



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. GIOVANNI PITRUZZELLA

présentées le 3 juin 2021¹

Affaires C-697/19 P à C-700/19 P

Sony Corporation et Sony Electronics Inc. (C-697/19 P)

Sony Optiarc Inc. et Sony Optiarc America Inc. (C-698/19 P)

Quanta Storage Inc. (C-699/19 P)

Toshiba Samsung Storage Technology Corp.,

Toshiba Samsung Storage Technology Korea Corp. (C-700/19 P)

contre

Commission européenne

« Pourvoi – Concurrence – Ententes – Lecteurs de disques optiques – Décision constatant une infraction à l'article 101 TFUE et à l'article 53 de l'accord EEE – Accords collusoires portant sur des appels d'offres organisés par deux fabricants d'ordinateurs – Infraction unique et continue – Infractions distinctes qui la composent – Obligation de motivation – Violation des droits de la défense – Calcul du montant des amendes – Lignes directrices de 2006 pour le calcul du montant des amendes – Principes d'égalité de traitement et de proportionnalité »

1. Les présentes conclusions concernent quatre pourvois formés par des fournisseurs de lecteurs de disques optiques (Sony Corporation et Sony Electronics Inc., Sony Optiarc Inc. et Sony Optiarc America Inc., Quanta Storage Inc., Toshiba Samsung Storage Technology Corp. et Toshiba Samsung Storage Technology Korea Corp., ci-après les « requérantes ») tendant à l'annulation de quatre arrêts par lesquels le Tribunal de l'Union européenne² a rejeté leurs recours contre la décision C(2015) 7135 final de la Commission, du 21 octobre 2015, relative à une procédure d'application de l'article 101 TFUE et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire AT.39639 – Lecteurs de disques optiques (ci-après la « décision attaquée »)³.

2. La Cour a expressément demandé l'approfondissement de deux questions juridiques, communes dans une large mesure à toutes les affaires ; les présentes conclusions s'articuleront donc autour de ces sujets spécifiques : 1) la méthode par laquelle la Commission invoque, outre une infraction unique et continue, également des infractions distinctes, qui tendent à constituer

¹ Langue originale : l'italien.

² Arrêts du 12 juillet 2019, Sony et Sony Electronics/Commission (T-762/15, ci-après l'« arrêt attaqué », EU:T:2019:515) ; Sony Optiarc et Sony Optiarc America/Commission (T-763/15, non publié, EU:T:2019:517) ; Quanta Storage/Commission (T-772/15, non publié, EU:T:2019:519), ainsi que Toshiba Samsung Storage Technology et Toshiba Samsung Storage Technology Korea/Commission (T-8/16, EU:T:2019:522) (ci-après, pris ensemble, les « arrêts attaqués »).

³ Résumé de la décision (JO 2016, C 484, p. 27).

cette infraction unique et continue, sans pour autant apporter une motivation indépendante de celle qu'elle a développée pour caractériser l'infraction unique et continue ; 2) la question du calcul de la sanction en cas de ventes entre les membres de l'entente ou de partage des recettes.

3. C'est l'occasion pour la Cour, en premier lieu, de faire le point sur la relation entre infraction unique et comportements distincts au regard spécifique des obligations de motivation dans la décision finale et des droits de la défense des parties à la procédure et, en second lieu, de clarifier les limites du pouvoir d'appréciation de la Commission au regard des principes d'égalité de traitement et de proportionnalité en cas de ventes entre les membres de l'entente ou de partage des recettes.

4. La description des faits de l'affaire, commune aux quatre pourvois, sera synthétique et visera exclusivement à analyser les questions que la Cour m'a demandé d'approfondir⁴.

I. Les faits

5. Le 14 janvier 2009, la Commission a reçu une demande d'immunité au titre de sa communication sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, demande introduite par Philips⁵. Les 29 janvier et 2 mars 2009, cette demande a été complétée afin d'y inclure, aux côtés de Philips, Lite-On et leur entreprise commune, Philips & Lite-On Digital Solutions Corporation.

6. Le 29 juin 2009, la Commission a adressé une demande de renseignements aux entreprises actives dans le secteur des lecteurs de disques optiques (ci-après les « LDO »). Le 30 juin 2009, la Commission a accordé l'immunité conditionnelle à Philips, Lite-On et Philips & Lite-On Digital Solutions Corporation. Les 4 et 6 août 2009, Hitachi-LG Data Storage Inc. et Hitachi-LG Data Storage Korea Inc. ont présenté à la Commission une demande de réduction de l'amende au titre de cette communication.

7. Le 18 juillet 2012, la Commission a adressé une communication des griefs (ci-après la « communication des griefs ») à treize fournisseurs de LDO, dont Sony Corporation et Sony Electronics, Sony Optiarc et Sony Optiarc America, Quanta Storage, Toshiba Samsung Storage Technology et Toshiba Samsung Storage Technology Korea.

8. La Commission alléguait que ces sociétés avaient enfreint l'article 101 TFUE et l'article 53 de l'accord sur l'Espace économique européen (EEE), en participant à une entente, concernant les LDO, s'étendant du 5 février 2004 au 29 juin 2009, laquelle consistait à coordonner leur comportement à l'égard des appels d'offres organisés par deux fabricants d'ordinateur, Dell et HP.

9. Le 21 octobre 2015, la Commission a adopté la décision attaquée.

10. Dans la décision attaquée, la Commission a établi que les participants à l'entente avaient coordonné leur comportement concurrentiel au moins du 23 juin 2004 au 25 novembre 2008. La Commission a précisé que cette coordination s'était faite au moyen d'un réseau de contacts

⁴ Pour leur description détaillée, je renvoie aux arrêts attaqués et, plus précisément, aux points 1 à 37 de l'arrêt rendu dans les affaires T-762/15 et T-763/15 et aux points 1 à 32 de l'arrêt rendu dans les affaires T-772/15 et T-8/16.

⁵ JO 2006, C 298, p. 17.

bilatéraux parallèles. La Commission a indiqué que les participants à l'entente cherchaient à adapter leurs volumes sur le marché et à faire en sorte que les prix restent à des niveaux plus élevés qu'ils ne l'auraient été en l'absence de ces contacts bilatéraux.

11. Dans la décision attaquée, la Commission a précisé que la coordination entre les participants à l'entente concernait les comptes clients de Dell et de HP, les deux plus importants opérateurs sur le marché mondial des ordinateurs. Selon la Commission, en plus des négociations bilatérales avec leurs fournisseurs de LDO, Dell et HP appliquaient des procédures d'appels d'offres standardisées, qui avaient lieu au moins chaque trimestre. La Commission a constaté que les membres du cartel ont utilisé leur réseau de contacts bilatéraux pour manipuler ces procédures d'appels d'offres, contrecarrant ainsi les tentatives de leurs clients de stimuler la concurrence par les prix.

12. Pour calculer le montant de l'amende infligée aux requérantes, la Commission s'est basée sur les lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101 et 102 TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1) (ci-après les « lignes directrices pour le calcul des amendes »)⁶.

13. En premier lieu, pour déterminer le montant de base de l'amende, la Commission a considéré que, compte tenu des différences considérables dans la durée de participation des fournisseurs et afin de mieux traduire l'incidence réelle de l'entente, il était approprié de recourir à une moyenne annuelle calculée sur la base de la valeur réelle des ventes réalisées par les entreprises durant les mois civils complets de leur participation respective à l'infraction. La Commission a ainsi expliqué avoir calculé la valeur des ventes sur la base des ventes de LDO destinés aux ordinateurs portables et aux ordinateurs de bureau, facturés aux entités de HP et de Dell situées dans l'EEE.

14. La Commission a, par ailleurs, considéré que, étant donné que le comportement anticoncurrentiel à l'égard de HP avait commencé plus tard et afin de tenir compte de l'évolution de l'entente, la valeur des ventes pertinente serait calculée séparément pour HP et pour Dell, et que deux coefficients multiplicateurs en fonction de la durée seraient appliqués.

15. En ce qui concerne Sony Corporation, Sony Electronics, Sony Optiarc et Sony Optiarc America, leur participation dans les contacts à l'égard de HP n'ayant pas été établie, la Commission n'a retenu leur responsabilité que pour leur coordination à l'égard de Dell.

16. En second lieu, la Commission a décidé que, dès lors que les accords de coordination des prix comptaient, de par leur nature même, parmi les infractions les plus graves à l'article 101 TFUE et à l'article 53 de l'accord EEE, et que l'entente s'étendait au moins à l'EEE, le pourcentage appliqué au titre de la gravité en l'espèce serait de 16 % pour tous les destinataires de la décision attaquée.

17. Par ailleurs, la Commission a indiqué que, eu égard aux circonstances de l'espèce, elle avait décidé d'ajouter un montant à des fins dissuasives de 16 %.

18. La Commission a réduit le montant de l'amende infligée à Sony Electronics, à Sony Optiarc et à Sony Optiarc America de 3 % pour tenir compte du fait qu'elles n'avaient pas connaissance de la partie de l'infraction unique et continue afférente à HP, afin de refléter de manière appropriée et suffisante la nature moins grave de leur comportement.

⁶ JO 2006, C 210, p. 2.

19. La Commission a considéré que, Sony Corporation et Sony Electronics ayant réalisé un chiffre d'affaires mondial de 59 252 000 000 euros au cours de l'exercice précédant l'adoption de la décision attaquée, il était approprié d'appliquer au montant de base un coefficient multiplicateur de 1,2.

20. Enfin, le montant de base adapté de l'amende infligée à Toshiba Samsung Storage Technology et Toshiba Samsung Storage Technology Korea ayant atteint le seuil maximal de 10 % de leur chiffre d'affaires, la Commission a dû procéder à un ajustement supplémentaire sur le fondement de l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003.

21. Le dispositif de la décision attaquée, pour autant qu'il concerne les sociétés ayant participé à l'entente, se lit comme suit :

« Article 1^{er}

Les entreprises suivantes ont enfreint l'article 101 TFUE et l'article 53 de l'accord EEE en participant, durant les périodes indiquées, à une infraction unique et continue, composée de plusieurs infractions distinctes, dans le secteur des lecteurs de disques optiques couvrant l'ensemble de l'EEE, qui a consisté en des accords de coordination des prix :

[...]

- e) Toshiba Samsung Storage Technology et Toshiba Samsung Storage Technology Korea du 23 juin 2004 au 17 novembre 2008, pour leur coordination en ce qui concerne Dell et HP ;
- f) Sony Corporation et Sony Electronics du 23 août 2004 au 15 septembre 2006, pour leur coordination à l'égard de Dell ;
- g) Sony Optiarc [...] du 25 juillet 2007 au 29 octobre 2008, Sony Optiarc America [...] du 25 juillet 2007 au 31 octobre 2007, pour leur coordination à l'égard de Dell ;
- h) Quanta Storage du 14 février 2008 au 28 octobre 2008, pour sa coordination à l'égard de Dell et HP.

