

## CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M<sup>ME</sup> JULIANE KOKOTT

présentées le 19 février 2009<sup>1</sup>

### I — Introduction

1. La présente demande de décision préjudicielle offre à la Cour l'occasion de préciser les critères à remplir pour constater l'existence d'une concertation ayant un objet anticoncurrentiel au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE.

2. Il s'agit, en substance, de déterminer si et dans quelle mesure il faut, pour constater l'objet anticoncurrentiel, apprécier la situation concrète du marché, le comportement des entreprises participantes sur ce marché et les effets de ce comportement sur la concurrence. Il conviendra en outre de préciser les règles de droit communautaire relatives au niveau de preuve requis pour constater une violation de l'article 81 CE dans une procédure nationale.

3. Ces questions présentent une importance non négligeable pour l'application efficace du droit communautaire de la concurrence dans le nouveau système décentralisé résultant de

la modernisation du droit des ententes par le règlement (CE) n° 1/2003<sup>2</sup>. Les réponses devront tenir compte des risques qu'entraînerait un relâchement des règles du traité CE en matière de concurrence pour le marché intérieur européen<sup>3</sup>, mais aussi pour le consommateur européen.

### II — Le cadre juridique

#### A — *Le droit communautaire*

4. Le cadre juridique du présent cas d'espèce est déterminé, pour ce qui est du droit

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — 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).

3 — Ces risques ont été évoqués en dernier lieu par l'avocat général Geelhoed; voir points 136 et 137 des conclusions qu'il a présentées le 12 septembre 2006, Dalmine/Commission (C-407/04 P, Rec. 2007, p. I-829, auxquelles se réfère l'arrêt rendu par la Cour le 25 janvier 2007 dans la même affaire, point 84).

communautaire, par l'article 81, paragraphe 1, CE, qui dispose:

des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;

«Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'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, et notamment ceux qui consistent à:

a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;

b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;

c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;

d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à

e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.»

5. Il faut par ailleurs citer le règlement n° 1/2003, dont l'article 2 comporte en particulier la règle suivante sur la charge de la preuve:

«Dans toutes les procédures nationales et communautaires d'application des articles 81 et 82 du traité, la charge de la preuve d'une violation de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 du traité incombe à la partie ou à l'autorité qui l'allègue ...».

6. Il vaut également la peine de mentionner la dernière phrase du cinquième considérant du règlement n° 1/2003:

«Le présent règlement ne porte atteinte ni aux règles nationales sur le niveau de preuve requis ni à l'obligation qu'ont les autorités de concurrence et les juridictions des États membres d'établir les faits pertinents d'une affaire, pour autant que ces règles et obligations soient compatibles avec les principes généraux du droit communautaire.»

2. L'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité [...]

[...]»

7. L'article 3 du règlement n° 1/2003 régit le rapport entre l'article 81 CE et les droits nationaux de la concurrence:

«1. Lorsque les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité susceptibles d'affecter le commerce entre États membres au sens de cette disposition, elles appliquent également l'article 81 du traité à ces accords, décisions ou pratiques concertées. [...]

## B — *Le droit national*

8. Pour ce qui est du droit néerlandais, le cadre juridique du présent cas d'espèce est tracé par la loi sur la concurrence (Mededingingswet<sup>4</sup>), telle que modifiée par la loi du 9 décembre 2004<sup>5</sup> et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2005 (ci-après la «Ww»).

4 — Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging — Mededingingswet (Stb. 1997, n° 242).

5 — Wet van 9 december 2004 (Stb. 2005, n° 172).

9. L'article 1<sup>er</sup> de la Mw contient notamment la définition suivante:

concurrence sur l'ensemble ou une partie du marché néerlandais.»

«Dans la présente loi et dans les dispositions qui se fondent sur elle, on entend par:

11. Agissant en application de l'article 56, paragraphe 1, sous a), de la Mw, le conseil d'administration<sup>6</sup> de l'autorité néerlandaise de la concurrence, la «NMa»<sup>7</sup>, peut infliger une amende à toute personne physique ou morale qui méconnaît l'article 6, paragraphe 1, de la Mw.

[...]

h) pratiques concertées: toute pratique concertée au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité;

### III — Les faits et la procédure au principal

Le marché néerlandais des services de télécommunication mobile

[...]»

10. L'article 6, paragraphe 1, de la Mw précise:

12. À l'époque des faits du litige au principal, en 2001, cinq opérateurs disposaient aux Pays-Bas de leur propre réseau de téléphonie mobile, à savoir Ben Nederland BV<sup>8</sup> (10,6 % du marché), KPN (42,1 %), Dutchtone NV<sup>9</sup> (9,7 %), Libertel-Vodafone NV (26,1 %) et Telfort Mobiel BV<sup>10</sup> (11,4 %). La construction d'un sixième réseau de téléphonie mobile n'était pas possible car plus aucune autorisation n'était délivrée. Le marché des services de télécommunication mobile

«Sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées d'entreprises qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la

6 — Raad van Bestuur.

7 — Nederlandse Mededingingsautoriteit.

8 — Ci-après «Ben».

9 — Ci-après «Dutchtone».

10 — Ci-après «Telfort».

n'était donc accessible que moyennant la conclusion d'un contrat avec un ou plusieurs des cinq opérateurs existants.

s'ajouter des compléments, selon le revendeur et l'abonnement vendu.

#### La réunion du 13 juin 2001

#### Package prépayé et contrats d'abonnement aux Pays-Bas

13. Aux Pays-Bas, l'offre de services de télécommunication mobile se décompose en packages prépayés et en abonnements. La caractéristique des packages prépayés est que le client paie d'avance; en achetant une carte prépayée ou une recharge, il acquiert un crédit en temps d'appel, à concurrence duquel il peut téléphoner. En revanche, les abonnements ont pour trait caractéristique que les minutes de communication d'une période déterminée sont facturées a posteriori au client, qui paie en outre une redevance de base fixe, pouvant elle-même inclure un crédit en minutes d'appel.

15. Le 13 juin 2001 s'est déroulée une réunion de représentants d'opérateurs offrant des services de télécommunication mobile sur le marché néerlandais. Cette réunion a notamment porté sur la réduction des rémunérations standard des revendeurs pour les abonnements, à compter du ou aux alentours du 1<sup>er</sup> septembre 2001. Ainsi qu'il résulte de l'ordonnance de renvoi, les participants à cette réunion ont également évoqué un certain nombre d'informations confidentielles<sup>12</sup>.

#### La procédure au principal

14. Lors de la conclusion ou de la prorogation d'un abonnement par l'intermédiaire d'un revendeur, ce dernier fournit le téléphone mobile et l'opérateur apporte la carte SIM<sup>11</sup>. L'opérateur octroie en outre au revendeur une rémunération pour chaque abonnement de téléphonie mobile que ce dernier fait signer. À cette rémunération standard peuvent

16. Par décision du 30 décembre 2002 (ci-après la «décision initiale»), la NMa a constaté que Ben, Dutchtone, KPN, O2 (Telfort) et Vodafone (ex Libertel-Vodafone) avaient passé un accord entre elles ou avaient concerté leurs pratiques. Concluant que les pratiques en cause restreignaient sensiblement la concurrence et étaient par conséquent interdites par l'article 6, paragraphe 1,

11 — La carte SIM (Subscriber Identity Module) est une carte à puce que l'on insère dans le téléphone mobile et qui permet d'identifier l'utilisateur dans le réseau. La carte incarne pour ainsi dire la connexion mobile de l'utilisateur.

12 — Le gouvernement néerlandais précise qu'il s'agissait de l'ampleur, de la date et des modalités de la réduction des rémunérations standard des revendeurs.

de la Mw, la NMa a infligé des amendes aux entreprises concernées.

17. Ces dernières ont introduit une réclamation contre cette décision.

18. Par décision du 27 septembre 2004, la NMa a déclaré les réclamations de T-Mobile (ex-Ben), KPN, Orange (ex-Dutchtone), Vodafone et O2 (Telfort) partiellement fondées et partiellement infondées. Tout en abandonnant le grief relatif à un accord contraire au droit de la concurrence, elle a constaté qu'il y avait bien une pratique concertée entraînant une infraction non seulement à l'article 6 de la Mw, mais également à l'article 81, paragraphe 1, CE<sup>13</sup>. La NMa a révisé toutes les amendes à la baisse.

19. T-Mobile, KPN, Orange, Vodafone et Telfort ont saisi le Rechtbank te Rotterdam d'un recours contre la décision prise sur réclamation.

20. Ce tribunal a, par jugement du 13 juillet 2006, annulé la décision rendue sur réclamation

13 — Selon le gouvernement néerlandais, cette constatation s'inscrit dans le contexte de l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003, en particulier de son article 3, paragraphe 1.

et renvoyé l'affaire à la NMa pour qu'elle statue à nouveau<sup>14</sup>.

