dont le montant a été calculé conformément à la méthodologie exposée dans les lignes directrices [...].
- 17 L’article 3 du dispositif de la Décision inflige les amendes suivantes:
- SGL: 80,2 millions d’euros;
- 18 L’article 4 du dispositif ordonne aux entreprises concernées de verser les amendes dans les trois mois à compter de la date de notification de la Décision, sous peine de devoir payer des intérêts de 8,04 %.»

III — Procédure devant le Tribunal et arrêt attaqué

10. SGL, par requête enregistrée au registre du Tribunal le 20 octobre 2001, ainsi que certaines autres entreprises auxquelles la décision 2002/271 était adressée, a introduit un recours contre cette décision.

11. Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal a statué entre autres comme suit:

«2) Dans l'affaire T-239/01, SGL Carbon/Commission:

— le montant de l'amende infligée à la partie requérante par l'article 3 de la décision 2002/271 est fixé à 69 114 000 euros;

— le recours est rejeté pour le surplus».

12. Aux points 401 à 412, le Tribunal a jugé que SGL n'était pas tenue de répondre à certaines questions posées par la Commission ou de présenter certains documents. Le fait que SGL ait néanmoins fourni l'information demandée doit être considéré comme

une coopération volontaire et doit être récompensé en vertu du titre D, paragraphe 2, premier tiret, de la communication sur la clémence.

IV — Le pourvoi

13. La Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— annuler l'arrêt attaqué en ce qui concerne le paragraphe 2 du dispositif;

— condamner SGL aux dépens.

14. SGL conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— rejeter le pourvoi;

— condamner la requérante aux dépens.

V — Moyens et arguments principaux

15. La Commission soutient que certaines constatations du Tribunal aux points 401 à 412 violent le droit communautaire, et en particulier l'article 15 lu en combinaison avec l'article 11 du règlement n° 17 et la communication sur la clémence. La partie contestée de l'arrêt attaqué contient par ailleurs des erreurs du Tribunal dans les motifs de l'arrêt.

16. La Commission avance un moyen divisé en deux parties et un moyen subsidiaire.

17. Le moyen principal, dans lequel la Commission demande si certaines réponses à une demande de renseignements doivent en principe conduire à une réduction de l'amende, concerne:

- 1) la demande de renseignements du 31 mars 1999 (points 407 à 409 et les trois premières phrases du point 410 de l'arrêt attaqué);
- 2) la demande de renseignements du 30 juin 1997 (point 412 de l'arrêt attaqué).

18. Le second moyen, subsidiaire, concerne l'étendue de la réduction de l'amende en cas de contributions à la suite d'une demande antérieure de renseignements (point 410).

19. La Commission avance en résumé les arguments suivants.

20. En ce qui concerne le moyen principal, relatif aux documents, la Commission soutient qu'elle est toujours en droit de demander la présentation de documents et qu'une telle demande ne viole pas les droits de la défense. Elle ne traite pas des questions qui pourraient impliquer une reconnaissance de l'existence d'une infraction. Ainsi, aux points 408 et 409 de l'arrêt attaqué, le Tribunal est allé à l'encontre de la jurisprudence constante. Cette approche est d'ailleurs incompatible avec les points 403, 406 et 407, dans lesquels le Tribunal a fait référence à cette jurisprudence.

21. Le Tribunal aurait de plus dû vérifier dans quelle mesure SGL a effectivement répondu à la demande de la Commission de présenter les documents demandés ainsi que contesté par le Tribunal. Les termes de la réponse en date du 8 juin 1999 indiquent que tel n'est pas le cas. SGL a répondu qu'elle ne disposait pas de l'ensemble des documents demandés. Il n'y aurait donc aucune raison pour une réduction plus importante que celle déjà accordée. En dépit de l'absence de documents, SGL a fait un effort pour expliquer les faits. La Commission a tenu

compte de cette coopération. Les seules réponses que la Commission n'a pas prises en compte aux fins de la clémence étaient les réponses constituant une réponse à une demande formelle de renseignements. L'information allant au-delà de l'obligation de coopérer a été prise en compte.

22. SGL soutient que l'ensemble de ses déclarations dans le mémorandum du 8 juin 1999 ainsi que les réponses à la demande de renseignements du 30 juin 1997 devraient être qualifiées dans leur intégralité comme une coopération puisqu'on ne peut pas faire de distinction entre une reconnaissance explicite d'une infraction et les éléments ou la présentation de documents contenant des preuves. Il y a selon elle un droit absolu à garder le silence.

23. Au cas où la Cour ne devrait pas suivre ce point de vue, SGL soutient que l'arrêt attaqué est en tout état de cause conforme à la jurisprudence.

24. En ce qui concerne la deuxième partie du moyen concernant la demande de renseignements du 30 juin 1997, la Commission affirme que le point 412 de l'arrêt contient également un certain nombre d'erreurs. Le Tribunal semble attribuer à la Commission un point de vue qu'elle n'a elle-même jamais exprimé. La Commission a souligné qu'elle n'avait pas récompensé SGL dans une mesure moindre parce que SGL n'avait pas nommé toutes les entreprises qu'elle avait

averties, mais plutôt qu'elle n'avait pas récompensé SGL dans une plus large mesure parce que la réponse effectivement fournie par SGL n'allait pas au-delà de son obligation de coopération en vertu de l'article 11 du règlement n° 17. De plus, seules les contributions qui ont permis à la Commission d'établir les infractions avec moins de difficultés peuvent conduire à une réduction de l'amende.

25. SGL approuve les constatations du Tribunal. Selon elle, il n'y a pas de base juridique pour une demande de renseignements compte tenu du fait que les avertissements aux autres membres de l'entente ne sont pas des éléments constitutifs d'une violation de l'article 81, paragraphe 1, CE. L'article 11 du règlement n° 17 ne confère pas à la Commission le pouvoir de poser de telles questions. Au cas où des avertissements pourraient être considérés comme une circonstance aggravante, la reconnaissance de sa part doit être considérée comme étant une coopération. Le Tribunal a en tout état de cause correctement considéré qu'elle n'était pas obligée de répondre.