[...]

Article 2

Les amendes suivantes sont infligées pour l'infraction visée à l'article 1^{er} :

[...]

- e) Toshiba Samsung Storage Technology et Toshiba Samsung Storage Technology Korea, solidairement responsables : 41 304 000 euros ;
- f) Sony Corporation et Sony Electronics, solidairement responsables : 21 024 000 euros ;
- g) Sony Optiarc [...] : 9 782 000 euros, dont 5 433 000 euros solidairement responsable avec Sony Optiarc America [...] ;
- h) Quanta Storage : 7 146 000 euros. »

II. La procédure devant le Tribunal et les arrêts attaqués

22. Par requêtes introductives d'instance déposées au greffe du Tribunal respectivement le 29 décembre 2015, le 31 décembre 2015 et le 5 janvier 2016, les requérantes ont introduit quatre recours distincts, enregistrés sous les numéros d'affaires T-762/15, T-763/19, T-772/15, T-8/16, tendant, à titre principal, à l'annulation de la décision attaquée en ce qu'elle les concerne et, à titre subsidiaire, à la réduction du montant de l'amende infligée.

23. Par les arrêts attaqués, le Tribunal a rejeté l'ensemble des moyens soulevés par les requérantes et, partant, les recours dans leur intégralité.

III. La procédure devant la Cour et les conclusions des parties

24. Par leurs pourvois, les requérantes demandent à la Cour, à titre principal, d'annuler les arrêts attaqués, de faire droit aux conclusions présentées en première instance et de condamner la Commission aux dépens. Les requérantes demandent, à titre subsidiaire, si l'état de la procédure ne permet pas à la Cour de statuer, de renvoyer l'affaire devant le Tribunal et de réserver les dépens de la procédure de première instance et de pourvoi.

25. La Commission demande à la Cour de rejeter les pourvois formés par les requérantes et de les condamner aux dépens.

IV. Analyse⁷

26. À l'appui de leurs pourvois, les requérantes dans les affaires C-697/19 P et C-698/19 P invoquent quatre moyens, dont le contenu est quasiment identique et qui sont tirés : de l'appréciation par le Tribunal de l'existence d'une infraction unique et continue, de la durée de l'infraction unique et continue, de la définition de l'infraction unique et continue, et du montant de l'amende infligée.

27. À l'appui de son pourvoi, la requérante dans l'affaire C-699/19 P invoque cinq moyens relatifs : à l'appréciation par le Tribunal du dispositif de la décision attaquée, qui indique que l'infraction unique et continue reprochée aux requérantes est constituée de plusieurs infractions distinctes, à la circonstance que certains éléments de preuve auraient été dénaturés, à la durée de la participation de la requérante à l'infraction unique et continue, à la prétendue connaissance par la requérante d'une infraction unique et continue, et au montant de l'amende infligée.

28. À l'appui de leur pourvoi, les requérantes dans l'affaire C-700/19 P invoquent quatre moyens relatifs : à l'appréciation par le Tribunal du dispositif de la décision attaquée, qui précise que l'infraction unique et continue invoquée est constituée de plusieurs infractions distinctes, à l'existence d'une infraction unique et continue, à la violation des droits de la défense, et à la compétence de la Commission.

29. À titre liminaire, je relève que les quatre requêtes présentent des argumentations presque analogues dans certains moyens⁸.

⁷ Toutes les italiques utilisées dans le texte ont été ajoutées par mes soins.

⁸ Dans le troisième moyen des affaires C-697/19 P et C-698/19 P et dans le premier moyen des affaires C-699/19 P et C-700/19 P.

30. En effet, les requérantes partagent les griefs tirés du dispositif de la décision attaquée, dans lequel la Commission a constaté une infraction unique et continue en ajoutant l'incise « composée de plusieurs infractions distinctes ». Selon les requérantes, cette « double qualification » – infraction unique et continue et infractions distinctes – n'était pas clairement indiquée dans la communication des griefs et n'était pas suffisamment motivée dans la décision attaquée.

31. Plusieurs requérantes contestent également le calcul de la sanction en invoquant notamment une prétendue violation des principes de proportionnalité et d'égalité de traitement.

32. Conformément à ce que demande la Cour, mon analyse se concentrera en premier lieu sur la question de la double qualification, qui est, comme nous l'avons vu, commune à toutes les requérantes, et sur les moyens qui s'y rapportent (A), en deuxième lieu, j'approfondirai le quatrième moyen du pourvoi dans les affaires C-697/19 P et C-698/19 P, moyen relatif à la détermination de la sanction (B).

A. La double qualification

1. Résumé des arguments des parties

a) Concernant la violation des droits de la défense

33. Les requérantes font valoir que les arrêts attaqués sont entachés d'erreurs de droit, en ce que le Tribunal a conclu que la Commission n'avait pas violé leurs droits de la défense en leur imputant, pour la première fois dans la décision attaquée, une participation à plusieurs infractions distinctes.

34. La communication des griefs décrivait, notamment aux points 310, 317 et 318, l'existence d'une infraction unique et continue. Toutefois, dans la décision attaquée, la Commission a considéré, pour la première fois, que l'infraction unique et continue était composée de plusieurs infractions distinctes.

35. Cette décision s'écarte donc substantiellement de la qualification figurant dans la communication des griefs et, par conséquent, les requérantes n'ont pas été mises en mesure, avant l'adoption de ladite décision, de contester la qualification de chaque contact en tant qu'infraction séparée et autonome. En procédant de la sorte, le Tribunal aurait ignoré l'arrêt du 6 décembre 2012, *Commission/Verhuizingen Coppens* (C-441/11 P, EU:C:2012:778), et l'arrêt du Tribunal du 10 octobre 2014, *Soliver/Commission* (T-68/09, EU:T:2014:867).

36. En outre, les différentes combinaisons de contacts anticoncurrentiels indiquées dans la communication des griefs auraient pu donner lieu à de nombreuses infractions. Dès lors, même à considérer que les faits, et les preuves y afférentes, avaient déjà été exposés dans la communication des griefs, la qualification juridique que la Commission entendait donner à ces faits ne figure pas dans la communication des griefs. Il s'ensuit que les requérantes n'ont pas pu se défendre parce qu'elles n'ont pas compris la qualification retenue pour chaque infraction possible.

37. Dans ses observations, la Commission rappelle, à titre liminaire, que le Tribunal a confirmé la décision attaquée en ce qui concerne l'infraction unique et continue ainsi que l'amende. Les arguments avancés par les requérantes concernant la partie du dispositif dans laquelle il est affirmé, à titre incident, que l'infraction unique et continue consiste en plusieurs infractions distinctes seraient donc irrecevables.

38. Ensuite, la Commission soutient que c'est à bon droit que le Tribunal a rejeté les griefs tirés par les requérantes d'une prétendue violation de leurs droits de la défense. Les requérantes fondent leurs arguments sur une prémisse factuelle erronée. Il ressort clairement des arrêts attaqués que, par la communication des griefs, elle les avait déjà informées de chaque infraction. L'allégation des requérantes selon laquelle la Commission ne les a pas entendues au sujet des infractions individuelles est contredite par la formulation claire des considérants 353, 354 et 375 de la communication des griefs et repose sur une lecture erronée de la jurisprudence, la Cour ayant déjà jugé qu'un ou plusieurs éléments d'une série d'actes ou d'un comportement continu peuvent constituer en eux-mêmes une violation de l'article 101 TFUE.

39. Les requérantes, poursuit la Commission, ont été entendues tant sur l'infraction unique et continue que sur les infractions individuelles qui la composent, de sorte que leurs droits de la défense ne sauraient être considérés comme violés. Au cours de la procédure administrative, les requérantes ont eu la possibilité de comprendre qu'elles avaient également été accusées de comportements distincts constituant l'infraction unique et continue.

b) Concernant l'infraction unique et continue nécessairement composée de plusieurs infractions distinctes

40. Les requérantes font valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit en considérant qu'une infraction unique et continue est nécessairement composée de plusieurs infractions distinctes.

41. En considérant qu'une infraction unique et continue est nécessairement constituée d'infractions distinctes, le Tribunal est parvenu à une conclusion contraire à sa propre jurisprudence⁹ et à celle de la Cour¹⁰, qui ne prend en considération que la possibilité, et non la nécessité, qu'une infraction unique et continue soit constituée par des infractions distinctes.

42. Selon la Commission, les requérantes auraient dénaturé la teneur des arrêts attaqués. Le Tribunal s'est borné à considérer qu'une infraction unique et continue suppose une « série d'actes » pouvant, à eux seuls, être qualifiés d'infractions distinctes. Le Tribunal a ajouté que, en l'espèce, l'infraction unique et continue consistait effectivement en des infractions distinctes sur lesquelles les requérantes avaient été entendues.

c) Concernant la motivation insuffisante et contradictoire

43. Les requérantes considèrent que le Tribunal a commis une erreur de droit en concluant que la décision attaquée est suffisamment motivée en ce qui concerne l'existence de plusieurs infractions distinctes.

⁹ Voir arrêt du 10 octobre 2014, Soliver/Commission (T-68/09, EU:T:2014:867).

¹⁰ Voir arrêt du 26 janvier 2017, Villeroy & Boch Belgium/Commission (C-642/13 P, EU:C:2017:58, point 54).

44. La motivation ne leur a pas permis de bien comprendre la mesure adoptée, n'exposait pas les justifications de la mesure prise et présentait des contradictions internes¹¹.

45. Dans la décision attaquée, la Commission n'a expliqué ni la nature et la portée de ces infractions distinctes ni leur qualification en tant qu'accord ou que pratique concertée au sens de l'article 101 TFUE. En outre, le Tribunal n'a pas expliqué les justifications et les preuves à l'appui de chaque qualification ni indiqué les entreprises responsables de chaque infraction.

46. La Commission estime, dans sa réponse, que ces arguments doivent être rejetés.

47. Selon elle, les requérantes pouvaient comprendre les justifications de la décision et avaient la possibilité d'exposer leurs arguments concernant chacun des contacts anticoncurrentiels qui leur ont été imputés.

48. La Commission ajoute ensuite que, une fois établie l'existence des éléments d'une violation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il est indifférent que la forme de la collusion soit qualifiée d'accord ou de pratique concertée¹². En outre, selon la Commission, le Tribunal a eu raison de considérer que les requérantes avaient affirmé à tort que, dans la décision attaquée, elle aurait dû qualifier individuellement les infractions distinctes d'« accords » ou de « pratiques concertées ».