21. La NMa ainsi que trois des entreprises concernées, à savoir T-Mobile, KPN et Orange, ont interjeté appel de la décision dudit tribunal devant le College van Beroep voor het bedrijfsleven, qui est la juridiction de renvoi<sup>15</sup>. Vodafone est également partie à la procédure au principal, alors que, selon la juridiction de renvoi, Orange a cessé de l'être.

#### IV — La demande de décision préjudicielle et la procédure devant la Cour

22. Par ordonnance du 31 décembre 2007, parvenue à la Cour le 9 janvier 2008, le College van Beroep voor het bedrijfsleven a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE, quels critères convient-il de retenir pour apprécier si une

14 — Ainsi qu'il résulte du dossier, le Rechtbank te Rotterdam a estimé que la participation d'Orange et de Telfort à la pratique concertée n'avait pas été établie.

15 — Le recours en appel de la NMa a pour objet la participation d'Orange à la pratique concertée. Dans la décision de renvoi, la juridiction de renvoi confirme à cet égard le point de vue de l'instance précédente, selon lequel la participation d'Orange n'avait pas été établie.

pratique concertée a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence?

des Communautés européennes. La NMA s'est ralliée aux observations écrites du gouvernement néerlandais.

- 2) L'article 81 CE doit-il être interprété en ce sens que, dans le cadre de l'application de cet article par la juridiction nationale, la preuve du lien de causalité entre la concertation et le comportement sur le marché doit être rapportée et appréciée conformément aux règles du droit national pourvu que ces règles ne soient pas moins favorables que celles applicables à des recours similaires de nature interne et qu'elles ne rendent pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire?

- 3) Aux fins de l'application de la notion de pratique concertée visée à l'article 81 CE, la présomption du lien de causalité entre concertation et comportement sur le marché s'applique-t-elle toujours, même si la concertation est restée isolée et que l'opérateur y ayant participé continue son activité sur le marché, ou bien cette présomption ne s'applique-t-elle que lorsque la concertation s'est prolongée de manière régulière et sur une longue période?»

23. Au cours de la procédure devant la Cour, des observations écrites et orales ont été présentées par T-Mobile, KPN, Vodafone, le gouvernement néerlandais et la Commission

## V — Appréciation

### A — *Recevabilité de la demande de décision préjudicielle*

24. Concernant la recevabilité de la demande de décision préjudicielle, il convient d'aborder brièvement deux points.

25. En premier lieu, la juridiction de renvoi demande une interprétation de l'article 81, paragraphe 1, CE, alors que la décision litigieuse prise par la NMA dans la procédure au principal est fondée avant tout sur le droit national de la concurrence (article 6, paragraphe 1, de la Mw).

26. Il reste cependant que l'article 6, paragraphe 1, de la Mw reflète très fidèlement

l'article 81, paragraphe 1, CE. Dans un cas de ce genre, il est de jurisprudence constante qu'il y a un intérêt communautaire certain à ce que les dispositions ou les notions reprises du droit communautaire reçoivent une interprétation uniforme<sup>16</sup>.

27. Par ailleurs, l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 impose à la NMa d'appliquer, en plus de la disposition nationale de l'article 6 de la Mw, l'article 81 CE aux pratiques concertées susceptibles d'affecter les échanges entre États membres. C'est la raison pour laquelle la décision prise par la NMa sur la réclamation est fondée, en plus de l'article 6, paragraphe 1, de la Mw, sur l'article 81, paragraphe 1, CE. Partant, loin de ne servir qu'indirectement de référence pour l'interprétation de l'article 6, paragraphe 1, de la Mw, l'article 81, paragraphe 1, CE est en l'espèce directement applicable au litige au principal.

28. Rien ne permet dès lors de douter de l'importance, pour la solution du litige au principal, des questions préjudicielles relatives à l'interprétation de l'article 81 CE et au rapport entre le droit communautaire et le droit national de la concurrence.

29. En second lieu, Vodafone fait valoir qu'il serait superflu de répondre à la première question préjudicielle parce que la situation juridique aurait été clarifiée dans les lignes directrices publiées par la Commission<sup>17</sup>. À ce propos, il faut observer, d'une part, que les communications de la Commission ne sont pas juridiquement contraignantes et ne sauraient donc préjuger de l'interprétation que fera la Cour dans une procédure au titre de l'article 234 CE. D'autre part, une demande de décision préjudicielle resterait recevable même si la situation juridique était claire; à la rigueur pourrait-on alors y répondre par voie d'ordonnance prise au titre de l'article 104, paragraphe 3, du règlement de procédure.

30. Enfin, selon Vodafone, il serait évident que la pratique concertée litigieuse n'a pas d'objet contraire à la concurrence. Cette appréciation est pour le moins extravagante, si l'on considère l'intensité du débat que les parties ont mené à ce propos à la fois dans la procédure au principal et devant la Cour.

31. En résumé, force est de conclure que la demande de décision préjudicielle est recevable dans son intégralité.

16 — Voir, en dernier lieu, arrêts du 14 décembre 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, Rec. p. I-11987, points 19 et 20), ainsi que du 11 décembre 2007, ETI e.a. (C-280/06, Rec. p. I-10893, points 21 et 26 et jurisprudence citée).

17 — Vodafone se réfère aux points 21 et 22 de la communication de la Commission intitulée «Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité» (JO 2004, C 101, p. 97).



B — *Appréciation des questions préjudicielles au fond*

32. Les trois questions préjudicielles visent à déterminer les critères à remplir pour pouvoir constater une pratique concertée anticoncurrentielle au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE.

33. Ce n'est au demeurant pas tant la pratique concertée proprement dite qu'il s'agit de définir. Il y a en effet déjà une jurisprudence constante selon laquelle la notion de pratique concertée vise 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<sup>18</sup>.

34. Au cœur de la présente affaire, il y a bien plutôt l'appréciation du caractère anticoncurrentiel des pratiques concertées et la délimitation corrélative entre celles qui ne peuvent être anticoncurrentielles qu'en raison de leur effet et celles qui le sont d'emblée en raison de

leur objet. Concernant ce dernier groupe, la juridiction de renvoi se demande en effet si et dans quelle mesure il faut, pour pouvoir retenir l'existence d'un objet contraire à la concurrence, examiner au préalable les données concrètes du marché, le comportement des entreprises sur celui-ci et les effets de ce comportement sur la concurrence.

1. Sur la première question préjudicielle: les critères pour retenir l'existence d'une pratique concertée ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence

35. La première question vise à connaître, en substance, les critères permettant de déterminer si une pratique concertée *a pour objet* d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché commun.

36. Nous savons que la NMa reproche à un groupe d'entreprises néerlandaises offrant des services de télécommunication mobile d'avoir, lors d'une réunion en juin 2001, échangé des informations confidentielles et discuté de ces informations, ce qui aurait abouti à une réduction coordonnée de certaines commissions destinées à leurs revendeurs.

18 — Arrêts du 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries/Commission*, 48/69, Rec. p. 619, point 64) et *Geigy/Commission* (52/69, Rec. p. 787, point 26); du 16 décembre 1975, *Suiker Unie e.a./Commission* (40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, point 26), et du 14 juillet 1981, *Züchner* (172/80, Rec. p. 2021, point 12); voir, également, arrêts du 8 juillet 1999, *Commission/Anic Partecipazioni* (C-49/92 P, Rec. p. I-4125, point 115), et *Hüls/Commission* (C-199/92 P, Rec. p. I-4287, point 158).

37. Un échange d'informations entre concurrents n'a pas nécessairement pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché commun au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE<sup>19</sup>.

38. La vérification de l'existence d'un objet anticoncurrentiel doit donc tenir compte des circonstances du cas d'espèce. Les critères sont les mêmes que pour les accords entre entreprises et les décisions d'associations d'entreprises au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE<sup>20</sup>. Partant, la jurisprudence relative aux accords et décisions peut être transposée aux pratiques concertées.

39. Pour savoir si une pratique concertée a un objet anticoncurrentiel, il faut donc s'attacher à sa teneur<sup>21</sup> et aux buts qu'elle poursuit<sup>22</sup>; les intentions subjectives des parties peuvent intervenir à titre complémentaire, mais elles

ne sauraient être déterminantes<sup>23</sup>. Il faut également tenir compte du contexte économique et juridique dans lequel s'insère la pratique concertée<sup>24</sup>.

40. Ce sont avant tout le contenu et le contexte économique de la concertation entre les opérateurs mobiles néerlandais qui portent à contestation en l'espèce. En termes plus simples, tant la juridiction de renvoi que T-Mobile, KPN et Vodafone ont exprimé des doutes quant au point de savoir si, compte tenu de l'objet de la pratique concertée et des circonstances économiques qui l'encadrent, on peut vraiment parler d'un objet contraire à la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE.

41. C'est sur la toile de fond de ces doutes que je vais développer mon analyse des critères permettant de juger du caractère anticoncurrentiel de l'objet d'une pratique concertée comme celle qui est litigieuse dans la procédure au principal.

