

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. GEORGES COSMAS
présentées le 15 juillet 1997 *

Table des matières

I —	Faits et déroulement de la procédure devant le Tribunal de première instance . . .	I-4131
II—	Moyens d'annulation	I-4133
	A — Existence de vices de forme entachant l'acte litigieux de la Commission . . .	I-4133
	B — Moyens tirés de l'application des dispositions relatives à la concurrence . . .	I-4135
	1. Quant à la qualification juridique de l'infraction	I-4135
	a) Signification des termes « pratique concertée »	I-4135
	b) Quant à la question de savoir si un comportement peut être qualifié juridiquement à la fois comme un « accord » et comme une « pratique concertée »	I-4144
	2. Quant à la répartition de la charge de la preuve	I-4145
	3. Quant à l'exactitude du terme « infraction unique »	I-4148
	a) Arguments des parties	I-4149
	b) Notre réponse aux questions précitées	I-4150
	i) Personnalité de la responsabilité des entreprises pour infractions à l'article 85	I-4150
	ii) Notion d'« infraction unique » dans le raisonnement du Tribunal	I-4152
	iii) Bien-fondé des divers arguments des parties	I-4154
	4. Quant à l'existence d'un traitement discriminatoire (inégal)	I-4155
	5. Quant à l'imputation de l'infraction à Anic	I-4156
	6. Quant à l'amende	I-4158
III—	Conclusion	I-4161

Dans la présente affaire, la Cour est appelée à statuer, d'une part, sur le pourvoi formé par la Commission des Communautés européennes au titre de l'article 49 du statut

CEE de la Cour de justice et, d'autre part, sur le pourvoi incident formé par la société Enichem Anic SpA (ci-après « Anic »)¹ contre l'arrêt du Tribunal de première

1 — Le pourvoi incident a été présenté, conformément à l'article 116, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour, avec le mémoire en réponse d'Anic au pourvoi de la Commission.

* Langue originale: le grec.

instance du 17 décembre 1991². Cet arrêt a accueilli en partie le recours en annulation de la décision 86/398/CEE de la Commission, du 23 avril 1986³ introduit par Anic au titre de l'article 173 du traité CE (ci-après le « traité »). Cet arrêt concernait l'application de l'article 85 du traité dans le secteur de la production de polypropylène.

I — Faits et déroulement de la procédure devant le Tribunal de première instance

1. En ce qui concerne les faits du litige et le déroulement de la procédure devant le Tribunal, l'arrêt attaqué fait apparaître les éléments suivants: avant 1977, le marché ouest-européen du polypropylène était approvisionné presque exclusivement par dix producteurs, parmi lesquels figurait Anic, dont la part de marché oscillait entre 3,7 % et 4,2 %. En 1977, à la suite de l'expiration des brevets de contrôle détenus par Montedison, sept nouveaux producteurs sont apparus sur le marché, avec une importante capacité de production. Leur arrivée ne s'est pas accompagnée d'un accroissement correspondant de la demande, de sorte qu'il n'y avait pas d'équilibre entre l'offre et la demande, du moins jusqu'en 1982. D'une

manière générale, le marché du polypropylène se caractérisait, au cours de la majeure partie de la période 1977-1983, par un faible rendement et des pertes importantes.

2. Les 13 et 14 octobre 1983, des fonctionnaires de la Commission, agissant dans le cadre des pouvoirs que leur confère l'article 14, paragraphe 3, du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité⁴ (ci-après le « règlement n° 17 »), ont procédé à des vérifications simultanées dans les locaux d'une série d'entreprises actives dans le secteur de la production de polypropylène. A la suite de ces vérifications, la Commission a adressé aux entreprises précitées, ainsi qu'à d'autres ayant un objet connexe, des demandes de renseignements au titre de l'article 11 du règlement n° 17. Les informations recueillies dans le cadre de ces vérifications et de ces demandes de renseignements ont amené la Commission à conclure que, entre 1977 et 1983, certains producteurs de polypropylène, dont Anic, avaient agi en violation de l'article 85 du traité. Le 30 avril 1984, la Commission a décidé d'engager la procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 17 et a communiqué ses griefs par écrit aux entreprises en infraction.

3. Au terme de cette procédure, la Commission a arrêté, le 23 avril 1986, la

2 — Arrêt Enichem Anic/Commission (T-6/89, Rec. p. II-1623).

3 — Décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/31.149 — Polypropylène) (JO L 230, p. 1).

4 — JO 1962, 13, p. 204.

décision précitée, dont le dispositif est formulé dans les termes suivants:

vue d'examiner et de définir leur politique commerciale;

« Article premier

b) ont fixé périodiquement des prix 'cibles' (ou minimaux) pour la vente du produit dans chaque État membre de la Communauté;

[Les entreprises) Anic SpA... ont enfreint les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE, en participant:

— pour Anic, à partir de novembre 1977 environ jusqu'à la fin de 1982 ou au début de 1983,

c) ont convenu de diverses mesures visant à faciliter l'application de tels objectifs de prix, y compris (et essentiellement) des limitations temporaires de la production, l'échange d'informations détaillées sur leurs livraisons, la tenue de réunions locales et, à partir de la fin de 1982, un système d'account management' ayant pour but d'appliquer les hausses de prix à des clients particuliers;

...

d) ont procédé à des hausses de prix simultanées, en application desdites cibles;

à un accord et une pratique concertée remontant au milieu de l'année 1977, en vertu desquels les producteurs approvisionnant en polypropylène le territoire du marché commun:

e) se sont réparti le marché en attribuant à chaque producteur un objectif ou un 'quota' annuel de vente (1979, 1980 et pendant une partie au moins de 1983) ou, à défaut d'un accord définitif pour l'année entière, en obligeant les producteurs à limiter leurs ventes mensuelles par référence à une période antérieure (1981, 1982).

a) ont pris contact l'un avec l'autre et se sont rencontrés régulièrement (depuis le début de 1981, deux fois par mois) dans le cadre de réunions secrètes, en

...

Article 3

Les amendes suivantes sont infligées aux entreprises visées par la présente décision, en raison de l'infraction constatée à l'article 1^{er}:

- i) Anic SpA, une amende de 750 000 Écus, soit 1 103 692 500 Lit...».

4. Sur les quinze sociétés destinataires de la décision en question, quatorze — dont la société Anic — ont introduit un recours en annulation contre la décision précitée de la Commission. Lors de l'audience tenue devant le Tribunal du 10 au 15 décembre 1990, les parties ont exposé leurs arguments et ont répondu aux questions de ce dernier.

5. Le Tribunal, après avoir entendu l'avocat général, a accueilli en partie, dans son arrêt précité du 17 décembre 1991, le recours introduit par Anic et a réduit l'amende qui lui avait été infligée. La Commission a formé un pourvoi devant la Cour, en lui demandant d'annuler en partie l'arrêt du Tribunal, de revoir l'amende qui doit être infligée à Anic et de condamner celle-ci aux dépens.

6. Dans son mémoire en réponse, Anic a demandé à la Cour, d'une part, de rejeter le pourvoi de la Commission et, d'autre part, d'annuler en partie l'arrêt du Tribunal, demande à l'appui de laquelle elle invoquait ses propres moyens d'annulation.