2. Analyse

49. La question juridique sur laquelle je concentrerai mon analyse est le bien-fondé ou non de la partie de l'arrêt attaqué dans laquelle le Tribunal a jugé compatible avec le droit de l'Union la formule adoptée par la Commission dans le dispositif de la décision en cause aujourd'hui.

50. En particulier, par le troisième moyen dans les affaires C-697/19 P et C-698/19 P et par le premier moyen dans les affaires C-699/19 P et C-700/19 P, la Cour est invitée à examiner si le Tribunal a commis une erreur de droit en rejetant les arguments des requérantes selon lesquels la Commission aurait violé leurs droits de la défense en leur faisant grief, pour la première fois dans la décision attaquée, d'avoir participé à plusieurs infractions distinctes.

51. Dans sa décision finale, après avoir constaté une infraction à l'article 101 TFUE et à l'article 53 de l'accord EEE en raison de la participation des parties impliquées dans une infraction unique et continue pendant les périodes indiquées, la Commission a ajouté que cette infraction unique et continue était « composée » de plusieurs infractions distinctes.

52. Confirmant la décision rendue par la Commission, le Tribunal a affirmé dans l'arrêt attaqué que « [l]a notion d'infraction unique et continue *suppose un ensemble de comportements* adoptés par différentes parties poursuivant un même but économique anticoncurrentiel » (point 238), qu'« [i]l résulte ainsi de la notion même d'infraction unique et continue qu'elle suppose un ensemble de comportements. Les requérantes ne peuvent donc prétendre que la Commission a modifié ses conclusions en retenant, en sus d'une infraction unique et continue, plusieurs contacts bilatéraux, étant donné que ce sont justement ces contacts bilatéraux qui constituent ladite infraction unique » (point 239), et qu'« [i]l n'y avait donc aucune incohérence, au

¹¹ Arrêt du 16 décembre 2015, Singapore Airlines et Singapore Airlines Cargo Pte/Commission (T-43/11, non publié, EU:T:2015:989).

¹² Voir arrêt du 23 novembre 2006, Asnef-Equifax et Administración del Estado (C-238/05, EU:C:2006:734, points 30 à 32).

considérant 352 de la décision attaquée, en ce que la Commission y a indiqué que les contacts constituaient des infractions individuelles et répondaient simultanément aux critères d'une infraction unique et continue » (point 240)¹³.

53. Le Tribunal semble donc soutenir la thèse selon laquelle l'infraction unique et continue supposerait une pluralité de comportements illégaux et, par conséquent, que le fait que, dans la communication des griefs, la Commission n'ait expressément reproché aux parties que l'infraction unique et continue ne l'empêcherait pas, dans la décision finale, de considérer également comme illégaux du point de vue concurrentiel les différents comportements qui composent l'infraction unique et continue.

54. Il en résulterait, selon les parties, que la Commission, avec l'aval du Tribunal, a considéré comme étant des infractions à la concurrence tant l'infraction unique et continue que les différents comportements successifs qui ont eu lieu entre les entreprises concurrentes pendant la période indiquée aux fins de l'infraction unique.

55. Je considère qu'il est nécessaire, pour évaluer la portée de ces déclarations de principe, d'analyser la notion d'« infraction unique et continue » dans la jurisprudence de la Cour, pour voir si ce que le Tribunal affirme à l'appui du bien-fondé de la décision de la Commission est compatible avec celle-ci, et cela aussi bien sous l'angle des droits de la défense des parties à la procédure et au litige que sous l'angle de l'adéquation de la motivation de la Commission et, en dernière analyse, du Tribunal.

56. En substance, les questions à examiner portent sur : a) la nécessité ou non pour la Commission de qualifier juridiquement chaque acte collusoire en cas d'infraction unique et continue ; b) la portée effective à accorder aux différentes expressions utilisées (infractions, comportements, contacts, actions) ; c) la mesure dans laquelle la décision finale de la Commission peut s'écarter de la communication des griefs ; d) les conséquences que la formule utilisée peut entraîner sur l'application du droit non seulement dans la sphère publique (*public enforcement*), mais également dans la sphère privée (*private enforcement*).

57. Selon une jurisprudence constante, une violation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE peut résulter non seulement d'un acte isolé, mais également d'une série d'actes ou bien encore d'un *comportement continu, quand bien même un ou plusieurs éléments de cette série d'actes ou de ce comportement continu pourraient également constituer, en eux-mêmes et pris isolément, une violation de cette disposition*. Ainsi, lorsque les différentes actions s'inscrivent dans un « *plan d'ensemble* », en raison de leur *objet identique faussant le jeu de la concurrence* à l'intérieur du marché commun, la Commission est en droit d'imputer la responsabilité de ces actions en fonction de la participation à l'infraction considérée dans son ensemble¹⁴.

58. Une entreprise ayant participé à une telle infraction unique et complexe par des comportements qui lui étaient propres, qui relevaient de notions d'accord ou de pratique concertée ayant un objet anticoncurrentiel au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE et qui visaient à contribuer à la réalisation de l'infraction dans son ensemble, peut ainsi être également responsable des comportements mis en œuvre par d'autres entreprises dans le cadre de la même

¹³ « Chaque manifestation du comportement adopté à l'égard des clients concernés (Dell ou HP) ou chaque groupe (ou pluralité de groupes) de contacts bilatéraux a eu pour objet de restreindre la concurrence et constitue en conséquence une infraction à l'article 101, paragraphe 1, TFUE » (considérant 352 de la décision attaquée).

¹⁴ En ce sens, même si cet arrêt renvoie à l'article 81, paragraphe 1, CE, antérieurement en vigueur, voir arrêt du 24 juin 2015, *Fresh Del Monte Produce/Commission et Commission/Fresh Del Monte Produce* (C-293/13 P et C-294/13 P, EU:C:2015:416, point 156).

infraction pour toute la période de sa participation à ladite infraction. Tel est le cas *lorsqu'il est établi que ladite entreprise entendait contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait eu connaissance des comportements infractionnels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque*¹⁵.

59. La participation d'une entreprise à une infraction unique et continue n'exige pas sa participation directe à l'ensemble des comportements anticoncurrentiels composant cette infraction et il n'est pas non plus exigé que toutes les entreprises participant à une infraction unique et continue soient actives sur le même marché¹⁶.

60. Il ressort de ce qui précède que, pour pouvoir considérer qu'une entreprise a participé à une infraction unique au droit de la concurrence de l'Union, il doit être établi : 1) que cette entreprise entendait contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et 2) qu'elle avait connaissance des comportements infractionnels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque¹⁷.

61. La notion d'« infraction unique et continue » suppose donc l'existence d'un « plan d'ensemble », dans lequel s'inscrivent différents actes, en raison de leur objet identique consistant à fausser le jeu de la concurrence dans le marché intérieur, et ce indépendamment du fait qu'un ou plusieurs de ces actes puissent également constituer en eux-mêmes et pris isolément une violation de l'article 101 TFUE.

62. C'est précisément là, à mon sens, que réside le nœud de la présente affaire : l'infraction unique et continue constitue un *comportement continu* composé d'une série *d'actes ou de comportements* (dans le cas d'ententes telles que celles en cause dans la présente procédure, des *contacts* entre plusieurs entreprises), mais n'est pas la somme algébrique d'une pluralité de *comportements infractionnels* commis en violation de l'article 101 TFUE.

63. Certains comportements, actes ou contacts, intervenus pendant la période indiquée pour l'infraction unique et continue, pourraient ne pas être en tant que tels des infractions aux règles de la concurrence ou il pourrait s'avérer, au cours de la procédure, que leur existence matérielle ou juridique n'est pas pleinement établie.

64. Quelle est l'idée sous-jacente à l'introduction de la théorie de l'infraction unique et continue ?

65. La théorie de l'« infraction unique et continue » trouve son origine dans une notion largement répandue dans les ordres juridiques des États membres de l'Union européenne, notion relative à l'imputation de la responsabilité pour les infractions commises par plusieurs auteurs en fonction de leur participation à une infraction dans son ensemble¹⁸.

¹⁵ En ce sens, même si cet arrêt renvoie à l'article 81, paragraphe 1, CE, antérieurement en vigueur, voir arrêt du 6 décembre 2012, Commission/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, point 42 et jurisprudence citée).

¹⁶ Voir arrêt du 22 octobre 2020, Silver Plastics et Johannes Reifenhäuser/Commission (C-702/19 P, EU:C:2020:857, points 81 et 82). Voir également arrêt du 26 janvier 2017, Villeroy & Boch/Commission (C-644/13 P, EU:C:2017:59, point 47 et jurisprudence citée).

¹⁷ Voir arrêt du 24 septembre 2020, Prysmian et Prysmian Cavi e Sistemi/Commission (C-601/18 P, EU:C:2020:751, point 130). Voir, en ce sens, également arrêt du 26 septembre 2018, Infineon Technologies/Commission (C-99/17 P, EU:C:2018:773, point 172 et jurisprudence citée).

¹⁸ Voir arrêt du 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, point 84).

66. Cette théorie joue le rôle d'une présomption légale par laquelle la Commission (ou une autorité nationale de concurrence) peut établir qu'une violation unitaire du droit de la concurrence pendant une certaine période et à l'égard d'un nombre spécifique d'entreprises résulte « non seulement d'un acte isolé, mais également d'une série d'actes ou bien encore d'un comportement continu »¹⁹.

67. Certes, l'application par la Commission de la théorie de l'« infraction unique et continue » facilite son rôle d'autorité chargée de faire respecter l'article 101, paragraphe 1, TFUE, surtout en ce qui concerne les accusations de collusion entre plusieurs parties.

68. Une infraction constituée par un modèle de comportement « unique et continu » pendant une certaine période répond à une série de questions pratiques épineuses susceptibles de naître dans toute accusation complexe de collusion en ce qui concerne l'application d'un délai de prescription et réduit le niveau de la preuve nécessaire pour démontrer, dans le cadre d'un contrôle juridictionnel, que le comportement collusoire était en cours pendant toute la période d'enquête²⁰.

69. Comme l'a également observé la doctrine, la notion d'« *infraction unique et continue réduit significativement la charge que la Commission devrait autrement supporter pour établir le fait de la collusion, en particulier lorsqu'une entente a duré pendant une longue période, pendant laquelle la nature de la collusion peut avoir varié entre plusieurs parties ou à des moments différents* »²¹.

70. L'allègement probatoire concernant les périodes et les incidents particuliers étant la logique qui sous-tend cette notion, il a pour contrepoids la nécessité de démontrer l'existence de l'objectif commun et la conscience des actions des autres entreprises.