19 — L'existence d'un tel objet a été niée, par exemple, dans l'arrêt du 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax et Administración del Estado* (C-238/05, Rec. p. I-11125, points 46 à 48), relatif au système espagnol d'échange d'informations sur le crédit.

20 — Arrêts *Imperial Chemical Industries/Commission*, précité (points 60 et 65); *Commission/Anic Participazioni*, précité (points 112 et 123), et *Hüls/Commission*, précité (point 164).

21 — Arrêts du 30 juin 1966, *LTM* (56/65, Rec. p. 337, 359); du 8 novembre 1983, *IAZ International Belgium e.a./Commission* (96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, Rec. p. 3369, point 25), et du 20 novembre 2008, *Beef Industry Development Society et Barry Brothers* (C-209/07, Rec. p. I-8637, point 16).

22 — Arrêts *LTM*, précité (p. 359); du 1<sup>er</sup> février 1978, *Miller International Schallplatten/Commission* (19/77, Rec. p. 131, point 7); du 28 mars 1984, *Compagnie royale asturienne des mines et Rheinzink/Commission* (29/83 et 30/83, Rec. p. 1679, point 26); du 6 avril 2006, *General Motors/Commission* (C-551/03 P, Rec. p. I-3173, point 66), et *Beef Industry Development Society et Barry Brothers* précité (point 21).

23 — Arrêts précités *IAZ International Belgium e.a./Commission* (point 25), et *General Motors/Commission* (points 77 et 78); voir également, en ce sens, arrêt *Beef Industry Development Society et Barry Brothers* précité (point 21).

24 — Arrêts précités *LTM* (p. 359); *IAZ International Belgium e.a./Commission* (point 25); *Compagnie royale asturienne des mines et Rheinzink/Commission* (point 26); *General Motors/Commission* (point 66), et *Beef Industry Development Society et Barry Brothers* (point 16); voir également arrêt du 13 juillet 1966, *Consten et Grundig/Commission* (56/64 et 58/64, Rec. p. 429, 496).

a) Observations générales sur la notion d'objet anticoncurrentiel

42. Il faut rappeler tout d'abord que l'objet anticoncurrentiel et l'effet anticoncurrentiel sont des conditions non pas cumulatives, mais alternatives pour appliquer l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE<sup>25</sup>. Autrement dit, les pratiques concertées sont interdites, indépendamment de leur effet, dès lors que leur objet est contraire à la concurrence<sup>26</sup>. La prise en considération des effets concrets d'une pratique concertée est superflue quand elle a *pour objet* d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun<sup>27</sup>. Une telle pratique est en effet interdite même en l'absence d'effets anticoncurrentiels sur le marché<sup>28</sup>.

43. L'interdiction de certaines pratiques du seul fait de leur objet anticoncurrentiel tient à la circonstance que certaines formes de

collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au jeu normal de la concurrence<sup>29</sup>. Soumettre de telles pratiques, notoirement nuisibles à la société, à une interdiction absolue («interdiction per se»), est porteur de sécurité juridique et permet à tous les opérateurs sur le marché d'adapter leur comportement en conséquence. Cela contribue en outre à une utilisation rationnelle et économe des ressources des administrations chargées du contrôle de la concurrence et des tribunaux.

44. Certes, une interprétation par trop extensive de la notion de pratique concertée ayant un objet anticoncurrentiel<sup>30</sup> est à éviter, en raison des conséquences radicales auxquelles les entreprises peuvent se trouver exposées en cas de violation de l'article 81, paragraphe 1, CE<sup>31</sup>. Il ne faut cependant pas non plus donner de cette notion une interprétation excessivement stricte, qui supprimerait en pratique l'interdiction des «infractions par objet» consacrée par le droit primaire et qui priverait ainsi l'article 81, paragraphe 1, CE d'une partie

25 — Arrêt précités LTM (p. 359 et suiv.), et Beef Industry Development Society et Barry Brothers (point 15); voir également arrêt du 17 juillet 1997, Ferrière Nord/Commission (C-219/95 P, Rec. p. I-4411, points 13 à 15).

26 — Arrêts Commission/Anic Partecipazioni, précité (point 123); Hüls/Commission, précité (point 164), et du 8 juillet 1999, Montecatini/Commission (C-235/92 P, Rec. p. I-4539, point 124).

27 — Jurisprudence constante depuis l'arrêt Consten et Grundig/Commission, précité (p. 496); voir, par exemple, arrêt du 30 janvier 1985, Clair (123/83, Rec. p. 391, point 22), et, plus récemment, arrêts du 15 octobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission (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, point 491); du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123, point 261); du 21 septembre 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commission (C-105/04 P, Rec. p. I-8725, point 125); Beef Industry Development Society et Barry Brothers, précité (point 15), et du 18 décembre 2008, Coop de France bétail et viande e.a./Commission (C-101/07 P et C-110/07 P, Rec. p. I-10193, point 87).

28 — Arrêts précités Commission/Anic Partecipazioni (point 122); Hüls/Commission (point 163), et Montecatini/Commission (point 123).

29 — Arrêt Beef Industry Development Society et Barry Brothers précité (point 17).

30 — Concernant le net «caractère restrictif» de l'article 81, paragraphe 1, CE (ex-article 85, paragraphe 1, du traité CE), voir arrêt du 29 février 1968, Parke, Davis and Co. (24/67, Rec. p. 81, 109).

31 — Conformément à l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1/2003, chaque entreprise ayant participé de propos délibéré ou par négligence à une infraction aux dispositions de l'article 81 CE peut se voir infliger une amende pouvant aller jusqu'à 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent (voir article 5, paragraphe 1, quatrième tiret, pour les sanctions infligées par des autorités nationales). L'entreprise peut en outre, en vertu de l'article 7, paragraphe 1 (article 5, paragraphe 1, premier tiret), du règlement n° 1/2003 se voir imposer, par voie de décision, de mettre fin à l'infraction constatée. À tout cela peuvent encore s'ajouter, le cas échéant, des dommages et intérêts pour les tiers.

de son efficacité pratique. Le libellé de cette disposition montre d'emblée qu'elle interdit tant les pratiques concertées ayant un objet contraire à la concurrence que celles ayant un effet contraire à la concurrence<sup>32</sup>.

45. À la différence de ce que semble penser la juridiction de renvoi, l'interdiction des «infractions par objet» ne saurait donc être interprétée en ce sens que la présence d'un objet anticoncurrentiel n'établirait qu'une sorte de présomption d'illégalité, susceptible d'être réfutée par l'absence, dans le cas concret, d'effets négatifs sur le fonctionnement du marché<sup>33</sup>. Une telle interprétation aboutirait en effet à amalgamer de façon illicite les deux cas de figure que l'article 81, paragraphe 1, CE a voulu séparer: l'interdiction de toute collusion ayant un *objet* anticoncurrentiel, d'une part, et l'interdiction de toute pratique collusoire ayant un *effet* anticoncurrentiel, d'autre part.

46. C'est donc aller trop loin que de subordonner la constatation de l'existence d'un objet anticoncurrentiel à celle de la présence ou de l'absence d'effets anticoncurrentiels concrets, que ce soit pour le concurrent, le consommateur ou le public en général. Pour l'interdiction prévue par l'article 81, paragraphe 1, CE, il suffit au contraire que la

pratique concertée soit, au vu des règles d'expérience commune, susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence<sup>34</sup>. Autrement dit, elle doit simplement être concrètement — c'est-à-dire en tenant compte du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit — *apte*<sup>35</sup> à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence au sein du marché commun. La question de savoir si et dans quelle mesure un tel effet se produit réellement ne peut avoir d'importance que pour calculer le montant des amendes et évaluer les droits à dommages et intérêts.

47. L'interdiction des «infractions par objet» inscrite à l'article 81, paragraphe 1, CE ressemble ainsi aux délits de mise en danger («Gefährdungsdelikte») du droit pénal. Quiconque se met au volant d'une voiture après avoir consommé de quantités notables d'alcool ou de drogue s'expose dans la plupart des ordres juridiques à des sanctions pénales ou administratives, et ce peu importe qu'il ait ou non mis quelqu'un en danger dans le trafic routier, voire qu'il ait ou non provoqué un accident. De même, une entreprise recourant à des pratiques concertées ayant un objet anticoncurrentiel enfreint le droit européen de la concurrence et se rend passible de sanctions pécuniaires, peu importe que des opérateurs du marché ou le public en général soient lésés ou non.

32 — Voir, en ce sens, arrêts précités *Commission/Anic Partecipazioni* (point 125); *Hüls/Commission* (point 166), et *Montecatini/Commission* (point 126).

33 — Même si elle ne parle pas expressément de présomption, la juridiction de renvoi mentionne cependant la nécessité d'éviter les «résultats positifs erronés».

34 — Voir «Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité», précitées (point 21).