Parallèlement, Anic a demandé la condamnation de la Commission à la totalité des dépens exposés tant dans le cadre du recours en première instance que dans le cadre du pourvoi.

7. Dans le cadre de l'affaire pendante, la société DSM NV a demandé à intervenir à l'appui des conclusions de la société Anic. Par ordonnance du 30 septembre 1992, la Cour a rejeté cette demande d'intervention comme irrecevable.

II — Moyens d'annulation

A — Existence de vices de forme entachant l'acte litigieux de la Commission

8. Anic estime qu'elle a de bonnes raisons de penser que la Commission n'a pas respecté la procédure légale lors de l'adoption de la décision «polypropylène». Elle se prévaut à cet égard de l'arrêt du Tribunal

dans l'affaire connexe PVC⁵ ainsi que des déclarations faites par les agents de la Commission au cours de la procédure orale organisée dans cette affaire devant le Tribunal. Anic déduit de l'arrêt PVC du Tribunal que le non-respect par la Commission des règles de procédure concernant le régime linguistique de ses actes⁶ et leur authentification⁷ conduit inmanquablement à la disparition de l'acte entaché de ces vices. Les révélations faites par les agents de la Commission au cours de la procédure orale organisée dans l'affaire PVC devant le Tribunal amènent la société Anic à conclure que les irrégularités formelles relevées par le Tribunal dans le cadre de cette affaire existeraient également, selon toute probabilité, dans le cas de la décision « polypropylène » en cause ici. Selon Anic, il y a des indices suffisant à établir que, lors de l'adoption de la décision litigieuse, la Commission a violé des formes substantielles. La société considère que la Cour peut, en tout cas, si elle le juge opportun, ordonner les mesures d'organisation de la procédure nécessaires, afin de vérifier, premièrement, dans quelle mesure le texte de la décision litigieuse existait en italien lors de son adoption et, deuxièmement, si l'original italien de la décision avait été authentifié conformément à l'article 12 du règlement intérieur de la Commission. Eu égard aux considérations qui précèdent, Anic demande à la Cour de déclarer la décision inexistante ou, à titre subsidiaire, nulle pour la partie qui la concerne. Elle soutient, en outre, que sa demande est recevable au stade du pourvoi, conformément à l'article 116 du règlement de procédure de la Cour. Elle considère

également que la Cour peut, au stade du pourvoi, examiner de nouveaux éléments qui n'avaient pas été soumis à l'appréciation de la juridiction de fond, pour autant que ces éléments se soient révélés après la fin de la procédure en première instance, par analogie avec la possibilité offerte par l'article 42, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour.

9. La Commission fait valoir que les moyens invoqués par Anic sont irrecevables, car aucune erreur de droit n'y est imputée à l'arrêt attaqué.

10. En effet, les arguments précités d'Anic⁸ ne peuvent être examinés par la Cour au stade du pourvoi. La demande présentée par la société, tendant à ce que la décision litigieuse de la Commission soit déclarée inexistante ou nulle, sans que, parallèlement, aucun vice de nature juridique ne soit imputé à l'arrêt attaqué, est irrecevable; elle comporte une violation directe des dispositions de l'article 49 du statut CEE de la Cour de justice, suivant lesquelles le pourvoi est formé uniquement contre les arrêts du Tribunal et non contre les actes des autres institutions communautaires⁹.

8 — On peut se demander s'ils contiennent finalement le moindre moyen susceptible de fonder le pourvoi.

9 — Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, Anic fait valoir, à l'appui de ses affirmations, une série d'éléments qui n'avaient pas été soumis à l'appréciation du Tribunal, soit parce qu'ils sont postérieurs à l'arrêt rendu en première instance, soit parce que ni la requérante ni le juge du fond n'en ont eu connaissance avant le terme de la procédure en première instance. Si ces éléments ne peuvent être valablement invoqués au stade du pourvoi, ils pourraient, en revanche, justifier une éventuelle demande en révision de l'arrêt rendu en première instance, conformément aux dispositions de l'article 41 du statut CEE de la Cour de justice et des articles 125 à 128 du règlement de procédure du Tribunal. Dans la mesure où Anic n'a pas fait usage de la possibilité que lui offrent les dispositions procédurales, elle ne peut pallier cette négligence en se prévalant de ces éléments dans le cadre du pourvoi.

5 — Arrêt du 27 février 1992, BASF e.a./Commission (T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89, Rec. p. II-315, ci-après l'« arrêt PVC »).

6 — Article 3 du règlement n° 1 du Conseil, du 15 avril 1958, portant fixation du régime linguistique de la Communauté économique européenne (JO 1958, 17, p. 385).

7 — Article 12 du règlement intérieur de la Commission.

B — *Moyens tirés de l'application des dispositions relatives à la concurrence*

1. *Quant à la qualification juridique de l'infraction*

a) Signification des termes « pratique concertée »

11. La question de la qualification juridique du comportement litigieux des entreprises productrices de polypropylène en tant qu'« accord » ou que « pratique concertée » revêt une importance fondamentale aux fins de l'appréciation globale du bien-fondé de l'arrêt attaqué du point de vue du droit de la concurrence. La délimitation de la seconde de ces notions constitue véritablement la pierre angulaire du raisonnement du Tribunal, dès lors qu'aussi bien la justesse de la qualification unique d'« accord et pratique concertée » appliquée au comportement en cause que la répartition de la charge de la preuve dépendent directement de la signification précise de la notion de « pratique concertée », au sens de l'article 85 du traité. Une erreur éventuelle dans la définition de cette notion pourrait conduire à l'annulation de l'arrêt rendu en première instance.

12. i) Dans ce cadre, Anic souligne la différence qui existe entre les notions d'« accord » et de « pratique concertée ». Selon elle, cette différence réside essentiellement en ce que, contrairement à l'accord,

la pratique concertée présuppose l'existence d'une activité extérieure sur le marché, d'un comportement matériel, qui constitue un élément supplémentaire de l'infraction et concrétise — si elle ne le réalise pas — le contenu de la concertation illégale à laquelle se livrent les entreprises.

13. La Commission, de son côté, rejette l'interprétation défendue par Anic et considère qu'elle finit par amputer et affaiblir la protection de la concurrence offerte par l'article 85, car elle a pour effet de rendre la preuve de la pratique concertée plus difficile que celle de l'accord, chose qui, selon la Commission, est en contradiction avec la ratio legis de l'article 85, qui vise à étendre l'interdiction à tout type de concertation affectant la concurrence, même lorsqu'elle prend une forme moins achevée et moins concrète que l'accord.

14. On peut ainsi constater que, au centre de cette controverse juridique, se trouve la délimitation des notions d'« accord » et de « pratique concertée » figurant dans l'article 85 du traité et, plus particulièrement, la définition de ce qui est susceptible de constituer une « pratique concertée ». A cet égard, il convient de rappeler que, conformément à l'article 85, c'est de l'« objet » ou de l'« effet » desdits accords ou pratiques concertées que l'on peut déduire qu'ils sont incompatibles avec la concurrence. Il y a, dès lors, quatre combinaisons logiques de comportements illégaux possibles: accord/objet, accord/effet, pratique concertée/objet et pratique concertée/effet.