26. La Commission soutient enfin que le Tribunal a jugé qu'une contribution en réponse à une demande de renseignements donne lieu à la même réduction qu'une contribution spontanée. À cet égard, selon la Commission, le Tribunal a nié qu'une réduction de l'amende peut être accordée uniquement à l'égard d'une contribution qui a rendu la tâche de la Commission plus aisée.

Il est évident que cela s'applique a fortiori si la contribution est spontanée, parce qu'elle intervient à un stade précoce et évite à la Commission de devoir engager certaines mesures d'enquête comme rédiger une demande de renseignements.

27. La comparaison du Tribunal avec le titre C de la communication sur la clémence ne soutient pas le point de vue du Tribunal, mais celui de la Commission. Le point de vue qu'une contribution en réponse à une demande de renseignements devrait être récompensée de la même manière qu'une contribution spontanée est incompatible avec cette communication. Si le Tribunal considère que les deux situations devraient être traitées de la même manière, il viole l'article 15 du règlement n° 17 en conjonction avec la communication sur la clémence.

VI — Les parties pertinentes de l'arrêt

28. Dans la première partie, le Tribunal a débuté ainsi:

— il a souligné que l'on ne pouvait pas reconnaître un droit absolu à garder le silence; que cela irait au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver les droits de la défense des entreprises et constituerait un obstacle injustifié à l'exercice

par la Commission de son obligation de garantir que les règles de la concurrence sont respectées au sein du marché commun. De plus, il a rappelé que le droit de garder le silence ne peut être reconnu que dans la mesure où l'entreprise concernée serait obligée de fournir des réponses qui pourraient impliquer une reconnaissance de sa part de l'existence d'une infraction qu'il appartient à la Commission de démontrer (point 402);

— le Tribunal a rappelé la jurisprudence dans laquelle il est affirmé que, afin d'assurer l'efficacité de l'article 11 du règlement n° 17, la Commission est en droit de contraindre les entreprises à fournir toutes les informations nécessaires concernant les faits dont elles pourraient avoir connaissance et à dévoiler à la Commission si nécessaire les documents en leur possession y afférents, même si ceux-ci pourraient être utilisés pour établir l'existence d'un comportement anti-concurrentiel et que ce pouvoir de la Commission pour obtenir des informations ne viole ni l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la «CEDH») ni la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (points 403 et 404);

— il a ensuite noté que, bien que la Cour de justice ait jugé, dans l'affaire Lim-

burgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission⁷, qu'après l'arrêt Orkem/Commission⁸, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme avait connu de nouveaux développements avec les arrêts Funke, Saunders c. Royaume-Uni et J. B. c. Suisse, la Cour de justice n'avait pas renversé sa jurisprudence antérieure dans l'affaire PVC II, précitée (point 405);

- il a enfin conclu que le simple fait d'être obligé de répondre à des questions purement factuelles posées par la Commission et de se conformer à sa demande de présentation des documents déjà existants ne saurait constituer une violation du principe du respect des droits de la défense ou porter atteinte au droit à un procès équitable, qui offrent dans le domaine spécifique du droit de la concurrence une protection équivalente à celle garantie par l'article 6 de la CEDH (point 406).

29. Le Tribunal a poursuivi comme suit:

- pour autant que SGL, conformément à la jurisprudence susmentionnée, était tenue de répondre à la demande de renseignements du 31 mars 1999, il faut

observer que, en plus des questions purement factuelles et des demandes de présenter des documents existant déjà, la Commission avait demandé à SGL de décrire l'objet et le contenu d'un certain nombre de réunions auxquelles SGL avait participé ainsi que les résultats/conclusions de ces réunions lorsqu'il est devenu clair que la Commission soupçonnait les réunions d'avoir pour objet de restreindre la concurrence. Il s'ensuivait qu'une demande de cette nature était telle qu'elle exigeait de SGL qu'elle admette sa participation à une violation des règles communautaires de la concurrence (point 407).

30. Dans les points suivants toutefois, l'objet du présent pourvoi, le Tribunal a affirmé:

«408 Il en va de même pour les demandes visant à obtenir les protocoles desdites réunions, les documents de travail et les documents de préparation y relatifs, les notes manuscrites s'y rapportant, les notes et conclusions ayant trait à ces réunions, les documents de planification et de discussion ainsi que les projets d'exécution relatifs aux majorations de prix effectuées entre 1992 et 1998.

409 SGL n'ayant pas été tenue de répondre à ce type de questions figurant dans la

7 — Arrêt du 15 octobre 2002, dit «PVC II», (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, Rec. p. I-8375).

8 — Arrêt du 18 octobre 1989 (374/87, Rec. p. 3283).

demande de renseignements du 31 mars 1999, le fait pour elle d'avoir néanmoins fourni des informations sur ces points doit être considéré comme une collaboration volontaire de l'entreprise susceptible de justifier une réduction d'amende en application de la communication sur la coopération.

411 Il s'ensuit que la Commission a méconnu l'importance de la coopération apportée par SGL dans ce contexte.»

31. En ce qui concerne la demande de renseignements relative aux avertissements lancés, le Tribunal a estimé:

410 Cette conclusion ne saurait être infirmée par l'argument de la Commission selon lequel les informations en cause n'ont pas été apportées spontanément, mais en réponse à une demande de renseignements. En effet, le point D, paragraphe 2, premier tiret, de la communication sur la coopération, loin de requérir un acte spontané, pris de la seule initiative de l'entreprise concernée, se contente d'exiger des informations qui contribuent 'à confirmer' l'existence de l'infraction commise. En outre, même le point C, qui concerne une réduction d'amende plus importante que celle visée au point D, permet de récompenser une coopération fournie 'après que la Commission a procédé à une vérification sur décision auprès des entreprises parties à l'entente'. Dès lors, la circonstance qu'une demande de renseignements ait été adressée à SGL, au titre de l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 17, ne saurait être déterminante pour minimiser la coopération fournie par l'entreprise, au titre du point D, paragraphe 2, premier tiret, de la communication sur la coopération, d'autant moins qu'une telle demande est un acte moins contraignant qu'une vérification effectuée sur la base d'une décision.