71. En revanche, lorsqu'une infraction unique et continue n'est pas constituée, les exigences en matière de charge de la preuve concernant chaque comportement (en l'espèce, par exemple, les contacts entre concurrents) redeviendront particulièrement rigoureuses.

72. Il est donc certainement possible et tout à fait légitime que la Commission, lorsqu'elle constate une violation de l'article 101 TFUE, qualifie plusieurs comportements d'illégaux en tant que tels et, en même temps, en tant qu'éléments d'une stratégie collusoire unique qui présente les caractéristiques de l'infraction unique et continue.

73. Dans ce cas, toutefois, la charge qui incombe à la Commission en matière de motivation et de preuve est différente que lorsqu'elle qualifie le comportement des entreprises exclusivement d'infraction unique et continue.

74. En effet, comme nous l'avons vu, l'infraction unique et continue est toujours composée d'une pluralité d'incidents ou de contacts qui doivent, pour être considérés comme constituant dans leur ensemble une infraction aux règles de la concurrence, posséder les caractéristiques mises en

¹⁹ Voir arrêt du 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, point 81).

²⁰ En ce sens, voir, dans la doctrine, Alexiadis, P., Swanson, D. G., Guerrero-Perez, A., *Raising the EU evidentiary bar for the « single and continuous infringement » doctrine*, Concurrences, 2016, p. 3.

²¹ Siragusa, M., et Rizza, C. (sous la dir. de), *EU Competition law. Volume III. Cartels & Collusive Behaviour. Restrictive Agreements and Practices Between Competitors*, 2012, paragraphe 1.7. Voir également Simonsson, I., *Legitimacy in EU Cartel Control*, Hart Publishing, Modern Studies in European Law, 2010, point 135.

évidence ci-dessus. Les différents incidents ou contacts qui composent le comportement d'ensemble ne répondent pas nécessairement en tant que tels à la qualification d'une infraction aux règles de la concurrence.

75. Dans certaines décisions, la Cour a précisé que, si une entreprise a directement pris part à un ou plusieurs des comportements anticoncurrentiels composant une infraction unique et continue, mais qu'il n'est pas établi que, par son propre comportement, elle entendait contribuer à l'ensemble des objectifs communs poursuivis par les autres participants à l'entente et qu'elle avait connaissance de l'ensemble des autres comportements infractionnels envisagés ou mis en œuvre par lesdits participants dans la poursuite des mêmes objectifs ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et était prête à en accepter le risque, la Commission n'est en droit de lui imputer la responsabilité que des seuls comportements auxquels elle a directement participé et des comportements envisagés ou mis en œuvre par les autres participants dans la poursuite des mêmes objectifs que ceux qu'elle poursuivait et dont il est prouvé qu'elle avait connaissance ou pouvait raisonnablement les prévoir et était prête à en accepter le risque²².

76. Cela ne saurait néanmoins conduire à exonérer cette entreprise de sa responsabilité pour les comportements dont il est constant qu'elle y a pris part ou dont elle peut effectivement être tenue pour responsable. En effet, le fait qu'une entreprise n'a pas participé à tous les éléments constitutifs d'une entente ou qu'elle a joué un rôle mineur dans les aspects auxquels elle a participé n'est pas pertinent pour établir l'existence d'une infraction dans son chef, étant donné qu'il n'y a lieu de prendre en considération ces éléments que lors de l'appréciation de la gravité de l'infraction et, le cas échéant, de la détermination de l'amende²³.

77. La Cour a toutefois précisé qu'« [i]l n'est cependant envisageable de *diviser* ainsi une décision de la Commission qualifiant une entente globale d'infraction unique et continue que si, *d'une part, ladite entreprise a été mise en mesure, au cours de la procédure administrative, de comprendre qu'il lui était également reproché chacun des comportements la composant, et donc de se défendre sur ce point, et si, d'autre part, ladite décision est suffisamment claire à cet égard* »²⁴.

78. L'infraction unique et continue, nous l'avons vu, allège l'obligation de motivation et la charge de la preuve incombant à la Commission qui, une fois établie l'existence d'un plan d'ensemble et d'un objectif anticoncurrentiel commun, n'est pas tenue de démontrer le caractère infractionnel de chaque comportement.

79. C'est pourquoi, en revanche, la Commission ne saurait légitimement soutenir que, une fois constatée et établie une infraction unique et continue, tous les incidents individuels ou contacts qui composent cette infraction doivent également être considérés comme des infractions constatées et établies aux règles de la concurrence.

80. Il en est ainsi parce que, si tel était le cas, la Commission en tirerait l'avantage injuste que l'obligation de motivation et la charge de la preuve qui lui incombent seraient allégées en raison de la qualification de l'infraction comme unique et continue, mais que, dans le même temps, si, lors du contrôle juridictionnel, il devait s'avérer que les conditions juridiques permettant de qualifier le comportement d'infraction unique et continue font défaut, la décision pourrait être « sauvegardée » et résister au contrôle juridictionnel en raison du caractère infractionnel des différents comportements qui constituent l'infraction unique et continue.

²² Voir arrêt du 6 décembre 2012, Commission/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, point 44).

²³ Voir arrêt du 6 décembre 2012, Commission/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, point 45).

²⁴ Voir arrêt du 6 décembre 2012, Commission/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, point 46).

81. Par conséquent, l'argument de la Commission selon lequel ce moyen de pourvoi serait inopérant en ce qu'il est subordonné à la constatation de l'inexistence de l'infraction unique et continue ne saurait prospérer.

82. Contrairement à ce que soutient la Commission dans son mémoire en réponse, les arguments avancés dans le pourvoi en ce qui concerne la conclusion subsidiaire de la décision, selon laquelle l'infraction unique et continue comprenait plusieurs infractions indépendantes, ne sont pas inopérants. Au contraire, ils ont une incidence significative sur la procédure et sur les conséquences de la décision.

83. La Commission a tout à fait la possibilité de recourir à la double qualification, mais, pour que cela soit légitime, elle doit le préciser dès la communication des griefs aux parties et s'acquitter de l'obligation de motivation et de la charge de la preuve qui s'y rattachent.

84. En effet, bien que la jurisprudence de la Cour²⁵ admette qu'il puisse y avoir, entre la communication des griefs et la décision finale, des différences motivées précisément par le débat contradictoire et par l'approfondissement des questions juridiques et économiques au cours de l'instruction, la qualification des faits et comportements doit être cohérente du début à la fin de la procédure.

85. Le respect des droits de la défense dans la conduite des procédures administratives en matière de politique de la concurrence constitue un principe général de droit communautaire dont la Cour assure le respect²⁶. Ce principe impose que l'entreprise intéressée ait été mise en mesure, au cours de la procédure administrative, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et des circonstances allégués ainsi que sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence d'une infraction au traité sur l'Union européenne²⁷.

86. En ce sens, l'article 27, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 prévoit l'envoi aux parties d'une communication des griefs. Ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence constante, cette communication doit énoncer, de manière claire, tous les éléments essentiels sur lesquels la Commission se fonde à ce stade de la procédure.

87. Toutefois, cette indication peut être faite de manière sommaire et la décision ne doit pas nécessairement être une copie de l'exposé des griefs, car ladite communication constitue un document préparatoire dont les appréciations de fait et de droit ont un caractère purement provisoire²⁸.

88. Il est vrai, comme l'affirme le Tribunal dans les arrêts attaqués, que la qualification juridique des faits retenue dans la communication des griefs ne peut être, par définition, que provisoire et qu'une décision ultérieure de la Commission ne saurait être annulée au seul motif que les conclusions définitives tirées de ces faits ne correspondent pas de manière précise à cette qualification provisoire²⁹. Il doit ainsi être permis à la Commission de préciser ladite qualification

²⁵ Voir arrêt du 5 décembre 2013, SNIA/Commission (C-448/11 P, non publié, EU:C:2013:801, points 42 à 44).

²⁶ Voir arrêt du 3 septembre 2009, Prym et Prym Consumer/Commission (C-534/07 P, EU:C:2009:505, point 26 et jurisprudence citée).

²⁷ Voir arrêt 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, EU:C:2004:6, point 66 et jurisprudence citée).

²⁸ Voir arrêt 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, EU:C:2004:6, point 67 et jurisprudence citée).

²⁹ Voir arrêt du 5 décembre 2013, SNIA/Commission (C-448/11 P, non publié, EU:C:2013:801, points 42 et 43).

dans sa décision finale, en tenant compte des éléments résultant de la procédure administrative, soit pour abandonner des griefs qui se seraient révélés mal fondés, soit pour aménager et compléter tant en fait qu'en droit son argumentation à l'appui des griefs qu'elle retient, à condition toutefois qu'elle ne retienne que des faits sur lesquels les intéressés ont eu l'occasion de s'expliquer et qu'elle ait fourni, au cours de la procédure administrative, les éléments nécessaires à la défense³⁰.

89. Si, toutefois, au cours de l'instruction, des éléments de nature à convaincre la Commission de modifier véritablement l'objet du litige apparaissent, la procédure permet une telle modification, même substantielle, au moyen d'un instrument qui, dans le même temps, garantit également les droits de la défense des parties : une communication des griefs complémentaire.

90. Dans une telle communication, la Commission devrait examiner de manière analytique tous les contacts entre les parties en motivant la qualification juridique et le caractère infractionnel de chacun d'entre eux.

91. Cela permettrait un plein exercice des droits de la défense des parties et un contrôle juridictionnel complet de chaque comportement reproché aux parties, outre l'infraction unique et continue, naturellement.

92. En l'espèce, la communication des griefs contient un exposé détaillé des faits reprochés. Toutefois, la Commission s'est bornée à qualifier d'infraction unique et continue l'ensemble des contacts bilatéraux entre les participants à l'entente, en se référant à la simple possibilité de qualifier chaque contact individuel d'infraction distincte, sans apporter de détails supplémentaires. Dans la décision finale, la Commission a suivi la même ligne pour toute sa motivation, sauf à conclure, dans le dispositif, à la double qualification.

93. L'opinion du Tribunal, qui reprend les arguments de la Commission selon lesquels les parties étaient pleinement conscientes des comportements individuels en cause et se sont défendues à cet égard, dès lors que l'infraction unique et continue est constituée d'une série de faits, de contacts et d'incidents qui étaient tous énumérés par la Commission et connus des parties, ne saurait être retenue.

94. Cette argumentation confond la simple existence d'un fait ou d'un contact entre les parties, le fait de l'avoir énuméré et présenté aux parties avec la qualification juridique de celui-ci.