15. En l'espèce, la notion d'accord ne pose pas de problème et a, du reste, fait l'objet d'analyses jurisprudentielles détaillées. Selon la jurisprudence de la Cour, il suffit qu'un accord ait soit pour objet soit pour effet d'affecter la concurrence pour qu'il y ait violation des règles de l'article 85 du traité¹⁰.

16. Des problèmes se posent, en revanche, pour la définition de la notion de « pratique concertée ». Les hypothèses auxquelles la Cour a été confrontée jusqu'à ce jour concernaient exclusivement des cas où la pratique concertée avait pour effet d'affecter la concurrence. De cette jurisprudence, il ressort ce qui suit:

premièrement, l'appréciation de l'effet observé sur le marché constitue, en principe, le point de départ du raisonnement judiciaire;

deuxièmement, les catégories juridiques « pratique concertée » et « accord » sont distinctes du point de vue conceptuel;

troisièmement, la « concertation » constitue une condition sine qua non de l'illégalité.

17. Ainsi, la Cour s'est exprimée dans les termes suivants¹¹:

«... si l'article 85 distingue la notion de 'pratique concertée' de celle d'accords entre entreprises' ou de 'décisions d'associations d'entreprises', c'est dans le dessein d'appréhender sous les interdictions de cet article *une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence...* par sa nature même, la pratique concertée ne réunit donc pas tous les éléments d'un accord, mais peut notamment résulter d'une *coordination* qui s'extériorise par le comportement des participants » (souligné par nous).

18. Il faut, toutefois, noter que tout comportement commercial qui se manifeste sur le marché de manière plus ou moins uniforme ne constitue pas une violation de l'article 85:

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

10 — Voir, à titre indicatif, arrêt du 13 juillet 1966, Consten et Grundig/Commission (56/64 et 58/64, Rec. p. 429).

11 — Arrêt du 14 juillet 1972, ICI/Commission, dit « des matières colorantes » (48/69, Rec. p. 619, points 64 et 65).

sur le marché commun, y compris le choix des destinataires de ses offres et de ses ventes.... s'il est exact que *cette exigence d'autonomie* n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché» (souligné par nous)¹².

19. En conséquence, dans les cas de « pratique concertée » auxquels a été confronté le juge communautaire jusqu'à ce jour, le but était d'établir que la pratique en question, telle qu'elle s'exprimait sur le marché, était le résultat d'une concertation¹³.

12 — Arrêt du 16 décembre 1975, Suiker Unie e.a./Commission (40/73 à 48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, points 173 et 174, ci-après également l'«arrêt sucre»).

13 — Il s'agit, dans ces cas, d'un système de preuve indirecte, où le comportement parallèle ou uniforme peut constituer un indice de l'existence d'une concertation, mais ne suffit pas en tant que tel. Il appartient à la Commission de produire des éléments de preuve « suffisamment précis et concordants », ou encore des « indices sérieux, précis et concordants » pour fonder la conviction que le comportement parallèle ou uniforme des entreprises était véritablement le résultat d'une pratique concertée (voir, respectivement, arrêts du 28 mars 1984, CRAM et Rheinink/Commission, 29/83 et 30/83, Rec. p. 1679, point 20, et du 31 mars 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85 et C-129/85, Rec. p. I-1307, point 127, ci-après également l'«arrêt pâtes de bois»). Inversement, « il suffit aux requérantes d'établir des circonstances qui donnent un éclairage différent aux faits établis par la Commission et qui permettent ainsi de substituer une autre explication des faits à celle retenue par la décision attaquée » (arrêt CRAM et Rheinink, précité, point 16). Voir également arrêt du 2 mars 1994, Hilti/Commission (C-53/92 P, Rec. p. I-667, points 33 à 38).

20. Se pose, par conséquent, la question de savoir dans quelle mesure, selon cette jurisprudence, l'existence sur le marché d'effets de la coordination mise en œuvre entre les entreprises constitue un élément de la notion de pratique concertée tombant sous le coup de l'interdiction énoncée à l'article 85. Dans ce cas, peut-on envisager l'existence d'un comportement que l'on pourrait qualifier de pratique concertée de par son seul objet? Inversement, quel autre sens peut avoir la notion de « pratique », si l'on considère que l'infraction a été commise du seul fait de la *coordination*, à savoir les contacts et la concertation entre entreprises, sans qu'il n'y ait, par conséquent, d'effet sur le marché?

21. La Cour n'a été amenée à se pencher sur cette problématique qu'à titre incident, par l'intermédiaire des conclusions des avocats généraux. Il ressort de celles-ci que, auparavant, on adoptait la thèse selon laquelle le comportement de fait adopté en commun constituait un complément indispensable de la concertation¹⁴ pour qu'il y ait violation de l'article 85 du traité. Toutefois, on observe, ces dernières années, une

14 — Concrètement, l'avocat général M. Gand a indiqué dans ses conclusions sous l'arrêt du 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma/Commission (41/69, Rec. p. 661) que « dans l'opinion dominante... la pratique concertée... suppose que la concertation se traduise concrètement de sorte qu'il faut établir à la fois un comportement de fait des intéressés et d'autre part l'existence d'un lien entre ce comportement et un plan préétabli » (Rec. p. 718). L'avocat général M. Mayras a exprimé un point de vue similaire en substance dans ses conclusions sous l'arrêt matières colorantes (arrêt précité), selon lequel «... il faut aussi qu'un élément objectif, essentiel à la notion de pratique concertée existe; c'est un comportement de fait commun aux entreprises participantes. Telle est la première différence de principe avec la notion d'accord en ce sens que, selon votre jurisprudence, l'accord, pourvu que son existence soit établie et qu'il ait pour objet de porter atteinte à la concurrence à l'intérieur du marché commun, tombe sous le coup de l'article 85 sans qu'il y ait lieu de rechercher l'effet réel dudit accord sur la concurrence. La pratique concertée au contraire nous paraît ne pas pouvoir être entièrement dissociée dans sa conception même, de l'effet réel qu'elle a sur les conditions de la concurrence à l'intérieur du marché commun » (Rec. p. 675 et 676).

tendance à se départir de cette thèse, tendance qui a été amorcée par les conclusions de l'avocat général M. Darmon sous l'arrêt pâtes de bois¹⁵.

22. Nous estimons que, sur cette question, la jurisprudence doit suivre l'orientation tracée par l'avocat général M. Darmon dans les conclusions précitées.

23. Nous nous expliquons: ainsi que nous l'avons, croyons-nous, clairement fait apparaître, une interprétation littérale de l'article 85 ne résout pas cet aspect du problème. Elle permet plutôt de défendre plusieurs conceptions, qui, toutefois, débouchent sur des conclusions diamétralement opposées. Ce qui constitue, par conséquent, une pratique concertée ayant un «objet» incompatible avec la concurrence doit finalement être déterminé en se fondant sur une lecture qui assure la cohérence sémantique de l'article 85 dans son ensemble, mais aussi et surtout en se référant à l'objectif poursuivi par les dispositions relatives à la concurrence en général et par l'article 85 en particulier (interprétation systématique et téléologique).