35 — Dans le même sens, mais dans le contexte de l'article 82 CE, voir points 68 à 74 de mes conclusions dans l'arrêt du 15 mars 2007, *British Airways/Commission* (C-95/04 P, Rec. p. I-2331).

48. Cela n'est pas contredit par l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire *GlaxoSmithKline Services/Commission*<sup>36</sup>, qui a été invoqué par KPN. Certes, le point 147 de cet arrêt — dont le libellé prête fort à confusion — énonce que le caractère anticoncurrentiel d'un accord ne peut être déduit de la seule lecture de ses termes, effectuée dans son contexte, mais qu'il faut «nécessairement» aussi en envisager les effets. Selon moi, ce passage signifie simplement que l'objet d'un accord (ou d'une pratique) doit être apprécié non dans l'abstrait, mais concrètement, en tenant compte de son contexte juridique et économique ainsi que des particularités du marché en question; dans ladite affaire *GlaxoSmithKline Services/Commission*, le Tribunal a estimé que ces particularités résidaient dans le fait qu'une réglementation étatique avait, dans une mesure importante, soustrait les prix au libre jeu de l'offre et de la demande en les faisant fixer ou contrôler par des organismes d'État. Dans cette interprétation, il n'y a aucune contradiction entre le point 147 de l'arrêt *GlaxoSmithKline Services/Commission*, précité, et le point 46 des présentes conclusions. En revanche, si ledit point 147 devait être interprété en ce sens que, pour retenir l'existence d'un objet anticoncurrentiel, il faut en toute hypothèse («nécessairement») constater des effets concrets sur la concurrence, alors le Tribunal aurait commis une erreur en droit.

49. En effet, comme nous l'avons vu, pour qu'il y ait objet anticoncurrentiel, il n'est pas nécessaire de s'attacher aux effets concrets d'une pratique concertée; il suffit que cette dernière soit concrètement apte à produire des effets anticoncurrentiels.

36 — Arrêt du 27 septembre 2006 (T-168/01, Rec. p. II-2969).

b) L'objet anticoncurrentiel dans une affaire comme la présente

50. La NMa explique la pratique concertée constatée en l'espèce par le fait que plusieurs opérateurs néerlandais de services de télécommunication mobile ont échangé des informations sur leurs intentions de réduire le niveau de certaines commissions destinées à leurs revendeurs.

51. Un tel échange d'informations confidentielles entre concurrents, au sujet d'un comportement envisagé, est en principe susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels lorsqu'il restreint la concurrence en atténuant ou en supprimant l'incertitude sur le fonctionnement du marché en cause<sup>37</sup>. Il est sans importance, dans ce contexte, qu'un tel échange d'informations ait constitué l'objet principal de la prise de contact ou qu'il n'ait eu lieu qu'à l'occasion (ou sous prétexte) d'une prise de contact qui était en soi dépourvue de tout objet anticoncurrentiel<sup>38</sup>.

37 — Arrêts du 28 mai 1998, *Deere/Commission* (C-7/95 P, Rec. p. I-3111, point 88 en combinaison avec le point 90); du 2 octobre 2003, *Thyssen Stahl/Commission* (C-194/99 P, Rec. p. I-10821, point 81), et *Asnef-Equifax*, précité (points 51 et 62); voir également, en ce sens, arrêt *Imperial Chemical Industries/Commission*, précité (points 101, 112 et 119).

38 — Voir, en ce sens, arrêts précités *General Motors/Commission* (point 64), et *Beef Industry Development Society et Barry Brothers* (point 21).

— La problématique de l'échange d'informations entre concurrents dans le contexte du postulat d'autonomie applicable en droit de la concurrence

52. Il faut garder à l'esprit que l'autonomie des opérateurs économiques est une condition de base d'une concurrence effective. C'est d'ailleurs pourquoi les règles de concurrence du traité sont elles aussi fondées sur le postulat que tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun. Cette exigence d'autonomie s'oppose à toute prise de contact directe ou indirecte entre des opérateurs économiques de nature soit à influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit à dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à tenir soi-même sur le marché ou que l'on envisage d'adopter, lorsque ces contacts peuvent aboutir à des conditions de concurrence ne correspondant pas aux conditions normales du marché en cause<sup>39</sup>.

53. C'est encore plus vrai lorsque l'échange d'informations concerne un marché oligopolistique fortement concentré<sup>40</sup>. Or, cela semble précisément avoir été le cas du marché néerlandais des services de télécom-

munication mobile en 2001. Ainsi qu'il résulte de l'ordonnance de renvoi, seules cinq entreprises y avaient alors leur propre réseau mobile, dont l'une — KPN — occupait 40 % du marché, et l'établissement de nouveaux réseaux indépendants était exclu par l'absence de licences disponibles<sup>41</sup>.

54. Il est sans importance à cet égard qu'une seule entreprise informe ses concurrents unilatéralement du comportement qu'elle entend adopter sur le marché ou que toutes les entreprises concernées se communiquent mutuellement leurs considérations et leurs intentions. En effet, il suffit qu'une seule entreprise s'expose en fournissant à ses concurrents des informations confidentielles sur sa future politique commerciale pour que, aussitôt, le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché en cause soit atténué pour tous les intéressés, au risque de restreindre la concurrence et de voir apparaître des comportements collusoires.

— Un lien direct avec les prix à la consommation n'est pas nécessaire

39 — Arrêts précités *Suiker Unie e.a./Commission* (points 173 et 174); *Züchner* (points 13 et 14); *Deere/Commission* (points 86 et 87); *Commission/Anic Partecipazioni* (points 116 et 117); *Hüls/Commission* (points 159 et 160), et *Asnef-Equifax* (points 52 et 53); voir, dans un sens analogue, arrêt *Beef Industry Development Society et Barry Brothers* (point 34).

40 — Arrêts précités *Deere/Commission* (point 88 en combinaison avec le point 90), et *Asnef-Equifax* (point 58); dans l'arrêt *Thyssen Stahl/Commission*, précité (points 86 et 87), la Cour précise qu'un système d'échange d'informations peut enfreindre les règles de concurrence même lorsque le marché en cause n'est pas un marché oligopolistique fortement concentré.

55. La juridiction nationale, KPN et Vodafone font valoir que l'échange d'informations et la pratique concertée concerneraient simplement les commissions des revendeurs

41 — Voir point 12 des présentes conclusions.

et n'auraient pas d'incidence directe sur les prix à la consommation. Ces derniers seraient déterminés exclusivement dans le cadre des rapports entre le prestataire de services de télécommunication mobile et ses clients, sans que les revendeurs puissent exercer la moindre influence à cet égard.

faisant, *la concurrence en tant que telle (en tant qu'institution)*. Il est vrai que, de cette manière, le consommateur est également indirectement protégé. En effet, lorsque la concurrence proprement dite est altérée, il y a également lieu de craindre les conséquences pour les consommateurs<sup>42</sup>.

56. Cet argument ne résiste pas à l'examen. Des pratiques concertées peuvent en effet avoir un objet anticoncurrentiel même si elles n'ont pas d'impact direct sur les consommateurs et sur les prix à payer par ces derniers.

57. Il résulte d'emblée du libellé de l'article 81, paragraphe 1, CE qu'il s'oppose à toute forme d'entrave, de restriction ou de distorsion de la concurrence au sein du marché commun. Les divers exemples cités aux points a) à e) de l'article 81, paragraphe 1, CE n'indiquent pas non plus que seules seraient interdites les pratiques anticoncurrentielles ayant un effet direct sur les consommateurs finaux.

58. Bien au contraire, l'article 81 CE s'intègre dans un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur [article 3, paragraphe 1, sous g), CE]. En conséquence, à l'instar des autres règles de concurrence du traité, il vise à protéger non pas uniquement ou en premier lieu les intérêts directs des concurrents ou des consommateurs, mais la *structure du marché* et, ce

59. Une pratique concertée a donc un objet anticoncurrentiel non pas uniquement si elle est susceptible d'avoir des effets *directs* sur les consommateurs ou sur les prix payés par ces derniers ou — comme l'a dit T-Mobile — sur le «consumer welfare». L'objet anticoncurrentiel peut, au contraire, être considéré comme établi dès lors que la pratique concertée est susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché commun. Cela indique en effet que la pratique concertée peut au moins indirectement avoir également des effets négatifs sur les consommateurs.

60. Réduire la portée de l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE aux pratiques ayant une influence directe sur les prix à la consommation priverait cette disposition centrale pour le marché intérieur d'une grande partie de son efficacité pratique.

42 — Voir point 68 de mes conclusions dans l'arrêt *British Airways/Commission*, précité.

— Il suffit d'un échange d'informations sur des paramètres de concurrence isolés

61. Contrairement au point de vue implicitement défendu par la juridiction de renvoi, il n'est pas nécessaire qu'une pratique concertée porte sur tous les paramètres de concurrence. Elle peut avoir un objet contraire à la concurrence même si elle ne concerne que des paramètres isolés, comme par exemple les rémunérations standard des revendeurs.