95. C'est précisément sur ce point que, selon moi, le Tribunal est induit en erreur par les arguments de la Commission.

96. Le point 242 de l'arrêt attaqué, dans lequel le Tribunal affirme que « ainsi que le fait valoir la Commission, sans être contredite sur ce point par les requérantes, celles-ci ont contesté *chaque contact séparément* et en détail dans leur réponse à la communication des griefs et sont parvenues à convaincre la Commission de ne pas maintenir ses allégations relatives à certains contacts bilatéraux », en témoigne notamment.

³⁰ Voir arrêt du 5 décembre 2013, SNIA/Commission (C-448/11 P, non publié, EU:C:2013:801, point 44).

97. Il ne fait pas de doute que, sur le plan factuel, dès la communication des griefs, la Commission s'est déjà référée à tous les contacts individuels entre les concurrents en tant qu'éléments susceptibles de former le cadre d'ensemble des collusions illégales et que les parties ont eu l'occasion de se défendre quant à l'existence de rencontres ou d'autres contacts et à la manière dont ceux-ci ont eu lieu.

98. Le fait que la Commission, tout au long de la procédure et jusqu'à la décision finale, ait omis d'explicitier son choix en qualifiant juridiquement chacun de ces contacts n'a pas permis aux entreprises requérantes au pourvoi d'exercer pleinement leurs droits de la défense.

99. Certes, il n'est pas indispensable de qualifier chaque comportement anticoncurrentiel d'entente ou de pratique concertée ; cependant, l'autorité chargée de faire respecter le droit dans la sphère publique doit qualifier d'illégal et d'infractionnel un fait déterminé pour permettre aux parties de se défendre, non seulement quant à son existence ou non et quant aux circonstances factuelles qui l'entourent, mais également quant aux éléments juridiques sur la base desquels la Commission estime pouvoir considérer ce fait comme un comportement adopté en violation de l'article 101 TFUE.

100. Les considérations qui précèdent permettent d'observer que l'affirmation selon laquelle l'infraction unique et continue serait la somme de plusieurs infractions autonomes, dont chacune est automatiquement et individuellement constatée en raison du fait que l'existence de l'infraction unique et continue a été constatée, ne trouve aucun fondement logique et juridique ni aucune base dans la jurisprudence de la Cour.

101. On peut considérer que les deux parties à la procédure (l'autorité chargée de faire appliquer les règles de la concurrence et les entreprises poursuivies) peuvent avoir un intérêt à qualifier un comportement répété d'infraction unique et continue : l'autorité chargée de faire appliquer les règles de la concurrence parce que, comme nous l'avons vu, une telle qualification peut réduire la charge de la preuve qui lui incombe en ce qui concerne les épisodes individuels constituant l'infraction continue ; les entreprises poursuivies parce que, dans la mesure où la sanction est infligée en calculant les pourcentages des recettes proportionnellement aux infractions individuelles, le fait d'éviter d'être accusées d'une pluralité de comportements distincts pourrait présenter un avantage économique.

102. Toutefois, dès lors que, comme le soutient de manière convaincante la doctrine, il n'est pas nécessairement plus favorable pour l'entreprise poursuivie de se voir imputer des infractions séparées, et que cela dépend des circonstances de l'affaire, « il est certain que la présomption d'innocence doit jouer un rôle en ce qui concerne les éléments de fait sur la base desquels l'infraction individuelle doit être établie. Soit ces faits sont démontrés soit ils ne le sont pas »³¹.

103. Il n'existe, dès lors, « pas de "présomption d'infractions séparées" qui s'applique en cas de doute, et qui serait basée sur le postulat que cette situation sera nécessairement "meilleure" pour l'entreprise. En effet, lorsque la Commission constate qu'il y a eu des infractions séparées, les requérantes dont la situation aurait été meilleure s'il s'était agi d'une infraction unique peuvent contester ce constat (comme cela est arrivé plusieurs fois) et la Commission devra également convaincre le juge que des infractions séparées ont été commises, ce qui démontre que *l'existence d'infractions séparées doit être établie et non "présumée"* »³².

³¹ Castillo de la Torre, F., et Gippini Fournier, E., *Evidence, proof and judicial review in EU competition law*, 2017, p. 92.

³² Castillo de la Torre, F., et Gippini Fournier, E., *Evidence, proof and judicial review in EU competition law*, 2017, p. 92.

104. Les effets d'une double qualification tardive uniquement dans la décision finale peuvent être multiples non seulement sur le plan de l'application du droit dans la sphère publique, analysée jusqu'ici, mais également sur celui de son application dans la sphère privée.

105. La constatation de la Commission, non limitée à l'infraction unique et continue, mais également étendue aux divers comportements adoptés pendant la période pertinente, pourrait avoir une incidence importante en matière de possibilités d'actions en réparation devant les juridictions nationales.

106. En effet, le cas de figure de l'infraction unique et continue permet à la Commission de considérer comme démontré le caractère infractionnel du comportement de l'entreprise pendant toute la période examinée même si, en théorie, pour certaines périodes même non brèves, il n'y a pas de preuve effective de contacts entre les parties ou entre certaines d'entre elles. Cela suppose toujours que l'existence des conditions permettant de considérer une infraction comme unique et continue, à savoir l'objectif commun et la participation des entreprises au comportement d'ensemble des autres de la manière décrite ci-dessus, soit démontrée.

107. Ainsi, du point de vue de la durée de l'infraction, l'infraction unique et continue pourrait faire courir aux entreprises impliquées le risque de se voir imputer un comportement infractionnel prolongé, plus long que celui qui prévaudrait si des comportements isolés distants dans le temps, et donc sans continuité, leur étaient imputés.

108. Toutefois, du point de vue de l'intensité de la constatation du comportement infractionnel et de la charge de la preuve qui s'y rattache, on peut faire le raisonnement inverse. En d'autres termes, les entreprises impliquées se trouvent dans une situation où, précisément parce qu'il n'a pas été établi que tous les contacts ou comportements individuels composant l'infraction unique et continue sont des comportements infractionnels, les poursuites devant des juridictions nationales à des fins de réparation du préjudice découlant de l'infraction aux règles de la concurrence ne sauraient être entièrement exemptées de la preuve du caractère infractionnel de chaque contact ou comportement individuel à cause de la constatation de la Commission.

109. Cela revêt une importance pratique considérable, surtout au vu du fait que le cercle des recevables à agir pour demander la réparation de prétendus dommages aux entreprises impliquées dans la décision de la Commission est très hétérogène, également en raison de la jurisprudence la plus récente de la Cour, selon laquelle « tant la garantie de la pleine efficacité et de l'effet utile de l'article 101 TFUE que la protection efficace contre les conséquences préjudiciables d'une violation du droit de la concurrence seraient gravement compromises si la possibilité de demander réparation du préjudice causé par une entente était limitée aux fournisseurs et aux acheteurs du marché concerné par l'entente »³³.

110. Dans des cas analogues à celui de la présente affaire, s'agissant de comportements adoptés à l'occasion d'appels d'offres, chaque appel d'offres peut comporter plusieurs personnes impliquées et intéresser un nombre considérable de personnes qui, en raison de l'infraction aux règles de la concurrence, pourraient exiger une indemnisation au titre de l'atteinte portée au jeu de la concurrence sur le marché concerné.

³³ Voir arrêt du 12 décembre 2019, *Otis Gesellschaft e.a.* (C-435/18, EU:C:2019:1069, point 27).

111. Eu égard aux considérations qui précèdent, je pense pouvoir conclure que le Tribunal a commis une erreur de droit en considérant que la formule adoptée par la Commission dans la décision finale, en vertu de laquelle l'infraction unique et continue se composerait de plusieurs infractions distinctes, respecterait le droit de l'Union.

112. Dès lors, il y aurait lieu d'annuler l'arrêt attaqué en ce que le Tribunal a rejeté les deuxième et quatrième moyens soulevés par les requérantes en première instance, relatifs à la double qualification de l'entente.

113. Conformément à l'article 61, premier alinéa, seconde phrase, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, cette dernière, en cas d'annulation de la décision du Tribunal, peut statuer elle-même sur le litige, lorsque celui-ci est en état d'être jugé.

114. Tel est, à mon sens, le cas en l'espèce, tout au moins en ce qui concerne ce moyen.

115. La décision de la Commission doit être annulée *en partie* dans la mesure où elle considère qu'une infraction unique et continue se compose nécessairement d'infractions distinctes.

116. En effet, les droits de la défense des parties à la procédure ont été partiellement restreints et la formule adoptée a eu et pourrait avoir des conséquences importantes au détriment des entreprises impliquées.

117. Toutefois, cette erreur de droit n'a, selon moi, eu d'incidence ni sur l'économie globale de l'arrêt attaqué ni sur celle de la décision attaquée. En effet, en retirant du dispositif la formule de la « double qualification », l'infraction unique et continue reste pleinement établie ; en outre, il apparaît que le calcul de la sanction a été effectué sur la seule base de cette infraction unique et continue.

118. Conformément à la jurisprudence de la Cour³⁴, l'accueil *partiel* du moyen relatif à la question que j'ai analysée n'impose pas l'annulation de la décision entière, mais seulement celle de la partie décrite ci-dessus.

119. En effet, l'objet même d'une décision de la Commission établissant la participation d'une entreprise à une entente en violation de l'article 101 TFUE étant de constater un ou plusieurs comportements constitutifs d'une telle violation, une telle annulation partielle ne saurait modifier la substance d'une telle décision.

B. La détermination de la sanction

1. Résumé des arguments des parties

120. Par leur quatrième moyen, les requérantes dans les affaires C-697/19 P et C-698/19 P soutiennent que, en confirmant le montant de l'amende qui leur a été infligée sur la base des recettes utilisées pour calculer le montant de l'amende distincte infligée à Lite-On et à Quanta

³⁴ Voir arrêts du 31 octobre 2019, Repower/EUIPO (C-281/18 P, EU:C:2019:916, point 38), et du 1^{er} juillet 2010, Knauf Gips/Commission (C-407/08 P, EU:C:2010:389, point 28).

Storage, le Tribunal a commis une erreur de droit, a violé les principes d'égalité de traitement et de proportionnalité et a manqué à son obligation de motivation. Ce moyen du pourvoi se divise en trois branches.

121. Pour faciliter mon exposé, je me bornerai à reproduire les arguments avancés par les requérantes dans le cadre de l'affaire C-697/19 P.

a) Concernant la première branche du quatrième moyen

122. Dans la *première branche*, les requérantes font valoir que le Tribunal a violé le principe d'égalité de traitement qui, en l'espèce, serait le fondement du critère énoncé dans les lignes directrices pour le calcul des amendes, selon lequel la valeur des ventes doit refléter l'importance économique de l'infraction ainsi que le poids relatif de chaque entreprise participant à l'infraction.