«412 Dans la mesure où la Commission reproche à SGL de lui avoir donné une réponse incomplète à la question de savoir quelles étaient les entreprises que SGL avait informées de l'imminence des vérifications de la Commission en juin 1997, il est vrai que, par lettre du 30 juillet 1997, SGL a limité son aveu à VAW et à une autre entreprise, sans indiquer qu'elle avait aussi informé UCAR. Toutefois, la Commission a elle-même souligné que l'avertissement donné par SGL renforçait la gravité de l'infraction, donnait lieu à une amende dont l'effet dissuasif était plus important que normalement et justifiait d'être retenue comme circonstance aggravante, ce comportement de SGL ayant créé les conditions nécessaires au maintien du cartel en activité et à la prolongation de ses effets néfastes. Il s'avère donc que SGL n'aurait pas été tenue d'indiquer à la Commission qu'elle avait averti d'autres entreprises. En effet, ces informations étaient susceptibles d'aggraver la sanction que la Commission allait imposer à SGL. La Commission a donc, également sur ce point, méconnu le comportement de SGL en lui reprochant d'avoir fourni une réponse incomplète.»

VII — Analyse juridique

32. Ainsi qu'il est affirmé plus haut, le pourvoi de la Commission concerne en particulier les points 408, 409, 410 et 412.

33. Dans sa décision, la Commission a accordé à SGL, sur la base du premier tiret du titre D, paragraphe 2, de la communication sur la clémence, une réduction de 30 % de l'amende qu'elle lui aurait sinon imposée. Ainsi qu'il est mentionné dans l'arrêt attaqué, la Commission estime qu'«une entreprise ne mérite une réduction d'amende que si sa coopération est 'spontanée' et ne s'inscrit pas dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir d'investigation»: la Commission a considéré qu'une part substantielle de l'information fournie par SGL constituait en fait la réponse de SGL à la demande formelle d'information de la Commission et que la déclaration de SGL serait considérée comme une contribution volontaire au sens de la communication sur la clémence uniquement si l'information fournie allait au-delà de ce qui était requis en vertu de l'article 11. De plus, SGL n'a envoyé sa déclaration du 8 juin 1999 qu'après avoir reçu un rappel dans lequel la Commission se réservait le droit d'adopter une décision formelle au titre de l'article 11, paragraphe 5⁹.

34. Dans la procédure devant le Tribunal, SGL a affirmé que la Commission avait sous-

estimé sa coopération dans le cadre de la communication sur la clémence. Elle a affirmé qu'elle n'était pas tenue de répondre à certaines questions dans la demande de renseignements de la Commission, dans la mesure où elle devrait dans le cas contraire s'incriminer elle-même. Elle a soutenu que, à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, elle avait même le droit de s'opposer à toute contribution à l'établissement de sa propre culpabilité.

35. Le Tribunal a affirmé que la Commission a omis d'apprécier, dans un certain nombre de points, l'importance de la contribution fournie par SGL et donc de réduire l'amende.

36. Après avoir rappelé la jurisprudence constante (points 402, 403 et 404), le Tribunal a tout d'abord traité la demande de renseignements du 31 mars 1999 (points 407, 408 et 409) et par la suite la demande de renseignements du 30 juin 1997 (point 412).

37. La demande de renseignements du 31 mars 1999 concernait des questions relatives à des réunions tenues entre concurrents dans le secteur des électrodes de graphite. La Commission a demandé, entre autres, une description de l'objet et du déroulement d'une série de réunions auxquelles SGL a participé ainsi que les

⁹ — Voir point 173 de la décision 2002/271, cité en partie au point 401 de l'arrêt.

résultats/conclusions de ces réunions. La Commission a par ailleurs réclamé la présentation de certains documents dont, entre autres, des copies de convocations, agenda, listes de participants, notes manuscrites, documents de travail, documents préparatoires, documents de mise en œuvre concernant les majorations de prix durant une période donnée¹⁰.

38. Dans sa demande de renseignements du 30 juin 1997, la Commission, après avoir affirmé qu'elle avait été informée par une autre entreprise que celle-ci avait été prévenue par SGL de possibles enquêtes à venir, a demandé si SGL avait reçu cette information d'une entreprise active dans le secteur concerné et, si oui, le nom de cette entreprise. Dans sa deuxième question, la Commission a demandé le nom des entreprises auxquelles SGL avait lancé des avertissements¹¹.

La demande du 31 mars 1999

39. Dans la procédure devant le Tribunal, la Commission a admis que la question relative

10 — SGL a répondu par lettre du 25 mai 1999 (répondant aux huitième à dixième questions, relatives aux chiffres d'affaires ainsi qu'aux chiffres des ventes) et par une déclaration du 8 juin 1999 (indiquant qu'elle n'était pas obligée de répondre aux première à cinquième et septième questions en partie et qu'elle devrait donc être vue comme agissant volontairement; dans la déclaration, une description de la réunion est fournie et les documents existants et en sa possession y sont attachés).

11 — SGL a répondu par lettre du 30 juillet 1997. Avant de répondre à la deuxième question, elle a contesté la base juridique et a renvoyé à ses droits de la défense.

à l'objet et au déroulement d'un certain nombre de réunions allait au-delà de ce qu'elle avait le droit de demander sur la base de l'article 11 du règlement n°17. Cette constatation ne fait pas partie du présent pourvoi.