62. En effet, si une entreprise réduit unilatéralement les commissions accordées à ses revendeurs, ces derniers seront normalement moins enclins à négocier des contrats entre les consommateurs finaux et cette entreprise, dont la part de marché peut ainsi être mise en péril, d'autant qu'il pourra alors être plus intéressant pour les revendeurs indépendants<sup>43</sup> de promouvoir la distribution des produits d'autres entreprises<sup>44</sup>. Ce risque économique — inéluctable si les conditions de concurrence sont normales — pourra être évité ou atténué si les entreprises réduisent leurs commissions non pas unilatéralement, mais, comme en l'espèce, plus ou moins simultanément, dans le cadre d'une pratique concertée qui diminuera l'incertitude quant au comportement de leurs concurrents sur le marché. Ce mécanisme peut empêcher ou à tout le moins restreindre ou fausser la concurrence au sein du marché commun. Partant, une pratique concertée de ce genre a un objet anticoncurrentiel.

43 — D'après les informations fournies par le gouvernement néerlandais, la plupart des contrats d'abonnement passés aux Pays-Bas en 2001 ont été conclus par l'intermédiaire de revendeurs indépendants.

44 — Il résulte de la décision de renvoi que, en l'occurrence aussi, c'est le revendeur qui détermine la manière et la diligence avec lesquelles il s'efforce de vendre des abonnements au consommateur.

63. Il s'ajoute à cela que les commissions des revendeurs représentent, du point de vue des opérateurs de téléphonie mobile, le prix des services que ces revendeurs leur rendent en négociant des contrats d'abonnement. Ainsi que la Commission l'a souligné à juste titre, il résulte de l'exemple figurant à l'article 81, paragraphe 1, sous a), CE qu'une pratique concertée sur les prix d'achat poursuit un objet contraire à la concurrence et interdit par le droit communautaire.

— L'impact des conditions du marché sur le comportement des concurrents

64. Vodafone fait encore valoir que les rémunérations standard des revendeurs auraient de toute manière dû être réduites en raison de la situation régnant à l'époque sur le marché. On ne saurait imputer d'objet anticoncurrentiel au comportement parallèle de certaines entreprises si ce comportement peut s'expliquer par la structure du marché et par la situation économique qui y règne.

65. Cet argument n'emporte pas ma conviction et il ne l'emporterait pas même si l'appréciation faite par Vodafone de la situation sur le marché à l'époque litigieuse était correcte.



66. Certes, un comportement parallèle d'entreprises concurrentes ne s'explique pas nécessairement par une concertation contraire à la concurrence<sup>45</sup>. La situation générale du marché peut elle aussi conduire les entreprises concernées à s'adapter de façon similaire<sup>46</sup>.

67. Il peut cependant y avoir des incertitudes notables quant à la date exacte, l'ampleur et les modalités de l'adaptation que l'entreprise doit mettre en œuvre. Un échange d'informations susceptible d'éliminer ces incertitudes dans l'esprit des intéressés a un objet anticoncurrentiel. Or, c'est précisément un tel échange d'informations qui a eu lieu en l'espèce, d'après les indications qui nous ont été fournies, ce qui est une différence fondamentale entre la présente affaire et l'affaire Pâte de bois II invoquée par Vodafone<sup>47</sup>.

68. Les informations échangées au cours de la réunion de juin 2001 avaient en effet pour objet non pas tant *le fait qu'il* y aurait une adaptation de certaines commissions — chose

qui était apparemment déjà sue en ce qui concerne au moins l'un des concurrents — que *la façon dont* cette adaptation serait menée par les diverses entreprises, c'est-à-dire la date, l'ampleur et les modalités de la réduction de la commission standard des revendeurs.

69. Rien n'indique que le contexte économique en 2001 aurait exclu toute possibilité d'une concurrence efficace en ce qui concerne la date, l'ampleur et les modalités d'une éventuelle réduction des rémunérations standard des revendeurs<sup>48</sup>.

70. L'article 81 CE n'interdit pas aux opérateurs économiques d'orienter leur comportement suivant les données du marché en cause en s'adaptant intelligemment à la fois aux modifications éventuelles du cadre économique et juridique et à l'évolution du comportement d'autres entreprises<sup>49</sup>. Il interdit cependant toute adaptation aboutissant à contourner les règles du jeu de la libre concurrence, par exemple par le moyen d'une concertation des concurrents sur leur futur comportement sur le marché, qui permettrait d'échapper un tant soit peu à la pression résultant de la concurrence et aux aléas du marché.

45 — Arrêt du 31 mars 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission, dit «Pâte de bois II» (C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/86 à C-129/85, Rec. p. I-1307, point 126); voir, dans le même sens, arrêt Compagnie royale asturienne des mines et Rheinzink/Commission, précité (point 20 en combinaison avec le point 18).

46 — Voir également, en ce sens, les conclusions de l'avocat général Mayras présentées le 2 mai 1972 dans l'arrêt Imperial Chemical Industries/Commission, précité, auxquelles Vodafone se réfère. Pour qualifier un comportement de pratique concertée au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE (devenu l'article 81, paragraphe 1, CE), il faut, selon l'avocat général, que ce comportement «ne soit pas la conséquence ou du moins la *principale conséquence* de la structure et des conditions économiques du marché» (voir titre I, section I, D, de ces conclusions; les italiques figurent également dans l'original).

47 — Arrêt Pâte de bois II, précité; Vodafone s'appuie sur les points 85 à 88, 123 et 124 de cet arrêt, alors qu'ils ne contiennent aucune des considérations en droit de la Cour.

48 — Voir, en ce sens, arrêts du 29 octobre 1980, van Landewyck e.a./Commission (209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125, point 153); du 10 décembre 1985, Stichting Sigarettenuitvoerindustrie e.a./Commission (240/82 à 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 et 269/82, Rec. p. 3831, points 24 à 29), et Montecatini/Commission, précité (point 127).

49 — Arrêts précités Suiker Unie e.a./Commission (point 174); Züchner (point 14); Deere/Commission (point 87); Commission/Anic Partecipazioni (point 117); Hüls/Commission (point 160), et Asnef-Equifax (point 53).

71. Renoncer à appliquer l'article 81 CE à de telles pratiques aboutirait à protéger les concurrents contre la concurrence et à céder le pas aux intérêts des entreprises concernées au détriment de l'intérêt public à une concurrence non faussée [article 3, paragraphe 1, sous g), CE]. Or, le droit communautaire de la concurrence doit avoir pour objectif de protéger *non les concurrents, mais la concurrence*, car cela profitera également indirectement aux consommateurs et au public en général.

— L'échange d'informations commerciales confidentielles entre concurrents poursuit un objet contraire à la concurrence lorsqu'il est susceptible de contourner les règles du jeu de la concurrence en éliminant des incertitudes quant au comportement commercial projeté par les entreprises concernées.

c) Conclusion intermédiaire

72. À ce stade de mon analyse, nous pouvons donc retenir que:

— Une pratique concertée a un objet contraire à la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE lorsque, de par sa teneur et sa finalité et compte tenu de son contexte juridique et économique, elle est concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence au sein du marché commun. Il n'est pas nécessaire que la concurrence soit réellement empêchée, restreinte ou faussée ni qu'il y ait un lien direct entre la pratique concertée et les prix à la consommation.

2. Sur la deuxième question du renvoi: présomption d'un lien de causalité entre la concertation et le comportement sur le marché

73. La deuxième question préjudicielle vise à savoir, en substance, si les exigences à remplir pour prouver le lien de causalité entre la pratique concertée et le comportement sur le marché découlent exclusivement du droit communautaire ou — dans le respect de certaines limites de droit communautaire — du droit national.

74. Pour qu'il y ait pratique concertée au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, trois conditions doivent être remplies: premièrement, une concertation entre les entreprises en cause, deuxièmement, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation

et, troisièmement, un lien de cause à effet entre ces deux éléments<sup>50</sup>; mais il n'est pas nécessaire que le comportement en question entraîne une restriction concrète de la concurrence<sup>51</sup>.

75. La jurisprudence de la Cour établit une présomption réfragable selon laquelle, sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe aux opérateurs intéressés de rapporter, les entreprises participant à la concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché<sup>52</sup>.

76. La question du *College van Beroep voor het bedrijfsleven* vise à clarifier si cette *présomption de causalité*, appliquée au niveau communautaire, s'impose également aux autorités et tribunaux nationaux lorsqu'ils appliquent l'article 81 CE.

77. La question de savoir si et à quelles conditions un lien de causalité peut être présumé entre la concertation et le comportement sur le marché ressortit au droit de la

preuve. Certes, les questions de preuve sont souvent considérées comme relevant du droit matériel<sup>53</sup>. En l'espèce cependant, la notion de pratique concertée indique simplement *que* le comportement des entreprises concernées doit avoir pour cause une concertation. En revanche, la notion de pratique concertée au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE n'apporte aucune indication — quoi que le gouvernement néerlandais et la Commission en pensent — quant aux circonstances dans lesquelles le lien de causalité entre la concertation et le comportement sur le marché doit être considéré comme établi.