123. Sony soutient que, pendant la période de la violation alléguée, Lite-On a produit des LDO qui ont ensuite été vendus sous la marque Sony. Dans le cadre des accords de partage des recettes entre les requérantes et Lite-On, les requérantes auraient versé à Lite-On les recettes correspondant aux produits conçus et fabriqués par Lite-On. Toutefois, plutôt que d'attribuer ces ventes à la société bénéficiaire en dernier lieu des recettes, à savoir Lite-On, lorsqu'elle a déterminé la valeur des ventes aux fins du calcul du montant de l'amende, la Commission a traité ces recettes à la fois comme des recettes de Sony et comme des recettes de Lite-On. En d'autres termes, dans la décision, elle aurait comptabilisé deux fois les mêmes recettes. En procédant de la sorte, la Commission se serait écartée de sa pratique établie.

124. La Commission estime, à titre liminaire, que la première branche du quatrième moyen est irrecevable, dans la mesure où les requérantes demandent un réexamen de la conclusion présentée devant le Tribunal, sans identifier d'erreur spécifique dans l'arrêt attaqué, et où un tel réexamen échappe à la compétence de la Cour³⁵.

125. En toute hypothèse, il y a lieu de rejeter cette branche comme non fondée. Premièrement, le point 13 des lignes directrices pour le calcul des amendes se réfère aux ventes en relation directe ou indirecte avec l'infraction et non aux ventes intéressées par l'infraction. Cela signifierait que la Commission n'aurait aucune obligation de déterminer quelles ventes en particulier ont été intéressées par une infraction. Si, d'une part, il convient en effet de prêter une attention particulière à l'importance économique d'une infraction, d'autre part, cet aspect doit être contrebalancé par la nécessité de garantir que l'amende permette une application efficace de la sanction, conformément au principe de légalité et de proportionnalité.

126. Deuxièmement, étant donné que le comportement des requérantes ne diffère pas substantiellement de celui des autres destinataires de la décision attaquée, le calcul de l'amende infligée aux requérantes en tenant compte de leurs ventes de LDO à Dell et, partant, du poids relatif de leur participation est conforme au principe d'égalité de traitement.

127. Troisièmement, les arguments des requérantes ne sont pas tant fondés sur la méthode de calcul de l'amende qui leur a été infligée que sur la méthode de calcul de l'amende infligée à Lite-On. Toutefois, la justesse de l'amende infligée à Lite-On ne relève pas de la présente procédure et ne saurait servir de base objective pour justifier une réduction de l'amende. Quatrièmement, la collaboration des requérantes avec Lite-On ne diminue pas le poids relatif des

³⁵ Voir arrêt du 4 juillet 2000, Bergaderm et Goupil/Commission (C-352/98 P, EU:C:2000:361, points 34 et 35).

requérantes dans l'infraction. Le calcul considéré comme correct par les requérantes conduirait donc à une discrimination arbitraire à l'égard des autres destinataires de la décision attaquée, en violation du principe d'égalité de traitement. Cinquièmement, en ce qui concerne le fait que les requérantes invoquent la pratique décisionnelle antérieure de la Commission, le Tribunal a observé à juste titre que la comparaison entre la situation d'un destinataire d'une décision et la situation d'autres entreprises ne saurait remettre en cause la légalité de la décision attaquée dans la mesure où, par celle-ci, la Commission constate et sanctionne une infraction établie³⁶.

b) Concernant la deuxième branche du quatrième moyen

128. Dans la *deuxième branche*, les requérantes prétendent que le Tribunal a violé l'obligation de motivation en ignorant l'argument qu'elles ont tiré de ce que la double comptabilisation aurait augmenté illégalement l'importance économique de l'infraction alléguée et, par conséquent, l'amende qui leur a été infligée.

129. La Commission considère que ce moyen n'est pas fondé. Le Tribunal a confirmé que la valeur des ventes prises en considération dans la décision attaquée aux fins du calcul du montant de base de l'amende était celle des ventes directes des requérantes à Dell. Sur la base de la jurisprudence figurant aux points 265 à 269 de l'arrêt attaqué, c'est à bon droit que le Tribunal a décidé de prendre en considération la valeur de ces ventes directes pour établir la valeur des produits en relation avec l'infraction. Enfin, selon l'arrêt attaqué, la méthode invoquée par les requérantes comporterait des risques de contournement et une inégalité de traitement avec les autres destinataires de cette décision.

c) Concernant la troisième branche du quatrième moyen

130. Dans la *troisième branche*, les requérantes font valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit en rejetant leur argument selon lequel la Commission n'aurait pas justifié le fait qu'elle s'est écartée de sa pratique établie.

131. Selon la Commission, le Tribunal a relevé à juste titre que, dans la décision attaquée, elle expose les raisons pour lesquelles le montant de l'amende infligée aux requérantes est calculé conformément au point 13 des lignes directrices pour le calcul des amendes et qu'elle explique également pourquoi il ne serait pas opportun de s'écarter de cette approche à l'égard des requérantes. Partant, dans la mesure où la décision attaquée contient une application conventionnelle du point 13 des lignes directrices pour le calcul des amendes, il n'est pas nécessaire que la Commission justifie une dérogation inexistante à ces lignes directrices.

2. Analyse

132. J'analyserai ensemble les trois branches du quatrième moyen de pourvoi parce que la question juridique que la Cour m'a demandé d'approfondir tient à une prétendue erreur de droit commise par le Tribunal lorsque ce dernier a confirmé la décision de la Commission en considérant qu'elle n'était pas entachée d'un vice en ce qu'elle aurait compté deux fois les recettes de Sony et de Lite-On ayant fait l'objet d'un accord de partage. Ce faisant, les requérantes prétendent que les principes d'égalité de traitement et de proportionnalité auraient été méconnus et que le Tribunal aurait manqué à des obligations de motivation spécifiques. En

³⁶ Voir arrêt du 28 novembre 2019, ABB/Commission (C-593/18 P, non publié, EU:C:2019:1027, points 80 à 86).

effet, la Commission se serait écartée de la méthode exposée dans les lignes directrices pour le calcul des amendes en tenant compte des ventes entre participants à l'entente et en accentuant ainsi l'importance économique du rôle joué par les requérantes dans cette entente.

133. À titre liminaire, je considère que les moyens de pourvoi relatifs au calcul de la sanction ne sont pas, comme le soutient la Commission, irrecevables, dès lors que la référence aux points 263 à 276 de l'arrêt attaqué ressort implicitement mais clairement du contexte des arguments des requérantes.

134. Quant au grief invoqué par les parties, à savoir la prétendue « double comptabilisation », selon le Tribunal, la Commission a suivi la méthode exposée dans les lignes directrices pour le calcul des amendes, en déterminant le montant de base de l'amende sur la base des ventes de LDO facturées à Dell (considérant 528 de la décision attaquée).

135. En raison du contrat de partenariat conclu avec les requérantes Sony, Lite-On n'a pas enregistré de ventes directes à Dell. Par conséquent, en ce qui concerne Lite-On – et non les requérantes –, la Commission a fondé sa décision sur la valeur des ventes de Lite-On aux requérantes plutôt que sur ses ventes (inexistantes) à Dell.

136. Le Tribunal a jugé, sur ce point, que, « [s]elon les explications fournies par les requérantes, dans le cadre des accords conclus entre Lite-On et Sony, Lite-On concevait et fabriquait des produits LDO qui étaient ensuite vendus sous la marque Sony. Les contrats et les commandes des clients étaient formellement conclus avec Sony, et c'est Sony qui était payée par les clients. Dès lors, l'argument des requérantes, selon lequel la Commission a comptabilisé deux fois les ventes faites à Dell, est peu intelligible, étant donné que c'est Sony qui percevait les recettes auprès de Dell. En tout état de cause, il convient de rappeler que, aux termes du paragraphe 13 des lignes directrices sur le calcul des amendes, en vue de déterminer le montant de base de l'amende à infliger, la Commission utilisera la valeur des ventes de biens ou de services, réalisées par l'entreprise, en relation directe ou indirecte avec l'infraction »³⁷.

137. Et encore que, « [d]ans la détermination du montant des amendes pour infraction au droit de la concurrence, la Commission doit non seulement prendre en compte la gravité de l'infraction et les circonstances particulières de l'espèce, mais aussi le contexte dans lequel ladite infraction a été commise et veiller au caractère dissuasif de son action, surtout pour les types d'infractions particulièrement nuisibles pour la réalisation des objectifs de l'Union [...] La gravité des infractions doit être établie en fonction d'un grand nombre d'éléments, tels que les circonstances particulières de l'affaire, son contexte et la portée dissuasive des amendes, et ce sans qu'ait été établie une liste contraignante ou exhaustive de critères devant obligatoirement être pris en compte [...] De plus, le Tribunal a déjà indiqué que la Commission n'était pas obligée dans chaque cas d'établir quelles étaient les ventes individuelles qui ont été affectées par l'entente »³⁸.

138. Pour conclure que, « [e]n l'espèce, quand la Commission a recherché la valeur des ventes de biens auxquels l'infraction se rapportait directement ou indirectement au sens du paragraphe 13 des lignes directrices sur le calcul des amendes, il était logique qu'elle utilise les ventes directes des requérantes à Dell en tant que base pour calculer le montant de l'amende. À cet égard, la méthode préconisée par les requérantes, consistant à déduire des recettes perçues par Sony auprès de Dell les recettes reversées à Lite-On en vertu des accords en vigueur entre Sony et Lite-On au cours de la période pertinente pour éviter une "double comptabilisation", nonobstant

³⁷ Arrêt attaqué, points 263 à 266.

³⁸ Arrêt attaqué, points 266 à 268.

le fait que les requérantes expliquent ne pas être en mesure de fournir les chiffres précis à cet égard, compromettrait l'efficacité de l'interdiction des ententes, car il suffirait alors aux entreprises de s'associer à un participant à l'entente pour réduire le montant de leur amende »³⁹.

139. Dès lors, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, le Tribunal ne se borne pas à faire certaines observations générales concernant la fixation du montant des amendes⁴⁰, mais il réfute en fait et en droit les allégations formulées par les parties déjà en première instance en ce qui concerne la prétendue « double comptabilisation ».

140. En substance, selon moi, pour les motifs que j'exposerai, le Tribunal a motivé à suffisance de droit les points suivants.

141. Tout d'abord, la Commission a donné une description claire de la méthodologie qu'elle a utilisée pour calculer les amendes imposées aux destinataires et n'a pas violé le principe de proportionnalité. Elle a, en effet, correctement appliqué les principes qui ressortent des lignes directrices pour le calcul des amendes et a tenu compte de la gravité des infractions et des circonstances particulières de l'affaire dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation technique.