15 — Dans ses conclusions sous l'arrêt Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission, l'avocat général M. Darmon (voir note 13 ci-dessus) a adopté un point de vue contraire à ceux qui avaient été formulés précédemment, en estimant que «... si l'on retient la thèse selon laquelle un comportement de fait identique participe de la notion de pratique concertée, c'est à une conception particulièrement restrictive du traité, contraire à l'économie de l'article 85, paragraphe 1, que l'on aboutit» (Rec. p. I-1307, point 185).

24. Dans ce contexte, nous croyons que c'est à bon droit que la Cour a adopté comme modèle d'action commerciale conforme aux dispositions du traité relatives à la concurrence celle de «l'opérateur économique [qui] doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun». Dans cette perspective, «cette exigence d'autonomie... s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet... de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché» (arrêt Suiker Unie e.a./Commission, précité, points 173 et 174).

25. Par conséquent, l'esprit des dispositions relatives à la concurrence est faussé dès le moment où il y a, entre les concurrents, une *prise de contact* ayant pour objet de dévoiler la politique que chacun compte suivre sur le marché. Dès cet instant, on assiste à l'effondrement du modèle idéal de la libre concurrence que visent les dispositions communautaires, modèle voulant que chaque opérateur élabore individuellement la politique qu'il entend suivre sur le marché, après avoir apprécié personnellement les données relatives à celui-ci.

26. Le raisonnement décrit ci-dessus confère une plus grande clarté sémantique aux termes de l'article 85, il ne réduit pas la protection de la concurrence et est, à notre sens, le plus pertinent d'un point de vue systématique. En incluant dans le champ d'application de l'article 85 les pratiques concertées qui ont simplement pour objet d'affecter la concurrence, on assure plus complètement le respect non seulement de

la lettre, mais aussi de l'esprit des dispositions relatives à la concurrence.

27. A ce stade, il convient de formuler une remarque quant au sens du terme « pratique ». S'il y a également violation de l'article 85 dans le cas d'une pratique concertée/objet où il y a seulement « coordination » des entreprises (c'est-à-dire où seul est présent l'élément de coopération à l'objet illégal d'une certaine concertation), alors la notion de pratique est indépendante de tout effet, voire de toute action sur le marché. Dans cette hypothèse, l'élément matériel-externe contenu dans la notion de pratique s'identifie avec la concertation elle-même. A cela on pourrait répliquer que l'identification entre concertation et pratique pourrait donner l'impression que le texte législatif comporte un pléonasme.

28. Nous ne croyons, toutefois, pas, au vu de l'objectif poursuivi par les dispositions relatives à la concurrence, que l'on puisse se fonder sur un tel argument pour tirer des conclusions tranchées concernant leur interprétation. Dans cette perspective, il y a lieu de considérer que l'utilisation du terme « pratique » « distingue et oppose... la concertation de fait, la concertation pratique, à la concertation formelle résultant d'un accord »¹⁶. La concertation au sens large reste donc, dans tous les cas, l'élément décisif d'une infraction à l'article 85. Si la concertation est prouvée, cela démontre automatiquement l'« existence objective » de l'infraction, indépendamment de son

caractère exprès (cas de l'accord formel) ou non (cas de la pratique concertée)¹⁷.

29. L'acceptation de ce caractère purement « objectif » de l'infraction, qui consiste dans la participation à un comportement qui, si on l'analyse objectivement, est contraire à la concurrence, et le fait de ne pas rechercher l'effet produit sur le marché par la concertation, hissent le contenu de certains comportements au rang d'élément décisif pour établir l'illégalité et limitent la différence conceptuelle entre « accord » et « pra-

17 — Dans les conclusions qu'il a présentées devant le Tribunal au sujet de l'ensemble des affaires « polypropylène » (Rec. 1991, p. II-869), M. Vesterdorf, juge faisant fonction d'avocat général, a proposé une autre approche en ce qui concerne les questions qui précèdent. Selon cette approche, en cas de pratique concertée, le moment où l'infraction est constituée se situe postérieurement à la concertation et, plus particulièrement, lorsque celui qui a participé à la concertation agit sur le marché. Toute action entreprise est nécessairement déterminée par la concertation et, de ce fait, affecte la concurrence. Il est, par conséquent, indifférent de savoir si le comportement sur le marché a un contenu concret, à savoir celui qui a fait l'objet de la concertation, ou si l'action entreprise a produit un effet (Rec. p. II-941 et II-942). On s'efforce ainsi d'associer la finalité de l'article 85 à une interprétation « évidente » de la lettre de cette disposition, qui conçoit la notion de « pratique » comme une action sur le marché. Ainsi qu'il est, pensons-nous, apparu clairement, nous ne considérons pas cet argument comme décisif. Au demeurant, il convient de noter que l'arrêt rendu en première instance dans la présente affaire n'a pas adopté explicitement le point de vue de M. Vesterdorf. Il est, certes, vrai que le point 201 de l'arrêt pourrait le suggérer: « Ainsi, la requérante a non seulement poursuivi le but d'éliminer par avance l'incertitude relative au comportement futur de ses concurrents, mais elle a nécessairement dû prendre en compte, directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'elle entendait suivre sur le marché. De même, ses concurrents ont nécessairement dû prendre en compte, directement ou indirectement, les informations que leur a dévoilées la requérante sur le comportement qu'elle avait décidé ou qu'elle envisageait d'adopter elle-même sur le marché, pour déterminer la politique qu'ils entendaient suivre sur le marché ». Nous pensons toutefois que, dans ce point, le Tribunal ne considère pas l'action sur le marché comme un élément de la pratique concertée; il s'efforce simplement de définir de manière précise l'esprit, contraire aux dispositions relatives à la concurrence, des réunions des producteurs de polypropylène. Les éléments que chaque producteur prendra forcément en considération en agissant sur le marché doivent, en réalité, être considérés comme une spécification de la perte de son autonomie, qui, *en elle-même*, tombe sous l'interdiction énoncée à l'article 85. Quoi qu'il en soit, la différence pratique entre les deux approches se limite en principe aux hypothèses extrêmes où la concertation n'est suivie d'aucune activité sur le marché, ce qui n'est pas le cas dans la présente affaire.

16 — Voir les conclusions de l'avocat général M. Darmon sous l'arrêt pâtes de bois, déjà citées à la note 13 (point 187).

tique concertée». Pour qu'il y ait « accord », il faut simplement qu'il y ait un degré plus élevé de concertation entre les parties, prenant la forme d'un concours de volontés affiché. Ce constat est le prolongement naturel de ce que nous avons exposé précédemment en rapport avec une interprétation conforme à l'esprit des dispositions relatives à la concurrence¹⁸.

30. Il s'ensuit donc que la notion de pratique concertée/objet est indépendante de son éventuelle matérialisation sur le marché. L'infraction à l'article 85 du traité n'est pas subordonnée à l'existence d'effets sur le commerce consistant soit en des activités des sociétés concernées ayant un lien de causalité avec la concertation préalable, comme l'affirme Anic, soit en une simple manifestation de ces sociétés sur le marché.

31. ii) En outre, il convient de préciser le contenu que doit avoir une concertation pour constituer un comportement illégal au sens de l'article 85 du traité¹⁹.