40. Ainsi, le Tribunal a constaté, aux points 407 à 409 ainsi qu'au point 412 de l'arrêt attaqué, que les réponses de SGL aux demandes d'informations qui lui étaient adressées en vertu de l'article 11, paragraphe 2, du règlement n°17 donnaient à cette entreprise — contrairement au point de vue exprimé par la Commission dans la décision — un droit à une réduction de son amende conformément à la communication sur la clémence.

41. De plus, le Tribunal a rejeté l'argument de la Commission selon lequel toute réduction fondée sur les réponses de SGL devrait en tout état de cause être inférieure à ce qu'elle aurait été si l'entreprise avait fait une divulgation volontaire (voir le point 410).

42. La Commission affirme que les passages cités sont entachés d'erreurs en droit et que l'arrêt attaqué n'est donc pas conforme à l'article 15 en conjonction avec l'article 11 du règlement n°17 et la communication sur la clémence. Les motifs sont de plus eux aussi entachés d'erreurs (ils sont contradictoires) et constituent en tant que tels une erreur de droit supplémentaire.

43. Bien que ce moyen soit avancé dans le cadre de l'application de la communication sur la clémence, il concerne en particulier les constatations du Tribunal relatives à l'étendue du droit des entreprises de ne pas s'incriminer elles-mêmes.

44. Il est bien connu qu'il appartient aux missions de la Commission de poursuivre et de réprimer les violations des règles de la concurrence du traité CE. Afin d'accomplir cette mission, la Commission peut, en vertu de l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 17, réclamer toute information nécessaire. Premièrement, elle doit demander cette information au moyen d'une simple demande formelle de renseignements (article 11, paragraphe 2) et lorsqu'une entreprise ne se conforme pas à cette demande au moyen d'une décision formelle (article 11, paragraphe 5)¹².

45. Dans l'affaire bien connue *Orkem/Commission*¹³, dans laquelle la Cour devait apprécier les pouvoirs d'enquête de la Commission à la lumière des droits de la défense, la Cour a établi que les entreprises avaient une obligation de coopérer activement aux mesures d'enquête.

12 — Ce processus en deux étapes est abandonné dans le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO 2003, L 1, p. 1). En vertu de l'article 18 de ce règlement, la Commission peut choisir dès le départ de demander des décisions aux entreprises par décision.

13 — Arrêt précité à la note, points 22 et 27.

46. L'obligation de coopérer activement avec la Commission ne signifie cependant pas que les entreprises doivent s'incriminer elles-mêmes en reconnaissant des violations des règles de la concurrence.

47. La Cour a à cet égard établi une distinction entre la fourniture de réponses à des questions, d'une part, et la présentation de documents, d'autre part. En ce qui concerne les réponses aux questions, la Cour a tracé une distinction supplémentaire. Elle a affirmé que la Commission a le pouvoir de contraindre une entreprise à répondre à des questions de nature factuelle, mais qu'elle n'a pas le pouvoir de forcer une entreprise à lui fournir des réponses qui pourraient impliquer une reconnaissance de sa part de l'existence d'une infraction. C'est ce dernier aspect à l'égard duquel une entreprise peut invoquer son droit à garder le silence en tant que partie de ses droits de la défense. En ce qui concerne les documents, la Cour n'a pas limité les pouvoirs d'enquête de la Commission. L'entreprise concernée doit, si on le lui demande, divulguer les documents qui existent déjà et qui ont trait à l'objet de l'enquête, même si ces documents pourraient être utilisés pour établir l'existence d'une infraction¹⁴.

48. Ensuite, afin de détecter certaines des ententes les plus sérieuses, la Commission a développé une politique de clémence. Cette

14 — Voir points 34 et 35.

politique est posée dans la communication sur la clémence. En échange de la coopération (en fournissant des informations pertinentes, des preuves), une réduction de l'amende — qui dépend du degré de clémence — peut être accordée.

49. Il convient de noter que la politique de clémence n'implique aucune obligation. Elle est au contraire basée sur la coopération volontaire. Une réduction de l'amende en contrepartie de la coopération est par conséquent compatible avec les droits de la défense, et en particulier le droit de ne pas s'incriminer soi-même¹⁵.

50. Une réduction de l'amende sera de plus accordée pour une contribution durant la procédure administrative, seulement si cette contribution a permis à la Commission d'établir une infraction avec moins de difficultés et, lorsque approprié, de mettre un terme à cette infraction¹⁶.

51. Dans le présent pourvoi, la Commission affirme que l'information réclamée sur la base de l'article 11, paragraphe 2, du règlement n° 17 remplissait le critère de l'arrêt Orkem/Commission et ne pouvait

pas être considérée comme une coopération au sens de la communication sur la clémence.

52. Ainsi donc, la question de droit est de savoir si la réaction de SGL à la demande de la Commission devrait être qualifiée de coopération volontaire ou d'exécution d'une obligation¹⁷. La première étape est par conséquent d'examiner la nature des questions posées par la Commission. En d'autres termes, la Commission aurait-elle pu obtenir l'information demandée sur la base de l'article 11, paragraphe 5, du règlement n° 17? Si la réponse est positive, l'information fournie par l'entreprise concernée correspond simplement à une obligation de s'exécuter en vertu de l'article 11 du règlement n° 17. Une telle «coopération» n'équivaut pas à une coopération au sens de la communication sur la clémence. Si, cependant, la réponse à cette question est négative et que l'entreprise concernée fournit néanmoins l'information, son comportement devrait être considéré comme de la coopération au sens de la communication sur la clémence.

53. Notons, à titre de digression, que, dans l'éventualité où une entreprise contacterait la Commission en exprimant sa disposition à coopérer, il se peut que la Commission ait besoin de plus d'informations allant au-delà de ce qui a été déjà fourni par l'entreprise

15 — Arrêt du 14 juillet 2005, *Acerinox/Commission* (C-57/02 P, Rec. p. I-6689, points 87 à 89).