78. Dans les procédures mettant en cause des décisions prises par la Commission en matière de droit des ententes, le juge communautaire a généralement, en l'absence de réglementation expresse, tranché les questions relatives à la preuve en se référant à des principes généralement reconnus. C'est, en dernière analyse, en vertu du principe *necessitas probandi incumbit ei qui agit que*, en cas de litige sur l'existence d'une infraction aux règles de concurrence, il appartient à la Commission de rapporter la preuve des infractions qu'elle constate et d'établir les éléments de preuve propres à démontrer, à suffisance de droit, l'existence des faits constitutifs d'une infraction<sup>54</sup>. Dans ce

50 — Arrêts précités *Commission/Anic Partecipazioni* (point 118), et *Hüls/Commission* (point 161).

51 — Arrêts précités *Commission/Anic Partecipazioni* (point 124); *Hüls/Commission* (point 165); *Montecatini/Commission* (point 125), et *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commission* (point 139).

52 — Arrêts précités *Commission/Anic Partecipazioni* (points 121 et 126), et *Hüls/Commission* (points 162 et 167).

53 — Voir, dans un sens apparemment différent, arrêt du 17 juillet 1997, *GT-Link* (C-242/95, Rec. p. I-4449, point 23 en combinaison avec le point 26).

54 — Jurisprudence constante; voir, notamment, arrêts du 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe/Commission* (C-185/95 P, Rec. p. I-8417, point 58); *Commission/Anic Partecipazioni*, précité (point 135); *Hüls/Commission*, précité (point 154); *Montecatini/Commission*, précité (point 179), et du 6 janvier 2004, *BAI et Commission/Bayer* (C-2/01 P et C-3/01 P, Rec. p. I-23, point 62).

contexte, la Cour a même accepté la preuve par indices<sup>55</sup>.

79. En revanche, la Cour a précisé que l'application de l'article 86 du traité CE (devenu article 82 CE) par les autorités nationales est en principe régie par les règles du droit national<sup>56</sup>, y compris pour prouver une violation de l'article 86 du traité CE<sup>57</sup>. Rien ne justifie qu'il en soit autrement en ce qui concerne l'article 81 CE (ex-article 85 du traité CE)<sup>58</sup>, et ce indépendamment du point de savoir si les questions de preuve doivent être rattachées au droit matériel ou à la procédure.

80. Certes, il y a aujourd'hui l'article 2 du règlement n° 1/2003, qui soumet la *charge de la preuve* à une réglementation explicite valant également pour les procédures nationales d'application des articles 81 CE et 82 CE. Cependant, la présomption de causalité dont il s'agit ici ne concerne pas, malgré ce

qu'en pense la Commission, la charge de la preuve ou le renversement de cette charge<sup>59</sup>, mais le *niveau de preuve* requis<sup>60</sup>.

81. Le niveau de preuve requis dans la procédure nationale n'est toujours pas réglé par le droit communautaire. Cela apparaît de façon particulièrement nette si l'on examine l'article 2 à la lumière du préambule du règlement n° 1/2003. En effet, d'après son cinquième considérant, ce règlement n'affecte pas les dispositions nationales sur le niveau de preuve requis. Le droit communautaire n'empêche donc pas les juridictions nationales de se référer au droit interne pour déterminer le niveau de preuve requis dans le cadre de l'application des articles 81 CE et 82 CE, et ce sans considération du point de savoir si les questions relatives au niveau de preuve requis font partie du droit matériel ou du droit procédural.

82. Toutefois, dans le cadre de l'application des dispositions et principes nationaux en matière de niveau de la preuve, la juridiction

55 — Voir, également, arrêts Aalborg Portland e.a./Commission, précité (point 81); du 25 janvier 2007, Sumitomo Metal Industries et Nippon Steel/Commission (C-403/04 P et C-405/04 P, Rec. p. I-729, point 47), ainsi que Coop de France bétail et viande e.a./Commission, précité (point 88).

56 — Arrêt GT-Link, précité (point 23).

57 — Arrêt GT-Link, précité (point 26).

58 — Voir, en ce sens, arrêt du 10 novembre 1993, Otto (C-60/92, Rec. p. I-5683, point 14).

59 — Arrêts précités Hüls/Commission (point 155), et Montecatini/Commission (point 181).

60 — Le *niveau de preuve* permet de déterminer à quelles conditions un fait peut être considéré comme établi. Il se distingue de la *charge de la preuve*, qui n'est pas contestée en l'espèce. La partie qui a la *charge de la preuve* doit exposer les faits et apporter le cas échéant les preuves correspondantes (*charge subjective* ou *formelle* de la preuve, également dénommée charge d'administration de la preuve); d'autre part, la répartition de la charge de la preuve permet de dire qui porte le risque d'une éventuelle impossibilité d'élucider une situation de fait ou de prouver une affirmation (*charge objective* ou *matérielle* de la preuve). Voir, en complément, Kokott, J., *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten*, Berlin/Heidelberg, 1993, p. 12 et suiv.

nationale doit respecter certaines exigences minimales de droit communautaire, tirées, premièrement, du principe d'équivalence, deuxièmement, du principe d'effectivité et, troisièmement, des principes généraux du droit communautaire<sup>61</sup>.

83. Concernant le *principe d'équivalence*, les règles nationales sur le niveau de la preuve ne doivent pas être moins favorables que celles appliquées dans des procédures équivalentes régies par le droit de la concurrence national. Dans une affaire comme la présente, cela signifie que, pour la preuve d'une infraction à l'article 81 CE, l'autorité nationale de la concurrence ne doit pas être soumise à des exigences plus strictes que pour prouver une infraction à l'article 6 de la Mw. En l'espèce, le principe d'équivalence ne pose apparemment aucune difficulté particulière.

84. Concernant le *principe d'effectivité*, les règles nationales sur le niveau de la preuve ne doivent pas rendre impossible ou excessivement difficile la mise en œuvre des règles de

concurrence du traité CE. Par ailleurs, en cas de violation du droit communautaire, le droit national doit veiller à l'application de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives<sup>62</sup>.

85. Il faut considérer dans ce contexte, notamment, que les règles de concurrence des articles 81 CE et 82 CE sont appliquées depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004<sup>63</sup> dans un système décentralisé fortement tributaire de la coopération des administrations et des juridictions nationales<sup>64</sup>. Une importance déterminante à cet égard doit être attachée à la préservation de l'uniformité d'application des règles de concurrence dans la Communauté européenne. Il serait en effet contraire à la fois à l'objectif fondamental d'assurer des conditions de concurrence égales aux entreprises sur le marché intérieur européen et à l'ambition d'assurer une protection uniforme aux intérêts des consommateurs dans l'ensemble de la Communauté que la mise en œuvre des règles de concurrence énoncées aux articles 81 CE et 82 CE révèle de trop grands écarts entre les administrations et les tribunaux des États

61 — Voir, d'une part, la fin du cinquième considérant du règlement n° 1/2003, où il est précisé que les règles et obligations nationales doivent être compatibles avec les principes généraux du droit communautaire; voir, d'autre part, la jurisprudence — constante depuis l'arrêt du 16 décembre 1976, Rewe-Zentralfinanz et Rewe-Zentral (33/76, Rec. p. 1989, point 5) — sur l'applicabilité du principe d'équivalence et du principe d'effectivité dans les procédures de concurrence, en particulier les arrêts GT-Link, précité (point 26); du 20 septembre 2001, Courage et Crehan (C-453/99, Rec. p. I-6297, point 29); du 13 juillet 2006, Manfredi e.a. (C-295/04 à C-298/04, Rec. p. I-6619, points 62 et 71), et du 18 janvier 2007, City Motors Groep (C-421/05, Rec. p. I-653, point 34).

62 — Jurisprudence constante depuis l'arrêt du 21 septembre 1989, Commission/Grèce (68/88, Rec. p. 2965, points 23 et 24); voir, notamment, arrêts du 3 mai 2005, Berlusconi e.a. (C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Rec. p. I-3565, point 65), et du 4 juillet 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, Rec. p. I-6057, point 94).

63 — Cette date marque la transition vers le nouveau droit des ententes, conformément au règlement n° 1/2003 (voir son article 45, paragraphe 2).

64 — Voir, en particulier, les quatrième, sixième à huitième, vingt et unième et vingt-deuxième considérants du règlement n° 1/2003. Même pour la période antérieure au 1<sup>er</sup> mai 2004, la Cour avait déjà souligné l'obligation de loyauté incombant aux juridictions nationales en matière de droit de la concurrence (arrêt du 14 décembre 2000, Masterfoods et HB, C-344/98, Rec. p. I-11369, point 49).

membres. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'idée que les articles 81 CE et 82 CE doivent être appliqués de façon uniforme traverse comme un fil rouge tout le règlement n° 1/2003<sup>65</sup>.