32. La préservation de l'autonomie de chaque opérateur économique lors du choix de la politique qu'il entend suivre sur le marché reste le critère de la licéité de

l'action commerciale. Mais à quel moment cette autonomie disparaît-elle? Dans son arrêt sucre²⁰, la Cour a jugé, comme nous l'avons déjà indiqué, qu'il faut une « prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs ayant pour objet ou pour effet soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché » (point 174). En conséquence, il suffit d'influencer, par le biais d'une *prise de contact*, le comportement du concurrent. L'arrêt attaqué adopte justement ce critère lorsqu'il juge que: « par sa participation à ces réunions, [la requérante] a pris part, avec ses concurrents, à une concertation ayant pour objet d'influencer leur comportement sur le marché et de dévoiler le comportement que chaque producteur envisageait d'adopter lui-même sur le marché. Ainsi, la requérante a... poursuivi le but d'éliminer par avance l'incertitude relative au comportement futur de ses concurrents... et a dû prendre en compte, directement ou indirectement, les informations... » (points 200 et 201 de l'arrêt attaqué).

33. Plus récemment toutefois, lorsque la Cour a été amenée, dans les affaires pâtes de bois²¹, à examiner le caractère licite du système des annonces trimestrielles de prix qui avait été instauré sur ce marché, après avoir rappelé que chaque opérateur commercial devait déterminer de manière auto-

18 — Si l'on veut emprunter les termes du droit pénal, on devrait considérer la « pratique concertée » aussi bien comme un délit formel que comme un délit matériel.

19 — Nous n'insistons pas ici sur la question de savoir dans quelle mesure la concertation illégale en question doit être qualifiée de « pratique concertée » ou d'« accord ». Ainsi que nous l'expliquerons de manière plus détaillée ci-après, dans certains cas, comme celui en cause ici, la distinction entre ces deux notions juridiques est secondaire.

20 — Voir note 12 ci-dessus.

21 — Voir arrêt Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission, déjà cité ci-dessus à la note 13.

nome la politique qu'il entendait suivre, elle a jugé que :

escompter de chacun des participants aux contacts concernés²².

« En l'espèce, les communications résultent des annonces de prix qui ont été faites aux utilisateurs. Elles constituent par elles-mêmes une action sur le marché qui n'est pas de nature à réduire les incertitudes de chaque entreprise sur les attitudes qu'adopteront ses concurrents. Au moment où chaque entreprise y procède, elle n'a, en effet, aucune assurance quant au comportement qui sera suivi par les autres » (point 64).

Dans cet attendu, la Cour a jugé qu'il n'y avait pas eu, dans l'affaire en question, d'infraction à l'article 85 du traité.

34. Dans cet arrêt, la Cour semble, en dernière analyse, adopter un critère plus strict que celui appliqué dans l'arrêt *Suiker Unie e.a./Commission*. L'« influence » sur le comportement d'un opérateur commercial, qui correspond à la « réduction de son incertitude » quant aux attitudes que comptent adopter ses concurrents, selon la jurisprudence « *Suiker Unie* », mais n'équivaut pas à une « certitude » quant aux attitudes de ces concurrents, ne semble pas satisfaire aux conditions objectives énoncées à l'article 85. Après les positions prises par la Cour dans l'arrêt *pâtes de bois*, se pose, par conséquent, la question de savoir s'il convient de considérer que l'existence d'une pratique concertée suppose, dans tous les cas, une *certitude* quant au comportement que ses concurrents doivent

35. Nous ne croyons, toutefois, pas que l'appréciation formulée par la Cour dans l'arrêt *pâtes de bois* puisse être transposée à l'ensemble des cas où se pose la question de savoir si l'on est en présence de pratiques concertées. Cela aurait pour effet de réduire excessivement le champ d'application de la disposition et la protection de la libre concurrence qui en découle. En effet, il faut, notamment, se demander dans quelle mesure un opérateur peut acquérir une « certitude » sur le comportement de ses concurrents, même si un accord a été conclu entre eux à cet effet. En tout état de cause, cette approche susciterait des problèmes considérables quant à la preuve de la pratique concertée, puisque, en cas d'échange d'informations, comme dans la présente affaire, elle présupposerait la fiabilité absolue des données, ainsi qu'un engagement clair quant à la concrétisation des informations communiquées, autant d'éléments incompatibles avec la notion « souple » de pratique concertée.

36. Par ailleurs, nous pensons que la Cour a utilisé le critère de la « certitude » en

22 — Ce point de vue a été adopté par l'avocat général M. Darmon dans ses conclusions (points 173 et 174) sous l'arrêt *pâtes de bois* (déjà citées à la note 13). Il semble que l'on puisse tirer une conclusion analogue de l'arrêt *matières colorantes* (déjà cité à la note 11), qui se réfère à « l'élimination préalable de toute incertitude quant au comportement réciproque relatif aux éléments essentiels de cette action... » (point 118).

raison des circonstances particulières de l'affaire pâtes de bois, concernant le cas particulier de contacts indirects intervenus entre opérateurs commerciaux par le biais de l'annonce des prix aux consommateurs. De ce point de vue, nous estimons qu'il n'est pas porté atteinte aux principes admis dans l'arrêt *Suiker Unie e.a./Commission* pour les autres cas, où l'on examine la question de l'existence d'une pratique concertée et où l'on a constaté une prise de contact directe et, a fortiori, secrète, entre opérateurs commerciaux. La question de savoir si le contenu des contacts avait pour objet d'influencer le comportement d'une certaine société (ou de certaines sociétés) sur le marché, réduisant ainsi son (leur) incertitude quant au comportement des concurrents, demeure l'élément décisif.

En conséquence, sous cet aspect aussi, la qualification juridique des faits relatés dans l'arrêt rendu en première instance est correcte.

37. iii) Il y a lieu, à ce stade, d'examiner une dernière question, qui relève, elle aussi, de la qualification juridique du comportement litigieux et qui revêt un intérêt tout particulier dans le cadre de la présente affaire. La question qui se pose en l'espèce est de savoir s'il y a pratique concertée lorsque, dans le cadre de contacts entre sociétés prenant plus spécifiquement la forme de la fourniture de données, il n'y a pas communication réciproque d'informations, si bien que la limitation ou l'élimination de l'incertitude quant au comporte-

ment futur de leurs concurrents n'intervient que pour certaines des entreprises²³.

38. Naturellement, il est particulièrement difficile d'imaginer des cas où tout élément de réciprocité au sens large est absent. La règle est en effet l'établissement entre les entreprises d'une relation d'échange, par des annonces au contenu similaire, qui se font à intervalles peu importants, voire inexistantes. On pourrait toutefois voir apparaître, par exemple, le cas des communications unilatérales successives²⁴, ou de communications unilatérales dictées par

23 — Au vu des faits de l'affaire, la question se présente comme suit: une note manuscrite, rédigée par un employé d'ICI et datée du 28 octobre 1982, qui indique qu'elle exprime les « aspirations » d'Anic en matière de volumes de vente et ses propositions quant aux quotas à attribuer aux autres producteurs (voir point 175 de l'arrêt attaqué), constitue-t-elle un élément suffisant à justifier que l'on en conclue qu'Anic a participé à l'infraction au cours de la période comprise entre juillet et octobre 1983?