16 — Voir arrêt du 16 novembre 2000, *SCA Holding/Commission* (C-297/98 P, Rec. p. I-10101, point 36). Voir, dans le contexte de la communication sur la clémence, arrêt du 28 juin 2005, *Dansk Rørintustri e.a./Commission* (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, points 395 et 396).

17 — En termes juridiques, une entreprise n'est pas tenue de répondre à une demande au titre de l'article 11, paragraphe 2, du règlement n° 17, mais, si une entreprise refuse de répondre, la Commission doit demander par une décision au titre de l'article 11, paragraphe 5, que l'information soit fournie. Il y a des pénalités pour la non-exécution. Ainsi, le résultat final est une obligation de se conformer à la demande de la Commission.

concernée. La Commission peut obtenir cette information par voie de demande écrite. Il est évident que de telles demandes et les réponses à celles-ci devraient être prises en compte dans l'appréciation d'ensemble de l'attitude de coopération de l'entreprise au titre de la communication sur la clémence.

54. Afin d'apprécier si une réduction de l'amende est envisageable, le Tribunal a procédé au test susmentionné. Il a examiné si SGL était obligée de présenter les documents réclamés.

55. En examinant si la demande de renseignements contient des questions que la Commission n'était pas en droit de poser sur la base de l'article 11, paragraphe 5, du règlement n° 17, le Tribunal a correctement observé que la question concernant l'objet et le résultat de certaines réunions était irrecevable. Une réponse à de telles questions équivaldrait inévitablement à une auto-incrimination. Ainsi qu'il est affirmé plus haut, la Commission a reconnu ce point devant le Tribunal. Cette constatation ne fait pas partie du présent pourvoi.

56. Le Tribunal a poursuivi par observer que la même chose valait pour des documents spécifiques. Il a considéré que la demande de présenter ces documents était d'une telle nature qu'elle exigeait de SGL qu'elle admette sa participation à une violation des

règles communautaires de la concurrence. Il semble donc avoir fait une distinction entre les documents «recevables» et «irrecevables». En d'autres termes, dans la mesure où la Commission ne pouvait pas contraindre SGL à répondre aux questions sur l'objet et les résultats/l'issue de ces réunions, elle ne pouvait pas non plus réclamer les documents y afférents.

57. Cette appréciation est selon nous erronée ou du moins marquée d'un défaut pour trois raisons différentes.

58. Premièrement, puisque l'information traitée dans les points 408 et 409 concerne des «documents» et non une demande de «réponses», le Tribunal a omis d'établir la distinction tracée dans la jurisprudence entre les documents, d'une part, et les réponses aux questions, d'autre part. Il n'a du moins pas appliqué les principes posés dans cette jurisprudence aux faits de la présente affaire.

59. Deuxièmement, ainsi que la Commission l'a correctement souligné, le raisonnement du Tribunal est de manière inhérente contradictoire. Tout d'abord, le Tribunal a explicitement réaffirmé les principes posés dans l'affaire Orkem/Commission, ainsi que dans son propre arrêt dans l'affaire Mannesmannröhren-Werke/Commission¹⁸. Ainsi,

18 — Arrêt du 20 février 2001, (T-112/98, Rec. p. II-729).

aux points 403, 406 et 407, il renvoie à la jurisprudence constante, mais ensuite, au point 408, il va à l'encontre de cette jurisprudence. Cette jurisprudence a été confirmée à de nombreuses reprises dans les affaires dites «extra d'alliage»¹⁹.

60. La Cour de justice a en effet observé, dans l'affaire PVC II²⁰, que, postérieurement à l'arrêt Orkem, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme avait encore évolué avec les arrêts Funke, Saunders c. Royaume-Uni et J. B. c. Suisse. Elle n'a néanmoins pas vu de raison de renverser sa jurisprudence antérieure, ainsi que le Tribunal l'a observé lui-même²¹. Les constatations du Tribunal sont par conséquent clairement incompatibles avec la jurisprudence existante. En outre, on cherche en vain pour ce fait, ce qui est remarquable en soi, le moindre raisonnement spécial dans les points pertinents de l'arrêt.

61. Ainsi, bien que le Tribunal devrait conclure qu'il n'y a pas eu de renversement de la jurisprudence établie dans l'affaire PVC II, il est toutefois parvenu à un résultat différent. On ne peut pas trouver pour cela de fondement dans l'arrêt attaqué. Ainsi qu'il est affirmé plus haut, il est aussi contradictoire. Pour ses seules raisons, la constatation du Tribunal au point 408 devrait être écartée.

62. La Cour attache une grande importance à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est également vrai que, compte tenu du moyen du pourvoi alléguant une violation du privilège contre l'auto-incrimination, la Cour n'a pas réellement eu à traiter cette question dans cette affaire²². En termes plus généraux, on peut se demander s'il existe la moindre raison de modifier la jurisprudence établie dans l'affaire Orkem/Commission et suivie par la suite à la lumière de la jurisprudence plus récente de la Cour européenne des droits de l'homme. Nous expliquerons qu'il n'y a selon nous pas de raisons convaincantes.

63. Premièrement, il faut avoir à l'esprit que cette jurisprudence concernait des personnes physiques dans le contexte de procédures pénales «classiques». Le droit de la concurrence concerne les entreprises. La Commission ne peut imposer des amendes qu'aux entreprises et aux associations d'entreprises pour des violations des articles 81 CE et 82 CE. Il n'est pas possible de transposer sans plus les constatations de la Cour européenne des droits de l'homme aux personnes juridiques et aux entreprises²³. Nous souhaiterions à cet égard renvoyer à d'autres juridictions dans lesquelles le droit de ne pas s'incriminer soi-même est réservé uniquement aux personnes physiques et ne peut pas être invoqué par les personnes morales²⁴. Ainsi, aux États-Unis, les entre-

19 — Arrêts Acerinox/Commission (précité à la note 15, point 86), et du 14 juillet 2005, ThyssenKrupp/Commission (C-65/02 P et C-73/02 P, Rec. p. I-6773, point 49).