86. Certes, rien de tout cela n'impose aux États membres d'adapter en tous points le niveau de preuve requis en droit interne pour constater une violation de l'article 81 CE au niveau de preuve exigé par les juridictions de la Communauté lorsqu'elles examinent la validité de décisions prises par la Commission au titre de l'article 81 CE. Comme le montre le cinquième considérant du règlement n° 1/2003, le législateur communautaire a délibérément accepté qu'il y ait certaines divergences dans la pratique des États membres<sup>66</sup>. Ainsi que KPN le souligne à juste titre, de telles divergences sont immanentes à un système décentralisé d'application du droit.

87. Il serait cependant incompatible avec le principe d'effectivité que des juridictions nationales subordonnent l'administration par des autorités nationales de la concurrence

ou par des requérants privés<sup>67</sup> de la preuve d'une infraction aux articles 81 CE ou 82 CE à des exigences tellement strictes que cette preuve en deviendrait excessivement difficile ou pratiquement impossible. En particulier les juridictions nationales n'ont-elles pas le droit de négliger les particularités propres à l'administration de la preuve dans le cadre de la constatation de la violation des règles de concurrence.

88. Ces particularités incluent le fait que, dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de la concurrence<sup>68</sup>. En effet, il est usuel que les activités et réunions que ces pratiques et ces accords comportent se déroulent de manière clandestine et que la documentation y afférente soit réduite au minimum<sup>69</sup>.

65 — Voir, en particulier, article 3, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 1/2003. Voir également les articles 11 et 16 de ce règlement ainsi que ses premier, quatorzième, dix-septième, dix-neuvième, vingt et unième et vingt-deuxième considérants.

66 — La jurisprudence allait d'ailleurs déjà ce sens; voir arrêts précités *Otto* (point 14, dernière phrase), et *GT-Link* (points 23 à 26).

67 — Concernant le «private enforcement» du droit de la concurrence, voir, en particulier, arrêts *Courage et Crehan*, ainsi que *Manfredi e.a.*, cités à la note 61; plus généralement, pour ce qui est de l'applicabilité du principe d'effectivité aux actions entamées pour faire valoir des prétentions de droit civil, voir encore arrêt du 15 janvier 2004, *Penycoed* (C-230/01, Rec. p. I-937, points 36 et 37).

68 — Sur l'article 81 CE, voir, notamment, arrêts *Aalborg Portland e.a./Commission*, précité (point 57); *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commission*, précité (points 94 et 135); du 21 septembre 2006, *Technische Unie/Commission* (C-113/04 P, Rec. p. I-8831, point 165), ainsi que *Sumitomo Metal Industries et Nippon Steel/Commission*, précité (point 51); sur l'article 82 CE, voir, notamment, arrêts du 13 juillet 1989, *Lucazeau e.a.* (110/88, 241/88 et 242/88, Rec. p. 2811, point 25), ainsi que *GT-Link*, précité (point 42).

69 — Arrêts précités *Aalborg Portland e.a./Commission* (point 55), ainsi que *Sumitomo Metal Industries et Nippon Steel/Commission* (point 51).

89. C'est notamment en raison de ces particularités du régime de la preuve des infractions aux règles de concurrence que l'administration ou le particulier ayant la charge de la preuve doit avoir la possibilité de tirer des conclusions fondées sur les règles d'expérience commune découlant du déroulement normal des choses. Il appartient alors à la partie adverse — normalement, l'entreprise accusée de violer la concurrence — de contester ces conclusions *prima facie* fondées sur les règles d'expérience commune et sur des événements ayant suivi un cours normal en présentant des preuves concluantes en sens contraire, faute de quoi lesdites conclusions seront réputées satisfaire aux exigences en matière de charge de la preuve<sup>70</sup>. Autrement dit, en amont même de la question de la répartition de la charge de la preuve, les parties sont tour à tour appelées à satisfaire à leur obligation d'exposer leurs thèses<sup>71</sup>.

90. D'ailleurs, la présomption de causalité entre la concertation et le comportement sur le marché, telle qu'elle est admise par la Cour pour les pratiques concertées, n'est rien d'autre qu'une conclusion licite tirée des règles d'expérience commune. Si une concertation entre deux ou plusieurs entreprises est établie et que ces entreprises font ensuite montre d'un comportement correspondant à cette concertation, il paraît normal de consi-

dérer qu'il y a un lien de causalité entre la concertation et le comportement sur le marché, à moins que les entreprises ne puissent, preuves contraires à l'appui, donner de leur comportement une autre explication convaincante<sup>72</sup>.

91. Partant, lorsque, comme en l'espèce, des concurrents échangent des vues sur une éventuelle réduction des commissions offertes à leurs revendeurs avant de procéder effectivement à des réductions plus ou moins parallèles, il serait contraire au bon sens de croire — à moins d'autres explications plausibles — que l'échange d'informations n'entre pas au moins pour partie dans la cause de leur comportement sur le marché<sup>73</sup>. En effet, normalement, il y a lieu de présumer que les entreprises participant à la concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché<sup>74</sup>.

70 — Voir, en ce sens, arrêt Aalborg Portland e.a./Commission, précité (point 79) ainsi que, dans un sens déjà analogue, arrêt Lucazeau e.a., précité (point 25).

71 — Voir également mes conclusions du 8 décembre 2005 dans l'affaire Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commission, précitée (point 73).

72 — Voir, en ce sens, arrêts précités Commission/Anic Partecipazioni (points 121 et 126), et Hüls/Commission (points 162 et 167); voir, également, point 66 des présentes conclusions et jurisprudence citée dans la note en bas de page 45.

73 — Voir à ce propos, une fois encore, points 64 à 71 des présentes conclusions.

74 — Arrêts précités Commission/Anic Partecipazioni (point 121), et Hüls/Commission (point 162).

92. Enfin, il faut rappeler que, dans le cadre de la poursuite et de la sanction des infractions aux articles 81 CE et 82 CE, les autorités et les juridictions nationales sont tenues de respecter les principes du droit communautaire et, en particulier, les droits fondamentaux reconnus au niveau communautaire<sup>75</sup>. Ces droits fondamentaux, qui sont applicables dans les procédures de sanction d'infractions aux règles de la concurrence, incluent la présomption d'innocence<sup>76</sup>, qui fait partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui peut également être déduite de l'article 6, paragraphe 2, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>77</sup>; récemment, elle a en outre été consacrée à l'article 48, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>78</sup>.

93. Ce n'est cependant pas violer la présomption d'innocence si, dans des procédures de concurrence, certaines conclusions sont tirées des règles d'expérience commune, pourvu

que les entreprises concernées gardent la possibilité de réfuter ces conclusions<sup>79</sup>. En effet, même le droit pénal classique admet la preuve par indices et le recours aux règles d'expérience commune.

94. En résumé, il y a lieu de constater que:

— Dans les procédures devant les juridictions nationales, le niveau de preuve requis pour établir l'existence d'une infraction à l'article 81 CE est celui fixé par le droit interne, compte tenu du principe d'équivalence, du principe d'effectivité et des principes généraux du droit communautaire.

— Le principe d'effectivité exclut de subordonner la preuve d'une infraction à l'article 81 CE à des exigences tellement strictes que cette preuve en deviendrait excessivement difficile ou pratiquement impossible. En particulier, les juridictions nationales ne doivent pas négliger les particularités propres à l'administration

75 — Arrêts du 13 avril 2000, *Karlsson e.a.* (C-292/97, Rec. p. I-2737, point 37), et du 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05, Rec. p. I-3633, point 45); voir également article 51, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

76 — Arrêts précités *Hüls/Commission* (points 149 et 150), et *Montecatini/Commission* (points 175 et 176).

77 — Signée à Rome le 4 novembre 1950.

78 — La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été solennellement proclamée une première fois le 7 décembre 2000 à Nice (JO C 364, p. 1) et une deuxième fois le 12 décembre 2007 à Strasbourg (JO C 303, p. 1). Même si elle ne produit pas encore, en tant que telle, d'effets contraignants comparables au droit primaire, elle fournit tout de même, en tant que source de référence juridique, des indications sur les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire; voir arrêt du 27 juin 2006, *Parlement/Conseil, dit «Regroupement familial»* (C-540/03, Rec. p. I-5769, point 38), et point 108 de mes conclusions du 8 septembre 2005 dans cette affaire; voir également arrêt du 13 mars 2007, *Unibet* (C-432/05, Rec. p. I-2271, point 37).

79 — Voir également, en ce sens, arrêts précités *Hüls/Commission* (point 155), et *Montecatini/Commission* (point 181), selon lesquels cette façon de procéder ne constitue pas un renversement indu de la charge de la preuve.



de la preuve dans le cadre de la constatation d'infractions aux règles de la concurrence et elles doivent permettre le recours aux règles d'expérience commune pour apprécier des événements se déroulant de façon normale.

longue période ou si elle s'applique également à une concertation restée isolée, pourvu que les entreprises y ayant participé poursuivent leur activité sur le marché.