Ce moyen ne concerne pas l'appréciation des faits par le Tribunal, comme l'affirme la Commission, mais la question de savoir si les faits constatés sont suffisants pour que l'on puisse conclure en droit qu'Anic a participé à une pratique concertée au cours de la période de référence. En conséquence, ce moyen vise la relation que le Tribunal a établie entre ces faits et la notion de « pratique concertée » et est valablement invoqué au stade du pourvoi.

Toutefois, l'appréciation du bien-fondé de ce moyen dépend de la réponse à la question examinée ici, cela parce que, comme le Tribunal l'admet (point 176 de l'arrêt attaqué), la note manuscrite d'ICI constitue, en substance, le seul élément de preuve existant qui soit de nature à établir qu'Anic aurait, d'une manière ou d'une autre, participé, pendant un certain temps, aux activités des producteurs de polypropylène. Pour la période en question, donc, et eu égard au fait qu'Anic n'a pas participé aux réunions des autres sociétés productrices, qui se sont poursuivies, il n'y a pas eu de communication réciproque d'informations, mais une initiative unilatérale d'Anic dictée par ses propres calculs, dans la perspective de son départ du marché du polypropylène (voir point 176 de l'arrêt attaqué). Par voie de conséquence, si l'on admettait que la réciprocité des communications de données constitue un élément auquel est subordonnée l'existence objective d'une pratique concertée, alors l'arrêt du Tribunal serait, sur ce point, susceptible d'annulation.

24 — Bien entendu, les communications unilatérales successives satisfont en définitive à la condition de réciprocité, comme paraît l'admettre l'avocat général M. Darmon dans ses conclusions sous l'arrêt *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission* (déjà cité à la note 13), où il renvoie à l'arrêt « Containers » de la Cour suprême des États-Unis, dont le contenu est analogue (voir la note 81 des conclusions précitées de M. Darmon). Toutefois, la question qui est examinée ici est de savoir s'il y a pratique concertée lorsque la seule chose que l'on peut établir, c'est la divulgation d'informations décisives par une seule entreprise et, en tout cas, pas par toutes les entreprises.

des besoins ou des calculs commerciaux distincts.

39. Selon certains, « la concertation requiert par définition une réciprocité de communications entre concurrents »²⁵.

40. Nous ne voyons, toutefois, pas pourquoi la réciprocité devrait être considérée comme un élément de la notion de pratique concertée. Ce que l'on veut, c'est vérifier s'il existe une « coordination » entre entreprises et non dans quelle mesure cette « coordination » se fonde sur la réciprocité. En d'autres termes, l'élément décisif consiste dans tous les cas à vérifier l'existence de contacts entre concurrents, ayant pour objet ou pour effet de réduire l'incertitude quant aux actions futures sur le marché. La question de savoir si, dans ce cadre, la communication des données se fait ou non sur la base de la réciprocité ne peut, à notre sens, être considérée comme un facteur décisif.

41. La valeur juridique que protègent les dispositions de l'article 85 n'est pas l'autonomie de l'action commerciale de chaque opérateur, mais la libre concurrence en tant qu'institution, qui se reflète précisément dans le modèle de l'opérateur qui évolue de manière autonome sur le marché. Dans cette optique, toute prise de contact entre entreprises qui élimine l'incertitude, *ne fût-*

25 — Voir les conclusions (déjà citées à la note 13) de l'avocat général M. Darmon (point 170). M. Darmon renvoie à cet égard à la définition donnée à l'« arrangement » du droit britannique dans le cadre de l'affaire *British Basic Slag Ltd's Application* (1962) 3 All.E.R. 247.

ce que de l'une d'entre elles, quant au comportement de ses concurrents, a un objet contraire à la concurrence²⁶. Dans ce cas, participent à la « pratique concertée » aussi bien les entreprises qui fournissent des informations que celles qui en sont destinataires, à condition que l'on puisse faire ressortir ou déduire la participation de celles-ci au comportement illégal²⁷.

42. En résumé, nous faisons les observations suivantes:

- la notion de « pratique concertée » ne présuppose pas nécessairement un quelconque comportement sur le marché;
- il y a « pratique concertée » lorsque l'on constate des comportements visant à diminuer l'incertitude entre concurrents concernant leur action sur le marché, et

26 — Voir la formulation du point 64 de l'arrêt *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission* (déjà cité à la note 13): « Au moment où chaque entreprise y procède, elle n'a, en effet, aucune assurance quant au comportement qui sera suivi par les autres ».

27 — Le premier élément indispensable pour qu'il y ait participation à une pratique concertée (mais aussi à un accord) au sens de l'article 85 est l'acte matériel lui-même de coopération à une infraction, laquelle, en l'espèce, consiste dans la participation à des concertations illégales. A plus forte raison, en cas de communication unilatérale d'informations, il convient d'établir que le destinataire des données acceptait, ou tolérait cette communication, faute de quoi aucune responsabilité ne saurait lui être imputée.

— il peut éventuellement y avoir pratique concertée également dans le cadre de la communication unilatérale d'informations par l'un des concurrents aux autres.

b) Quant à la question de savoir si un comportement peut être qualifié juridiquement à la fois comme un « accord » et comme une « pratique concertée »

43. La question de savoir dans quelle mesure le Tribunal a admis à bon droit, d'une part, que chaque comportement des entreprises soit juridiquement qualifié alternativement d'« accord » ou de « pratique concertée » et, d'autre part, qu'un comportement dans sa globalité soit juridiquement qualifié d'« accord et pratique concertée » est étroitement liée à l'interprétation correcte de la notion de pratique concertée.

44. Plus précisément, au point 202, le Tribunal a, d'une part, jugé que « c'est à bon droit qu'en raison de leur objet, la Commission a pu qualifier, à titre subsidiaire, de pratiques concertées au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE, les réunions périodiques de producteurs de polypropylène auxquelles a participé la requérante entre la fin de l'année 1978 ou le début de l'année 1979 et la mi-1982 ainsi que la communication par la requérante à ICI fin octobre 1982 de ses aspirations en termes de volumes de vente pour le premier trimestre de l'année 1983 ».

45. D'autre part, au point 205 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a jugé qu'« il importe de relever que la Commission était, en outre, en droit de qualifier cette infraction unique d'un accord et une pratique concertée », dans la mesure où cette infraction comportait à la fois des éléments devant être qualifiés d'« accords » et des éléments devant être qualifiés de « pratiques concertées ». En effet, face à une infraction complexe, la double qualification opérée par la Commission à l'article 1^{er} de la décision doit être comprise non comme une qualification exigeant simultanément et cumulativement la preuve que chacun de ces éléments de fait présente les éléments constitutifs d'un accord et d'une pratique concertée, mais bien comme désignant un tout complexe comportant des éléments de fait dont certains ont été qualifiés d'accords et d'autres de pratiques concertées au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE, lequel ne prévoit pas de qualification spécifique pour ce type d'infraction complexe ».

46. Selon Anic, chaque aspect du comportement prétendument illégal des entreprises doit faire l'objet d'une qualification juridique distincte, c'est-à-dire qu'il convient d'indiquer dans quelle mesure il constitue un « accord » ou une « pratique concertée » ; ce même raisonnement aurait dû être suivi pour la qualification juridique du comportement dans son ensemble. L'examen du bien-fondé de cette interprétation de l'article 85 n'est pas dénué d'importance, dans la mesure où il touche à la solution d'autres questions, comme celles de la répartition de la charge de la preuve ou de la protection du droit de défense de l'accusé.