20 — Arrêt précité à la note 7.

21 — Voir point 405.

22 — Arrêt PVC II, points 274 à 276.

23 — Dans certains États membres, les autorités peuvent en fonction de leur droit national également imposer d'autres types de sanctions, telles que l'emprisonnement des directeurs et managers responsables pour les violations des articles 81 CE et 82 CE au sein de leur entreprise. On peut s'attendre à ce qu'il y ait des droits procéduraux et des garanties renforcés.

24 — US Supreme Court, United States/Whit 322 US 694(1944).

prises ne peuvent pas invoquer le cinquième amendement à la Constitution. La clause du cinquième amendement affirme qu'«aucune personne ne sera contrainte à témoigner contre elle-même dans une procédure pénale». Ce droit ou privilège contre l'auto-incrimination est personnel. Il s'applique uniquement aux êtres humains. Une entreprise ne peut pas invoquer le cinquième amendement afin de pouvoir garder le silence. En d'autres termes, une entreprise doit présenter des documents si elle y est invitée.

64. Deuxièmement, il est incontesté que la Cour européenne des droits de l'homme a étendu certains droits et certaines libertés aux entreprises et autres entités commerciales. La même chose vaut en vertu du droit communautaire et en vertu de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000 (JO C 364, p. 91). Cela étant dit, la Cour européenne des droits de l'homme fait également une distinction entre le niveau de protection octroyé aux personnes physiques, d'une part, et aux personnes morales, d'autre part. Cela peut être déduit d'autres droits fondamentaux dans la CEDH comme l'article 8. Dans l'affaire Niemietz²⁵, par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a indiqué que la protection des locaux commerciaux pourrait être en dessous de ce qu'elle est pour les habitations privées. Ladite Cour a jugé que le terme de «domicile» pouvait s'étendre au bureau d'un professionnel et qu'une telle interprétation ne générerait pas indûment les États contrac-

tants parce qu'ils conserveraient leur droit à ingérence dans la mesure permise par le paragraphe 2 de l'article 8. Cet arrêt a été confirmé par la suite dans l'affaire Colas Est e.a. e. France²⁶. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, comme dans l'affaire Niemietz, que dans certaines circonstances les droits garantis par l'article 8 peuvent être interprétés comme incluant le droit au respect des bureaux, branches et autres établissements enregistrés d'une entreprise. Par conséquent, conformément à cette jurisprudence, la Cour de justice a jugé dans l'affaire Roquette Frères²⁷ que, «[l]ors de la détermination de la portée dudit principe, en ce qui concerne la protection des locaux commerciaux des sociétés, il convient de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme postérieure à l'arrêt Hoechst/Commission, précité, jurisprudence dont il ressort, d'une part, que la protection du domicile dont il est question à l'article 8 de la CEDH peut être étendue, dans certaines circonstances, auxdits locaux (voir, notamment, Cour eur. D. H., arrêt Colas Est e.a./France du 16 avril 2002, non encore publié au *Recueil des arrêts et décisions*, § 41) et, d'autre part, que le droit d'ingérence autorisé par l'article 8, paragraphe 2, de la CEDH «pourrait fort bien aller plus loin pour des locaux ou activités professionnels ou commerciaux que dans d'autres cas (arrêt Niemietz/Allemagne, précité, § 31)».

65. Troisièmement, ce qui est tout de même décisif, c'est que, en ce qui concerne

25 — Arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B.

26 — Arrêt du 16 avril 2002, n° 37971/97 CEDH 2002-III.

27 — Arrêt du 22 octobre 2002 (C-94/00, Rec. p. I-9011, point 29).

l'article 6 de la CEDH, une demande de renseignements n'est pas contraire au droit de garder le silence. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas reconnu un droit absolu à garder le silence. Elle a affirmé dans l'affaire Saunders que «le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence. Tel qu'il s'entend communément dans les systèmes juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs, il ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les *documents* recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN»²⁸. Cette constatation a été récemment confirmée dans l'affaire J. B. c. Suisse.

66. Ainsi, le droit de ne pas faire de déclarations conduisant à s'incriminer soi-même ne s'étend pas aux informations qui existent indépendamment de la volonté du suspect telles que, entre autres, les documents. La présentation de ces documents peut être réclamée et ces documents peuvent être utilisés comme preuve. Nous renvoyons à cet égard en particulier aux informations documentées relatives à et utilisées dans le processus interne et les prises de décisions d'une entreprise, telles que les stratégies de marketing et de fixation des prix. De telles informations, disponibles pour l'usage interne, peuvent être réclamées. Elles pour-

raient peut-être révéler la probabilité d'une entente ou d'une pratique concertée, mais cela en soi n'est pas s'incriminer soi-même. Il est encore possible de réfuter cette présomption [aller au-delà éliminerait l'élément objectif de la jurisprudence de la Cour, ce qui troublerait l'équilibre de la mise en œuvre].

67. Il faut enfin noter que l'interaction entre les droits fondamentaux des personnes juridiques et la mise en œuvre du droit de la concurrence demeure un exercice d'équilibre: la protection des droits fondamentaux vis-à-vis de la mise en œuvre effective du droit communautaire de la concurrence est ici en jeu. Ainsi que la Cour l'a affirmé dans l'affaire Eco Swiss²⁹, l'article 81 CE est une disposition fondamentale qui est essentielle pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté, et en particulier pour le fonctionnement du marché intérieur. L'article 81 CE fait partie de l'ordre public. Si la Commission n'a plus le pouvoir de réclamer la présentation de documents, l'application du droit de la concurrence dans l'ordre juridique communautaire dépendra fortement soit de la coopération volontaire, soit de l'utilisation d'autres moyens de coercition comme les inspections à l'aube. Il est évident que l'application effective, à l'aide de moyens raisonnables, des principes de base de l'ordre juridique public de la Communauté devrait demeurer possible, tout comme il est évident que les droits de la défense devraient être également respectés. Selon nous, ce dernier point est garanti. En l'état actuel de la jurisprudence, un

28 — Point 69 (nous mettons en exergue).