- Sous réserve de la preuve contraire, qui incombe aux entreprises concernées, les juridictions nationales aussi doivent partir du postulat que les entreprises ayant participé à une concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché.

96. En toile de fond de cette question, il y a le fait que les représentants des opérateurs mobiles néerlandais ne se sont réunis qu'une seule fois, en juin 2001.

97. T-Mobile, KPN et Vodafone voient dans la présomption de causalité une exception d'interprétation restrictive, qui doit rester applicable aux seules concertations régulières entre entreprises, sans pouvoir être étendue à un acte isolé.

3. Sur la troisième question préjudicielle: la présomption du lien de causalité lorsque la concertation est restée isolée

98. Je ne partage pas ce point de vue.

95. Venant compléter la deuxième question, la troisième question vise à savoir, en substance, si la présomption de causalité entre la concertation et le comportement sur le marché ne peut s'appliquer qu'à une concertation qui s'est prolongée sur une

99. Les arrêts dans lesquels la Cour a reconnu la présomption de causalité ne permettent ni de dire que cette présomption serait une exception à la règle ni qu'elle ne s'appliquerait qu'aux concertations régulières ou multiples

entre entreprises. Bien au contraire, d'après la formulation retenue par la Cour, la présomption de causalité peut être considérée comme le cas normal. Elle «vaut» de façon très générale et n'est soumise qu'à une seule restriction: la preuve du contraire, qui incombe à l'entreprise concernée<sup>80</sup>.

100. La référence de la Cour à l'idée d'une concertation régulière au cours d'une longue période ne constitue pas une restriction supplémentaire à la présomption de causalité. Elle doit au contraire être interprétée en ce sens que cette présomption est encore renforcée lorsque des entreprises ont concerté leur comportement sur une base régulière au cours d'une longue période. Les termes «Il en sera d'autant plus ainsi lorsque [...]» le corroborent d'ailleurs<sup>81</sup>.

101. Je ne vois pas non plus que l'on puisse déduire une restriction générale à la présomption de causalité de la jurisprudence du

Tribunal de première instance invoquée par T-Mobile<sup>82</sup>, dans laquelle il s'agissait d'une participation à plusieurs réunions ayant un objet contraire à la concurrence.

102. À supposer qu'en distinguant dans l'affaire *Commission/Anic Partecipazioni*, précitée, entre la participation à une seule réunion et la participation à une série de réunions<sup>83</sup>, l'avocat général Cosmas ait songé à une forme moins poussée de présomption de causalité, force est de constater que la Cour ne l'a en tout cas pas suivi sur ce point.

103. Restreindre la portée de la présomption de causalité aux concertations régulières sur une longue période ne se justifie pas non plus d'un point de vue matériel. Selon moi, il n'y a en effet pas de règle d'expérience commune, selon laquelle un échange d'informations unique entre concurrents ne pourrait pas conduire à une concertation contraire à la concurrence, laquelle ne serait possible que dans le cadre de contacts réguliers et sur une longue période<sup>84</sup>. De même, la présomption d'innocence invoquée par certaines des parties n'impose pas de traiter, du point de

80 — Arrêts précités *Commission/Anic Partecipazioni* (point 121, première phrase), et *Hüls/Commission* (point 162, première phrase).

81 — Arrêts précités *Commission/Anic Partecipazioni* (point 121, deuxième phrase), et *Hüls/Commission* (point 162, deuxième phrase).

82 — Arrêt du 12 juillet 2001, *Tate & Lyle e.a./Commission* (T-202/98, T-204/98 et T-207/98, Rec. p. II-2035, point 66).

83 — Conclusions de l'avocat général Cosmas du 15 juillet 1997 dans l'affaire *Commission/Anic Partecipazioni*, précitée (point 56).

84 — La jurisprudence reconnaît d'ailleurs qu'une violation de l'article 81 CE peut résulter d'un acte isolé, d'une série d'actes ou d'un comportement continu; voir arrêts précités *Commission/Anic Partecipazioni* (point 81), et *Aalborg Portland e.a./Commission* (point 258).

vue de la causalité, une concertation isolée autrement qu'une concertation régulière sur une longue période.

104. Ainsi que le gouvernement néerlandais l'observe à juste titre, ce sont l'objet de la concertation et les circonstances propres au marché qui déterminent avec quelle fréquence, à quels intervalles et de quelle façon les concurrents doivent entrer en contact les uns avec les autres pour arriver à une concertation de leur comportement sur le marché.

105. Si les entreprises concernées créent une entente avec un système complexe, élaboré et établi dans la durée, de concertation sur un grand nombre d'aspects de leur comportement sur le marché, elles pourront avoir besoin de contacts réguliers sur une longue période. En revanche si, comme en l'espèce, la concertation est ponctuelle et concerne une harmonisation unique du comportement sur le marché pour un paramètre de concurrence isolé, une seule prise de contact pourra suffire pour réaliser l'objet anticoncurrentiel voulu par les entreprises concernées et, par conséquent, pour former la cause de leur comportement ultérieur sur le marché.

106. Le seul fait qu'il n'y a eu qu'une seule prise de contact ne signifie donc pas nécessairement que les preuves soient insuffisantes. Le seul point déterminant est en effet de savoir si la prise de contact — même s'il ne s'est agi que d'un échange d'informations isolé, à

l'occasion d'une réunion unique — a permis aux entreprises de concerter leur comportement sur le marché et d'aboutir ainsi à une coopération pratique se substituant au risque de la concurrence. En l'espèce, toutes les informations disponibles indiquent que tel a bien été le cas, puisque la première prise de contact a d'emblée été suivie d'une baisse des rémunérations standard des revendeurs.

107. Le nombre et la régularité des contacts entre les concurrents restent cependant un indice de la durée et de la gravité de l'infraction. Ils doivent être pris en compte pour calculer le montant d'une amende éventuelle<sup>85</sup> et ils peuvent intervenir dans la fixation d'éventuels dommages et intérêts pour des tiers, notamment si l'ordre juridique national applicable permet d'infliger des dommages et intérêts punitifs<sup>86</sup>.

108. En résumé, je constate que même s'il n'y a eu qu'une seule concertation, entre concurrents qui continuent d'opérer sur le marché, il est possible d'appliquer la présomption réfractable selon laquelle cette concertation a eu un impact sur leur comportement sur le marché. Cette présomption s'applique en particulier en présence d'une concertation ponctuelle concernant une harmonisation unique du comportement sur le marché pour un paramètre de concurrence isolé.

85 — Au niveau communautaire, cela résulte expressément de l'article 23, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003.

86 — Voir arrêt Manfredi e.a. (point 92).

## VI — Conclusion

109. Partant des considérations développées ci-dessus, je propose à la Cour de répondre aux questions posées par le College van Beroep voor het bedrijfsleven dans le sens suivant:

- «1) a) Une pratique concertée a un objet contraire à la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE lorsque, de par sa teneur et sa finalité et compte tenu de son contexte juridique et économique, elle est concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence au sein du marché commun. Il n'est pas nécessaire que la concurrence soit réellement empêchée, restreinte ou faussée ni qu'il y ait un lien direct entre la pratique concertée et les prix à la consommation.
- b) L'échange d'informations commerciales confidentielles entre concurrents poursuit un objet contraire à la concurrence lorsqu'il est susceptible de contourner les règles du jeu de la concurrence en éliminant des incertitudes quant au comportement commercial projeté par les entreprises concernées.
- 2) a) Dans les procédures devant les juridictions nationales, le niveau de preuve requis pour établir l'existence d'une infraction à l'article 81 CE est celui fixé par le droit interne, compte tenu du principe d'équivalence, du principe d'effectivité et des principes généraux du droit communautaire.

- b) Le principe d'effectivité exclut de subordonner la preuve d'une infraction à l'article 81 CE à des exigences tellement strictes que cette preuve en deviendrait excessivement difficile ou pratiquement impossible. En particulier, les juridictions nationales ne doivent pas négliger les particularités propres à l'administration de la preuve dans le cadre de la constatation d'infractions aux règles de la concurrence et elles doivent permettre le recours aux règles d'expérience commune pour apprécier des événements se déroulant de façon normale.
  
  - c) Sous réserve de la preuve contraire, qui incombe aux entreprises concernées, les juridictions nationales aussi doivent partir du postulat que les entreprises ayant participé à une concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché.
- 3) Même s'il n'y a eu qu'une seule concertation, entre concurrents qui continuent d'opérer sur le marché, il est possible d'appliquer la présomption réfragable selon laquelle cette concertation a eu un impact sur leur comportement sur le marché. Cette présomption s'applique en particulier en présence d'une concertation ponctuelle concernant une harmonisation unique du comportement sur le marché pour un paramètre de concurrence isolé.»