47. De l'analyse qui a été effectuée aux points 11 à 30 des présentes conclusions, il ressort, croyons-nous, que les quatre catégories d'infractions à l'article 85 du traité CE ne sont pas juridiquement de nature différente. L'élément décisif reste à chaque fois l'objet ou l'effet de l'accord ou de la pratique concertée²⁸. C'est principalement ce que l'instruction vise à rechercher. Aussi, le fait que le Tribunal ait pu qualifier juridiquement, à titre subsidiaire par rapport à la notion d'accord, de pratique concertée le même comportement (point 202 de l'arrêt rendu en première instance) ne peut-il être regardé comme une interprétation erronée de l'article 85.

48. Par ailleurs, c'est sur la similitude de genre entre ces deux formes d'infractions que s'appuie la qualification juridique du comportement dans son ensemble en tant qu'« accord et pratique concertée »²⁹. Toutefois, l'accumulation de ces qualifications juridiques pour décrire un ensemble complexe de comportements n'implique pas qu'il faille aussi établir cumulativement que chaque comportement constitue *et* un accord *et* une pratique concertée. Sur ce point, l'arrêt du Tribunal précise à bon droit que « la double qualification... doit être comprise non comme une qualification exigeant simultanément et cumulativement la preuve que chacun de ces éléments de fait

présente les éléments constitutifs d'un accord et d'une pratique concertée... ». En dépit de la parenté qu'elles présentent en l'espèce, les deux notions de l'article 85 ne perdent pas leur autonomie. Chaque comportement distinct peut, en définitive, constituer soit un accord, soit une pratique concertée, mais pas les deux simultanément³⁰. Sous cet angle, seul *l'ensemble* des divers comportements peut être désigné par le terme général « accord et pratique concertée ».

49. En conclusion, on ne saurait considérer que, dans le cadre de l'examen de la présente affaire, la double qualification juridique adoptée dans l'arrêt du Tribunal qui est frappé de pourvoi constitue une mauvaise application de l'article 85 du traité.

2. Quant à la répartition de la charge de la preuve

50. Anic fait valoir que, en ce qui concerne la constatation de l'infraction, le Tribunal aurait enfreint les règles relatives à la charge de la preuve. Elle conteste plus particulièrement le point 110 de l'arrêt attaqué, dans lequel le Tribunal a considéré que l'on peut déduire la participation d'Anic aux initiatives de prix de la partici-

28 — Même dans l'hypothèse selon laquelle l'existence d'une pratique concertée suppose nécessairement l'apparition subséquente des entreprises concernées sur le marché, le seul élément qui varie en réalité est le moment où l'infraction est commise et non son contenu contraire à la libre concurrence. Le concours de volontés des parties, décidant d'agir d'une certaine manière, qui doit exister pour que l'accord soit prouvé, a une importance limitée en l'espèce.

29 — Ici, ce n'est pas l'exactitude ou non de la qualification des activités en cause comme « infraction unique » (voir points 61 et suiv. ci-après) qui importe, mais le point de savoir s'il est permis, et dans quelles conditions, de les qualifier cumulativement comme « accord et pratique concertée ».

30 — La distinction entre accord et pratique concertée garde une importance pratique, concernant la répartition de la charge de la preuve, dans les cas où l'existence d'une pratique concertée a été constatée parce qu'on avait observé un comportement parallèle des entreprises sur le marché. Voir, à cet égard, la jurisprudence citée ci-dessus dans les notes 10 à 12.

pation de cette société aux réunions correspondantes des producteurs de polypropylène et, en même temps, a demandé à Anic de fournir des indices confirmant son affirmation en sens contraire. En outre, la société reproche au Tribunal de ne pas avoir considéré comme un tel indice le fait qu'Anic n'a pas mis en œuvre les initiatives de prix qui avaient été débattues dans le cadre de ces réunions entre producteurs³¹.

51. La Commission considère que le Tribunal n'a nullement opéré une répartition erronée de la charge de la preuve en déduisant de la participation aux réunions une participation au contenu de ces réunions. Elle fait également valoir que la non-exécution de ce qui a fait l'objet de la concertation est indifférente en ce qui concerne la question de savoir dans quelle mesure la participation de la société auxdites infractions est ou non établie.

52. Il convient, à titre liminaire, de faire remarquer, au sujet du moyen d'annulation examiné, que le Tribunal a fondé son appréciation relative à l'infraction à l'article 85 sur l'objet des réunions des producteurs de polypropylène, qui était, essentiellement, la fixation des prix escomptés. Cette approche s'appuie sur une conception large de l'article 85, selon laquelle il est possible, premièrement, qu'il y ait pratique concertée même si l'on n'observe pas d'effet sur le marché et, deuxièmement, qu'un

comportement soit qualifié alternativement d'accord ou de pratique concertée³².

53. Il appartient, par conséquent, à la Commission, en tant qu'«instance poursuivante», de prouver que le contenu de la concertation entre producteurs de polypropylène était contraire aux règles de l'article 85. Or, dans la présente affaire, la Commission s'est acquittée de cette obligation, ainsi qu'il ressort du point 109 de l'arrêt attaqué, car il a été établi à suffisance de droit que les réunions des producteurs de polypropylène avaient pour objet la conclusion d'accords de fixation de prix.

54. Dès lors que la participation d'Anic aux réunions des producteurs de polypropylène n'est pas contestée, se pose la question de savoir si, de cette seule participation, on peut conclure que la société a coopéré à l'objet illégal de ces réunions. En effet, le Tribunal admet qu'Anic a pris part aux accords ou pratiques concertées illégaux relatifs aux prix, du fait, d'une part, qu'elle a participé aux réunions et, d'autre part, qu'elle n'a pas fourni d'indices dont il résulterait que sa participation à ces réunions ne constituait pas également une coopération au contenu illégal de ces réunions (point 110 de l'arrêt attaqué).

55. S'agissant de cet aspect de la question, il convient, tout d'abord, d'admettre —

31 — Anic souligne que ce fait a été relevé également par le Tribunal et renvoie à cet effet aux points 112 et 113 de l'arrêt attaqué.

32 — Voir, à cet égard, l'analyse que nous avons faite aux points 22 et suiv. ci-dessus.

chose qui, pensons-nous, ressort également de la formulation du point concerné de l'arrêt attaqué — qu'il est théoriquement possible de participer à une réunion où les autres participants conviennent d'une action illicite, sans pour autant prendre part, en même temps, à cette action illicite. Dans cette perspective, on peut soutenir que la simple participation ne suffit pas, à elle seule, à conduire à une entente et, partant, à une violation des règles de la concurrence³³.