142. En outre, la Commission n'a pas enfreint le principe d'égalité de traitement. En effet, pour infliger la sanction aux requérantes en l'espèce, elle a tenu compte de la valeur des ventes effectuées à Dell et n'a pas soustrait des recettes de Sony ce qui avait été versé à Lite-On. C'était la seule méthode correcte à adopter étant donné que, d'une part, des chiffres précis n'ont pas été fournis à cet égard et que, d'autre part, la méthode proposée par les parties compromettrait l'efficacité de la décision, aussi bien sur le plan des rapports entre entreprises participant à l'entente que sur le plan de la nécessité que la sanction revête un caractère dissuasif.

143. Dans le pourvoi, les parties se bornent sur ce point à réitérer les arguments relatifs à la double comptabilisation, sans apporter d'éléments nouveaux susceptibles de permettre à la Cour de porter une appréciation différente.

144. L'origine de l'argument des requérantes, comme le relève à juste titre la Commission, ne réside pas dans la méthode utilisée pour calculer le montant de l'amende qui leur a été infligée, qui est identique à la méthode appliquée à la majorité des autres destinataires de la décision, mais dans la méthode utilisée par la Commission pour calculer l'amende imposée à Lite-On.

145. Le Tribunal, nous l'avons vu, a examiné la manière dont la Commission a motivé la détermination du calcul de l'amende et a constaté que celle-ci reposait, à suffisance de droit, sur les données contenues dans la décision attaquée en ce qui concerne la puissance économique des requérantes. Ainsi, le Tribunal a exercé les compétences prévues aux articles 261 et 263 TFUE d'une manière conforme aux exigences d'un contrôle de pleine juridiction, en examinant tous les griefs, de droit ou de fait, invoqués par les requérantes dans ce contexte⁴¹.

146. Il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour que, si l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 laisse à la Commission une marge d'appréciation, il limite néanmoins cette marge d'appréciation en établissant des critères objectifs auxquels cette institution doit, en principe, se tenir. Dès lors, d'une part, le montant de l'amende qui peut être infligée à une entreprise a une limite maximale calculable et absolue, de sorte que le montant maximal de

³⁹ Arrêt attaqué, points 270 et 271.

⁴⁰ Point 79 du pourvoi dans l'affaire C-697/19 P.

⁴¹ Voir arrêt du 10 juillet 2014, Telefónica et Telefónica de España/Commission (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, point 214).

l'amende qui peut être infligée à une entreprise donnée peut être déterminé à l'avance. D'autre part, l'exercice de ce pouvoir d'appréciation est également limité par les règles de conduite que la Commission s'est imposées, notamment dans les lignes directrices pour le calcul des amendes⁴².

147. L'obligation de motivation, qui permet de contrôler l'exercice du pouvoir d'appréciation, constitue une exigence substantielle qui est satisfaite dès lors que la Commission indique, dans sa décision, les éléments d'appréciation qui lui ont permis de mesurer la gravité et la durée de l'infraction. Elle n'impose toutefois pas à la Commission « d'indiquer dans sa décision les éléments chiffrés relatifs au mode de calcul des amendes »⁴³. En effet, en tout état de cause, la Commission « ne saurait, par le recours exclusif et mécanique à des formules arithmétiques, se priver de son pouvoir d'appréciation »⁴⁴ et « doit apprécier, dans chaque cas d'espèce et au vu de son contexte ainsi que des objectifs poursuivis par le régime de sanctions établi par ledit règlement, l'impact recherché sur l'entreprise concernée, notamment en tenant compte d'un chiffre d'affaires qui reflète la situation économique réelle de celle-ci durant la période au cours de laquelle l'infraction a été commise »⁴⁵.

148. Aux termes du point 13 des lignes directrices pour le calcul des amendes, « [e]n vue de déterminer le montant de base de l'amende à infliger, la Commission utilisera la valeur des ventes de biens ou services, réalisées par l'entreprise, *en relation directe ou indirecte* avec l'infraction, dans le secteur géographique concerné à l'intérieur du territoire de l'EEE. La Commission utilisera *normalement* les ventes de l'entreprise durant la dernière année complète de sa participation à l'infraction ».

149. Comme souligné par la Cour, le point 13 des lignes directrices pour le calcul des amendes a pour objectif de retenir comme point de départ pour le calcul de l'amende infligée à une entreprise un montant qui reflète l'importance économique de l'infraction et le poids relatif de cette entreprise dans celle-ci. Si la notion de « valeur des ventes » visée au point 13 de ces lignes directrices ne peut, certes, s'étendre jusqu'à englober les ventes réalisées par l'entreprise en cause qui ne relèvent pas du champ d'application de l'entente reprochée, il serait toutefois porté atteinte à l'objectif poursuivi par cette disposition si cette notion s'entendait comme ne visant que le chiffre d'affaires réalisé avec les seules ventes pour lesquelles il est établi qu'elles ont réellement été affectées par cette entente⁴⁶.

150. Dans cette perspective, la Cour a estimé que ne pas tenir compte des ventes effectuées entre entités appartenant à la même entreprise reviendrait nécessairement à favoriser de manière injustifiée les entreprises verticalement intégrées en leur permettant d'échapper à une sanction proportionnée à leur importance sur le marché pour les produits faisant l'objet de l'infraction. Il s'ensuit que, aux fins de la détermination du chiffre d'affaires résultant de la vente des produits faisant l'objet de l'infraction, les entreprises verticalement intégrées se trouvent dans une situation comparable à celle des producteurs non verticalement intégrés. Ces deux types d'entreprises doivent donc être traités de la même manière. Exclure les ventes internes du chiffre d'affaires pertinent reviendrait à favoriser les premières en réduisant leur poids relatif dans

⁴² Arrêts du 12 novembre 2014, *Guardian Industries et Guardian Europe/Commission* (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, point 55 et jurisprudence citée), et du 18 juillet 2013, *Schindler Holding e.a./Commission* (C-501/11 P, EU:C:2013:522, point 58).

⁴³ Voir arrêt du 19 décembre 2013, *Siemens e.a./Commission* (C-239/11 P, C-489/11 P et C-498/11 P, non publié, EU:C:2013:866, point 395 et jurisprudence citée).

⁴⁴ Voir arrêt du 19 décembre 2013, *Siemens e.a./Commission* (C-239/11 P, C-489/11 P et C-498/11 P, non publié, EU:C:2013:866, point 395 et jurisprudence citée).

⁴⁵ Voir, en dernier lieu, arrêt du 25 mars 2021, *Lundbeck/Commission* (C-591/16 P, EU:C:2021:243, point 185 et jurisprudence citée).

⁴⁶ Voir, en dernier lieu, arrêt du 25 mars 2021, *Lundbeck/Commission* (C-591/16 P, EU:C:2021:243, point 187 et jurisprudence citée).

l'infraction, au détriment des secondes, sur la base d'un critère étranger à l'objectif poursuivi par la détermination de ce chiffre d'affaires, qui est de refléter *l'importance économique de l'infraction* et le poids relatif de chacune des entreprises y participant⁴⁷.

151. En appliquant le raisonnement de la Cour à toutes les ventes internes à l'entente, la définition large de « valeur des ventes » pourrait permettre à la Commission de l'appliquer également dans des cas comme celui qui nous occupe, en prenant donc en considération, aux fins de la valeur des ventes, toutes les ventes en relation directe ou indirecte avec l'infraction. Dans le cas contraire, certains participants à l'entente pourraient échapper artificiellement à l'amende en s'unissant à un autre participant.

152. À cet égard, au point 271 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a relevé, selon moi avec justesse, qu'utiliser la méthode exposée par les requérantes compromettrait l'efficacité de l'interdiction des ententes, puisqu'il suffirait alors que les entreprises s'associent à un participant à l'entente pour réduire le montant de leur amende.

153. Je suis conforté dans cette interprétation par l'objectif poursuivi par les règles de la concurrence de l'Union. En effet, l'interprétation proposée par les requérantes signifierait que, pour déterminer le montant de base des amendes à infliger dans les affaires portant sur des ententes, la Commission serait obligée dans chaque cas d'établir quelles sont les ventes individuelles qui ont été affectées par l'entente. Une telle obligation, comme le souligne à juste titre le Tribunal au point 268 de l'arrêt attaqué, n'a jamais été imposée par les juridictions de l'Union.

154. En outre, conformément au principe de l'égalité de traitement, l'amende infligée aux requérantes a été calculée de la même manière que pour tous les autres participants à l'entente qui ont enregistré des ventes directes à Dell et/ou à HP. Utiliser les ventes de l'entreprise aux clients du produit en question est la méthode conventionnelle pour apprécier l'importance économique du comportement d'un destinataire et cette méthode a toujours été reconnue comme conforme aux principes du droit de l'Union.

155. Ainsi que le Tribunal l'a rappelé au point 272 de l'arrêt attaqué, s'agissant des contacts en ce qui concerne Dell, le comportement des requérantes n'a pas été fondamentalement différent de celui des autres destinataires de la décision attaquée. Par conséquent, le poids relatif de leur participation est dûment reconnu compte tenu de leurs ventes de LDO à Dell. Le Tribunal a, dès lors, conclu à bon droit qu'il était logique que la Commission fonde l'amende infligée aux requérantes sur la valeur de leurs ventes à Dell dans l'EEE (point 270 de l'arrêt attaqué). Une telle approche garantit l'égalité de traitement avec les autres participants.

156. Le fait que les requérantes aient coopéré avec Lite-On dans le cadre de la production, du développement et de la vente de LDO pour le compte de Dell ne diminue pas le poids relatif des requérantes dans l'infraction. Malgré l'accord de partenariat, les requérantes sont responsables de leur propre comportement et, dans la décision, elles sont tenues pour responsables d'une violation propre, indépendamment de celle commise par Lite-On. Réduire l'amende infligée aux requérantes pour la simple raison qu'elles auraient restitué à Lite-On une partie des recettes générées par la vente de LDO à Dell constituerait une discrimination arbitraire à l'égard des autres destinataires de la décision, en violation du principe d'égalité de traitement (et non en vertu de celui-ci, contrairement à ce que soutiennent les requérantes).

⁴⁷ Voir arrêt du 1^{er} février 2018, Kühne + Nagel International e.a./Commission (C-261/16 P, non publié, EU:C:2018:56, point 83 et jurisprudence citée).