29 — Arrêt du 1^{er} juin 1999 (C-126/97, Rec. p. I-3055).

défendeur est encore en mesure, soit durant la procédure administrative, soit au cours de la procédure devant les juridictions communautaires, de soutenir que les documents présentés ont un autre sens que celui que leur attribue la Commission.

Demande de renseignements du 30 juin 1997

68. Dans la présente affaire, les documents concernés étaient des documents existants qui en définitive pouvaient être réclamés par voie d'une décision au titre de l'article 11, paragraphe 5, du règlement n° 17 et qu'une entreprise était tenue de présenter s'ils étaient en sa possession.

70. En ce qui concerne la demande de renseignements du 30 juin 1997, c'est-à-dire la deuxième question dans laquelle SGL est appelée à nommer les entreprises qu'elle a averties, les remarques suivantes pourraient être utiles.

69. Ainsi, selon nous, dans la mesure où le Tribunal a erré en droit, il n'y a pas non plus de raison plaidant en faveur d'une réduction en vertu de la communication sur la clémence. Ainsi que la Commission l'a affirmé dans la décision 2002/271, elle n'a pas récompensé l'information qu'elle considérait que SGL était tenue de fournir en réponse à une demande de renseignements. Elle a tenu compte des informations fournies par SGL et qui allaient au-delà de ce qui était demandé sur la base de l'article 11, paragraphe 2, du règlement n° 17. Toutefois, en réduisant l'amende de SGL, le Tribunal a également pris en compte la question concernant la demande de décrire l'objet et les résultats d'un certain nombre de réunions. Puisque la Commission a admis que cette partie de la demande était irrecevable, elle n'aurait jamais pu prendre en compte cette partie lors de la fixation de l'amende.

71. La Commission affirme que, en vertu de l'article 412 de l'arrêt attaqué, il semble que le Tribunal estimait que l'objectif de la Commission était d'obtenir une reconnaissance de l'infraction et par conséquent, conformément à l'arrêt *Orkem/Commission*, SGL était couverte par les droits de la défense et donc, sur la base de la communication sur la clémence, elle avait droit à une réduction de son amende.

72. La Commission soutient que la question qu'elle a posée n'allait pas au-delà de ses pouvoirs d'enquête et donc que la réponse donnée n'allait pas au-delà de ce qui était demandé en vertu de l'article 11 du règlement n° 17. Il n'y avait par conséquent pas de raison pour une réduction au titre de la communication sur la clémence. De plus, une deuxième raison de ne pas offrir de réduction en application de la communication sur la clémence est que la réponse de SGL était incomplète et trompeuse.

73. La Commission soutient que la question en cause n'est pas une question débouchant sur une reconnaissance d'une infraction. La Commission observe à cet égard que le Tribunal a jugé lui-même que les avertissements lancés ne constituaient pas une violation de l'article 81 CE. D'après la Commission, la question est de savoir si la réponse conduirait à la conclusion qu'il y a eu une infraction de telle sorte que l'entreprise serait exposée à des sanctions sur la seule base de cette réponse. Selon la Commission, la réponse est négative. Le fait que les avertissements soient considérés comme une circonstance aggravante ne conduit pas à cette conclusion. Afin de tirer cette conclusion, la Commission doit tout d'abord établir qu'il existe une infraction. L'information sur les avertissements ne saurait remplacer cela.

74. De plus et toujours selon la Commission, le Tribunal a commis une erreur de logique. Le fait que la Commission ait considéré les avertissements comme une circonstance aggravante ne fait pas partie de l'établissement des éléments constitutifs, mais représente l'exercice par la Commission de son pouvoir discrétionnaire dans sa politique d'imposition des amendes. S'il fallait suivre la logique du Tribunal, le résultat en serait que, si la Commission avait décidé de ne pas ajuster l'amende eu égard à une circonstance aggravante, elle aurait été en mesure de poser la question.

75. Ainsi que nous l'avons déjà expliqué dans nos conclusions dans l'affaire SGL Carbon/Commission (C-308/04 P), le

Tribunal a correctement conclu que le fait que SGL ait averti d'autres entreprises des enquêtes à venir ne constituait pas une infraction spécifique et autonome, mais un comportement qui ajoutait à la gravité des infractions initiales et pouvait par conséquent être pris en compte comme une circonstance aggravante lors de la fixation de l'amende.

76. Il est donc correct que ce comportement ne constitue pas en soi une infraction et il est vrai que, avant que la Commission puisse le prendre en compte en tant que circonstance aggravante, elle doit d'abord démontrer l'infraction initiale. Ce comportement demeure tout de même un élément qui pourrait conduire à une augmentation de l'amende et la Commission doit donc le démontrer de manière raisonnable. Le fait que la Commission ait un pouvoir discrétionnaire dans la fixation de l'amende ne fait pas de différence. Elle a également ce pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'infraction initiale, mais cela n'altère pas la question de savoir si une certaine question invite à fournir une réponse qui a un caractère d'auto-incrimination.

77. Par conséquent, ainsi que le Tribunal l'a correctement observé au point 412 de l'arrêt attaqué, SGL n'était pas tenue d'informer la Commission qu'elle avait averti d'autres entreprises. Bien que la Commission puisse poser une question concernant ces avertissements, la Commission n'aurait jamais pu contraindre SGL à y répondre.

Contrairement à l’assertion de la Commission, cette question ne concerne pas des faits de nature objective.