157. S'agissant de l'argument des requérantes selon lequel la Commission aurait utilisé, dans certaines décisions antérieures, des méthodes de calcul visant à éviter tout risque de double comptabilisation des ventes par les participants à l'entente en cause, il suffit de rappeler la jurisprudence constante selon laquelle la pratique décisionnelle de la Commission ne sert pas de cadre juridique aux amendes en matière de concurrence, la Commission disposant dans le domaine de la fixation du montant des amendes d'un large pouvoir d'appréciation et celle-ci n'étant pas liée par les appréciations qu'elle a portées antérieurement⁴⁸.

158. Le Tribunal en a conclu à bon droit, au point 275 de l'arrêt attaqué, que la simple invocation par les requérantes d'une décision antérieure est en soi inopérante, dans la mesure où la Commission n'était pas tenue d'apprécier de la même manière la présente affaire.

159. En ce qui concerne les décisions antérieures citées par les requérantes au pourvoi également, il ressort que la reconstitution opérée par la Commission est guidée par une appréciation globale et une équité matérielle de la décision.

160. En effet, le principe d'égalité de traitement dans l'imposition de la sanction « joue avant tout entre les entreprises impliquées dans une même entente. La comparaison avec d'autres affaires n'est en effet admise que de manière exceptionnelle »⁴⁹.

161. Je réaffirme également que les dispositions figurant dans les lignes directrices pour le calcul des amendes, notamment en ce qui concerne la détermination de la valeur des ventes, offrent un *paramètre* qui doit toutefois être ajusté au cas concret et adapté aux circonstances spécifiques.

162. En l'espèce, la Commission était confrontée à une entente constatée entre des acteurs disposant d'une puissance très élevée sur le marché et, en particulier, les requérantes en l'espèce Sony et Sony Optiarc, avec un chiffre d'affaires important.

163. De plus, l'une des deux parties qui ont conclu l'accord de partage des recettes, Lite-On, a été exclue de toute sanction au titre du programme de clémence. Il s'agit donc d'un cas tout à fait particulier et, partant, dans la logique de la nécessité que la sanction soit dissuasive, il convient d'apprécier tous les éléments spécifiques.

164. Selon le dossier, Lite-On n'a vendu aucun produit directement à Dell en raison de l'accord préalable avec Sony. Les ventes directes à Dell ont toutes été effectuées par Sony et ont, de ce fait, été entièrement prises en considération par la Commission en ce qu'elles étaient liées à l'infraction.

165. Lors de la détermination de la sanction, la position de Lite-On, dont la demande de clémence et la coopération subséquente ont été jugées réelles et sincères par la Commission, ne saurait non plus être examinée, parce que la Commission l'a exclue dans son intégralité de l'imposition d'amendes.

⁴⁸ Voir arrêt du 19 mars 2009, Archer Daniels Midland/Commission (C-510/06 P, EU:C:2009:166, point 82).

⁴⁹ Voir, dans la doctrine, Galokho, S., *Les atteintes au principe d'égalité dans le cadre du calcul des amendes en droit européen des ententes*, *Revue internationale de droit économique*, p. 186 ; Bernardeau, L., et Christienne, J.-Ph., *Les amendes en droit de la concurrence. Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union*, coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2013, p. 1267. Dans la jurisprudence, concernant l'affirmation selon laquelle les décisions dans d'autres affaires ne sont en principe indicatives que de l'existence d'une discrimination, les comparaisons avec d'autres décisions de la Commission ne peuvent être pertinentes aux fins du principe de l'égalité de traitement que s'il est démontré que les données particulières des affaires en question sont étroitement comparables. Voir arrêt du 19 décembre 2012, Heineken Nederland et Heineken/Commission (C-452/11 P, non publié, EU:C:2012:829, point 108).

166. En toute hypothèse, Sony était en général responsable des ventes au titre de l'accord de coopération, tandis que Lite-On était responsable des questions de qualité et d'ingénierie et récupérait auprès des requérantes une partie des recettes générées par les ventes de LDO. Étant donné que la quasi-totalité des revenus de Lite-On tirés des ventes de LDO à Dell était générée de cette manière, l'entreprise ne réalisait que très peu de ventes directes à Dell. Si la Commission avait basé l'amende infligée à Lite-On uniquement sur les ventes directes aux entités de Dell dans l'EEE, comme elle l'a fait pour presque tous les autres destinataires de la décision (y compris les requérantes), cela aurait entraîné une amende négligeable pour Lite-On.

167. Vu l'implication directe de Lite-On dans la collusion avec d'autres fournisseurs de LDO et vu qu'elle a participé pleinement à l'entente, en dépit du fait qu'elle a finalement bénéficié de l'immunité d'amendes, ce résultat n'aurait pas reflété adéquatement la gravité de l'implication de Lite-On dans l'infraction et n'aurait pas eu l'effet dissuasif requis. Par conséquent, la Commission a inclus dans l'approximation de la valeur annuelle des ventes de Lite-On les ventes à Sony destinées aux ordinateurs portables et de bureau de Dell qui avaient été effectuées au cours de la période d'infraction établie pour Lite-On (considérant 529 de la décision attaquée).

168. Ainsi, d'une part, l'éventuel mode de calcul de la sanction applicable à Lite-On ne saurait être utilisé comme paramètre, parce que cette sanction n'a pas effectivement été infligée, d'autre part, la Commission, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation technique, a considéré que l'éventuelle augmentation du montant total sur la base duquel calculer la sanction était indispensable pour préserver le caractère dissuasif nécessaire de la sanction à infliger à des personnes aux chiffres d'affaires particulièrement élevés. À cet égard, je rappelle que le principe d'égalité de traitement exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié⁵⁰.

169. En raison de la particularité des circonstances, je ne suis donc pas totalement convaincu que l'allégation des requérantes, selon laquelle il y a eu en fait une double comptabilisation (illégale), soit vraie.

170. Ce que la Commission affirme, tel que confirmé par le Tribunal, est en revanche vraisemblable, surtout à la lumière des principes qui président aux modalités de calcul de la sanction par la Commission.

171. Les lignes directrices pour le calcul des amendes, nous l'avons vu, ne disent rien de cette situation spécifique et il convient, dès lors, d'appliquer les principes qui y sont exprimés comme la Cour les a interprétés dans sa jurisprudence.

172. Les principes à mettre en balance sont : d'une part, proportionnalité et égalité de traitement et, d'autre part, efficacité et caractère dissuasif de la sanction.

173. Lorsqu'elle détermine le niveau approprié d'amende à imposer, la Commission doit veiller, en tenant compte des circonstances particulières de l'espèce, à ce que son action ait l'effet dissuasif nécessaire. Pour atteindre cet objectif, la Commission prend pour référence la valeur des ventes de biens ou de services en relation avec l'infraction, comme base pour calculer le montant de l'amende, ainsi que la durée et la gravité de l'infraction. Toutefois, si la référence à ces facteurs

⁵⁰ Voir arrêt du 14 septembre 2010, Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals/Commission (C-550/07 P, EU:C:2010:512, points 54 et 55 et jurisprudence citée).

donne une bonne indication de l'importance économique de l'infraction dans son ensemble, et du poids relatif de chaque entreprise, il ne faut pas la prendre pour la base d'une méthode de calcul automatique et arithmétique.

174. Les lignes directrices pour le calcul des amendes servent à donner des critères objectifs aux parties et au juge pour apprécier le bien-fondé des décisions prises par la Commission, mais elles contiennent elles-mêmes des limitations et des exclusions qui renforcent le pouvoir d'appréciation de la Commission. Il suffit de rappeler, en particulier, le point 37 de ces lignes directrices, selon lequel, « [b]ien que les présentes Lignes directrices exposent la méthodologie générale pour la fixation d'amendes, les particularités d'une affaire donnée ou la nécessité d'atteindre un niveau dissuasif dans une affaire particulière peuvent justifier que la Commission s'écarte de cette méthodologie ou des limites fixées au point 21 ».

175. Eu égard aux considérations qui précèdent, à mon sens, on ne saurait trouver aucune erreur manifeste de droit ni en ce qui concerne l'obligation de motivation, ni en ce qui concerne les principes de proportionnalité et d'égalité de traitement dans les arrêts attaqués, s'agissant du mode de calcul des sanctions.

176. Le Tribunal a motivé à suffisance de droit sa décision concernant chaque point invoqué et a démontré que la Commission avait fait usage de la marge d'appréciation dont elle dispose dans le respect des principes de proportionnalité et d'égalité de traitement.

177. Il convient de rappeler qu'il n'appartient pas à la Cour, lorsqu'elle se prononce sur des questions de droit dans le cadre d'un pourvoi, de substituer, pour des motifs d'équité, son appréciation à celle du Tribunal statuant, dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, sur le montant des amendes infligées à des entreprises en raison de la violation, par celles-ci, du droit de l'Union. Ce n'est que dans la mesure où la Cour estimerait que le niveau de la sanction est non seulement inapproprié, mais également excessif, au point d'être disproportionné, qu'il y aurait lieu de constater une erreur de droit commise par le Tribunal, en raison du caractère inapproprié du montant d'une amende⁵¹.

178. À cet égard, je rappelle que l'exercice de la compétence de pleine juridiction prévue à l'article 261 TFUE et à l'article 31 du règlement n° 1/2003 n'équivaut pas à un contrôle d'office et que la procédure devant les juridictions de l'Union est contradictoire. À l'exception des moyens d'ordre public que le juge est tenu de soulever d'office, c'est à la partie requérante qu'il appartient de soulever les moyens à l'encontre de la décision litigieuse et d'apporter des éléments de preuve à l'appui de ces moyens⁵².

179. Dans la mesure où les motifs à l'appui du mode de calcul de la sanction invoqués par la Commission et confirmés par le Tribunal reposent sur des arguments juridiques tirés des principes en matière de détermination de la sanction, lesquels semblent correspondre à l'enseignement de la Cour décrit ci-dessus, alors que les arguments des requérantes, tout en réitérant les griefs déjà soutenus en première instance, n'offrent aucun élément d'appréciation nouveau, je propose à la Cour de ne pas accueillir le moyen de pourvoi relatif à la question juridique abordée jusqu'ici.

⁵¹ Voir, dernièrement, arrêt du 25 mars 2021, *Lundbeck/Commission* (C-591/16 P, EU:C:2021:243, points 197 et 198, ainsi que jurisprudence citée).

⁵² Voir arrêt du 22 octobre 2015, *AC-Treuhand/Commission* (C-194/14 P, EU:C:2015:717, point 75).

V. Conclusion

180. Sur la base de l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose à la Cour d'accueillir, dans les limites précisées dans les présentes conclusions, le troisième moyen de pourvoi dans les affaires C-697/19 P et C-698/19 P ainsi que le premier moyen de pourvoi dans les affaires C-699/19 P et C-700/19 P et de rejeter comme non fondé le quatrième moyen de pourvoi dans les affaires C-697/19 P et C-698/19 P.