Remarques finales et solution

78. Il faut toutefois noter que, bien que SGL n’ait pas été obligée de le faire, elle a répondu à la question mais de manière incomplète et trompeuse. On ne peut pas dire que ce comportement révèle un esprit de coopération et l’arrêt contient une erreur sur ce point. Nous renvoyons à cet égard simplement à la jurisprudence récente dans laquelle la Cour a jugé qu’une réduction au titre de la communication sur la clémence peut être justifiée uniquement lorsque l’information fournie, et plus généralement le comportement de l’entreprise concernée, peut être considérée comme démontrant une véritable coopération de sa part et lorsqu’il est clair d’après le concept même de coopération, tel que décrit dans la communication sur la clémence, et en particulier dans l’introduction au titre D, paragraphe 1, que ce n’est que lorsque le comportement de l’entreprise concernée révèle un tel esprit de coopération qu’une réduction peut être accordée sur la base de cette communication³⁰.

79. Pour cette raison, il n’y a pas de raison pour une réduction sur la base du titre D, paragraphe 1, de la communication sur la clémence.

80. En ce qui concerne la relation entre la «coopération» en vertu du règlement n° 17 et la coopération volontaire en vertu de la communication sur la clémence ainsi que les conséquences pour l’amende, il découle des remarques que nous avons formulées à cet égard et de la jurisprudence que:

- en principe, une entreprise a une obligation de coopérer avec la Commission en vertu du règlement n° 17 (voir l’arrêt *Orkem/Commission*);
- lorsqu’une entreprise limite sa coopération à ce qu’elle est tenue de fournir en vertu du règlement n° 17 (devenu le règlement n° 1/2003), cette limitation ne peut jamais équivaloir à une circonstance aggravante et constituer donc un motif d’ajustement vers le haut de l’amende³¹;
- lorsqu’une entreprise répond à une demande de renseignements en application de l’article 11 du règlement n° 17

30 — Voir, à cet égard, arrêt *Dansk Rørindustri e.a./Commission*, précité à la note 16, points 388 à 403.

31 — *Ibidem*, point 352.

qui va au-delà des pouvoirs d'enquête de la Commission (lorsque les questions sont telles que la Commission ne peut pas contraindre l'entreprise à y répondre), cette réponse peut être considérée comme une coopération au titre de la communication sur la clémence;

- une entreprise peut bénéficier d'un traitement favorable en vertu de la communication sur la clémence si elle démontre un esprit de coopération et si cette coopération a permis à la Commission d'établir une infraction avec moins de difficultés et, lorsque cela est approprié, à y mettre un terme.

81. Il ressort clairement des considérations qui précèdent que l'arrêt attaqué est entaché d'erreurs de droit. En vertu de l'article 61, premier alinéa, du statut de la Cour de justice, si le pourvoi est fondé, la Cour doit annuler la décision du Tribunal. Elle peut alors soit statuer elle-même définitivement sur le litige, lorsque celui-ci est en état d'être jugé, soit renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue.

82. Selon nous, les conditions sont remplies pour statuer définitivement. Au fond, le

Tribunal a accordé à SGL une réduction supplémentaire de 10 % au titre du premier et du deuxième tiret du titre D, paragraphe 2, de la communication sur la clémence, ainsi qu'il l'a fait dans le cas de certains autres membres de l'entente³², mais l'a par la suite réduite de 2 à 8 % en raison de l'attitude de SGL³³. Donc, une partie des 10 % doit être imputée au deuxième tiret du titre D, paragraphe 2, et il découle de l'arrêt que réduire la réduction de 2 % est liée à cette partie également. L'autre partie de la réduction était destinée à récompenser les réponses de SGL à la question posée par la Commission, qui était considérée comme allant au-delà de la compétence de la Commission et donc qualifiée par le Tribunal comportement de coopération en vertu de la communication sur la clémence. En fait, ainsi qu'il a été expliqué plus tôt (point 69), seule une part mineure de la question posée par la Commission allait au-delà de ce à quoi la Commission pouvait contraindre l'entreprise à répondre. Cela équivaut à peu près à un cinquième des informations réclamées et en cause. Il nous semble par conséquent qu'une réduction totale de 4 % en plus des 30 % accordés par la Commission est justifiée. Cela veut dire que l'amende doit être fixée à 75,7 millions d'euros.

32 — D'après la décision 2002/271 (voir quarante et unième considérant), aucun des membres de l'entente n'a substantiellement contesté les faits sur lesquels la Commission a fondé sa communication des griefs. La réduction accordée à SGL, UCAR, C/G et VAW n'était toutefois basée que sur le premier tiret de la section D, paragraphe 2. La Commission a soutenu devant le Tribunal, bien qu'elle ait admis n'avoir par erreur pas mentionné le deuxième tiret de cette section, que la réduction accordée couvrait les deux tirets de la section D, paragraphe 2. Le Tribunal a jugé que cela aurait dû être mentionné dans la décision 2002/271 (voir point 415 de l'arrêt attaqué). Le Tribunal a donc accordé des réductions supplémentaires de respectivement 10 %, 10 % et 20 % (VAW n'a pas introduit de recours) couvrant une correction en vertu des deux tirets de la section D, paragraphe 2, de la communication sur la clémence: une nouvelle appréciation du comportement de coopération au titre du premier tiret et une appréciation pour la non-contestation des faits au titre du deuxième tiret.

33 — Voir point 418 de l'arrêt attaqué.

VIII — Conclusion

83. Eu égard aux observations qui précèdent, nous proposons que la Cour statue comme suit:

«— L'arrêt du Tribunal du 29 avril 2004 dans l'affaire Tokai Carbon e.a./ Commission (T-139/01) est annulé.

— Le montant de l'amende est fixé à 75,7 millions d'euros.

— SGL Carbon AG est condamnée aux dépens.»