56. Mais cela implique-t-il que la Commission soit tenue de produire des éléments de preuve supplémentaires de nature à établir le passage de la simple *participation* à l'*entente*, c'est-à-dire à la perpétration d'un acte illégal? Nous pensons que la réponse à cette question ne peut, forcément, être la même dans tous les cas. Les exigences relatives à la production de preuves par celui à qui incombe la charge de la preuve ne sont pas fixées dans l'abstrait, mais en fonction des données propres à chaque affaire. S'agissant du litige en cause, il est utile de souligner ce qui suit: le cas où un opérateur commercial participe à une seule réunion dont l'objet est illégal est différent de celui où il assiste à une série de réunions similaires, qui s'étendent sur plusieurs années, comme c'est le cas en l'espèce. Dans ce dernier cas, la preuve de sa présence à des réunions successives ayant le même contenu illégal suffit en elle-même à permettre de considérer que la Commission a, en principe, établi à suffisance de droit la participation à l'acte illégal. Il appartient ensuite à l'autre partie de fournir des

indices de nature à infirmer l'appréciation ainsi opérée des éléments de preuve.

57. En accueillant le point de vue de la Commission, le Tribunal a donc procédé à une répartition correcte de la charge de la preuve quant à la constatation de l'infraction commise par Anic, alors que la société en question avait la faculté de fournir des indices de nature à prouver le contraire.

58. Anic pose, en outre, la question de savoir dans quelle mesure le fait que la société n'a pas mis en œuvre les initiatives de prix constitue un indice infirmant les allégations faisant état de sa participation au comportement illégal.

59. Nous faisons observer que cette affirmation concerne les résultats des discussions qui ont eu lieu lors des réunions des producteurs de polypropylène. Anic se prévaut de ce qu'elle n'a pas mis en œuvre les initiatives faisant l'objet des réunions pour prouver qu'elle n'a pas participé aux ententes. Ce faisant, Anic s'efforce toutefois de déplacer la base juridique de son argumentation en adoptant la thèse selon laquelle il ne peut y avoir de pratique concertée sans que celle-ci ne se concrétise sur le marché. Or, cette thèse a été analysée et rejetée dans des points précédents des présentes conclusions³⁴.

33 — Voir les conclusions de l'avocat général Sir Gordon Slynn sous l'arrêt du 7 juin 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commission* (100/80, 101/80, 102/80 et 103/80, Rec. p. 1825). Voir également la jurisprudence américaine *Hunt/Mobil Oil Corp.* (Supreme Court 1977) 465 F Supp. 195, 231.

34 — Voir points 22 et suiv.

60. Ainsi que nous l'avons déjà signalé, l'élément décisif dont il convenait d'apporter la preuve dans l'affaire en cause était l'objet des réunions successives des producteurs de polypropylène. L'exécution ou non des décisions prises dans le cadre de ces réunions ne peut être utilisée comme un indice de non-participation aux activités illégales en cause. En conséquence, dès lors que le Tribunal fonde à bon droit ses conclusions sur le seul fait que des initiatives de prix ont été convenues (points 112 et 113 de l'arrêt attaqué), il n'a violé aucune règle relative à la charge de la preuve en ne tenant pas compte, comme indice de participation ou non à l'objet des réunions, des allégations d'Anic qui ont trait à la mise en œuvre scrupuleuse ou non des résultats de ces réunions. A cet égard, ces allégations sont dépourvues de pertinence.

En conséquence, nous considérons que le moyen d'annulation en cause doit être rejeté dans son ensemble.

3. *Quant à l'exactitude du terme « infraction unique »*

61. Le chapitre le plus important de la controverse juridique opposant la Commission et Anic dans le cadre du présent pourvoi a trait à la question de la qualification du comportement en cause comme « infraction unique », qualification utilisée par la Commission et acceptée par le Tribunal, ainsi qu'à la relation de cette

notion avec celle de « responsabilité collective ».

62. C'est à cette question que se réfèrent aussi bien l'ensemble des moyens invoqués par la Commission à l'appui de son pourvoi qu'une partie importante du pourvoi incident d'Anic. La similitude du problème juridique soulevé par les deux parties appelle un examen unique des arguments avancés, qui souvent ne constituent que l'envers des arguments de la partie adverse.

63. Il convient tout d'abord de reprendre les points 203 et 204 de l'arrêt attaqué, qui sont formulés dans les termes suivants :

« Quant à la question de savoir si la Commission était en droit de conclure à l'existence d'une infraction unique, qualifiée à l'article 1^{er} de la décision d'un accord et une pratique concertée, le Tribunal rappelle que les différentes pratiques concertées observées et les différents accords conclus s'inscrivaient, en raison de leur objet identique, dans des systèmes de réunions périodiques, de fixation d'objectifs de prix et de quotas.

Il faut souligner que ces systèmes s'inscrivaient dans une série d'efforts des entreprises en cause poursuivant un seul but économique, à savoir fausser l'évolution normale des prix sur le marché du polypropylène. Il serait donc artificiel de subdiviser ce comportement continu, caracté-

risé par une seule finalité, en y voyant plusieurs infractions distinctes. En effet, la requérante a pris part — pendant des années — à un ensemble intégré de systèmes qui constituent une infraction unique qui s'est progressivement concrétisée tant par des accords que par des pratiques concertées illicites.»

a) Arguments des parties

64. L'argumentation de la Commission se focalise sur la définition du contenu de la responsabilité de chaque producteur de polypropylène en partant du principe qu'ils auraient commis une « infraction unique ». Par le biais de cette notion, la Commission s'efforce de décrire principalement l'ensemble des actions illégales de concertation entre producteurs de polypropylène, qui s'étendent sur une période relativement longue. Selon la Commission, le fait de qualifier l'infraction d'« unique » entraîne la reconnaissance de la responsabilité de chaque producteur pour l'ensemble de l'activité illégale pour la période où il a participé à la concertation, qu'il ait ou non assisté à chacune des réunions organisées et qu'il ait ou non participé aux diverses manifestations du comportement globalement illégal. La preuve de la participation aux différentes actions illégales ne revêt d'importance, selon la Commission, que pour la détermination de l'amende.

65. La Commission souligne que tel est le sens de tout ce qu'elle a exposé dans la décision « polypropylène » en cause ici. En

conséquence, en annulant la décision de la Commission en tant qu'elle reconnaît la responsabilité d'Anic pour certains des divers comportements qui composent l'« infraction unique » (à savoir sa participation, premièrement, aux initiatives de prix au cours de la période suivant le second semestre de l'année 1982, deuxièmement, à la limitation des ventes mensuelles pour ce second semestre et, troisièmement, aux mesures visant à faciliter la mise en œuvre des initiatives de prix; voir points 115, 178 et 127 de l'arrêt attaqué), le Tribunal a fait une interprétation erronée de la décision « polypropylène », en déduisant de celle-ci des constatations qui n'y figuraient pas. Parallèlement, le fait d'exclure la responsabilité d'Anic pour ces divers actes est, selon ce même raisonnement, incompatible avec l'appréciation du Tribunal selon laquelle c'est à bon droit que la Commission a conclu que l'infraction des producteurs de polypropylène revêtait un « caractère unique » (points 203 et 204 de l'arrêt attaqué). La Commission considère que, sur ce point, les motifs de l'arrêt sont en contradiction avec son dispositif.

66. En résumé, la Commission demande l'annulation de l'arrêt quant à la partie où il écarte la responsabilité d'Anic pour l'infraction dans son ensemble durant la période où elle a participé à celle-ci et où il réduit, de ce fait, l'amende infligée.

67. Anic se prévaut, elle aussi, d'une contradiction entre les motifs et le dispositif de l'arrêt, mais en se plaçant, évidemment, à un autre point de vue. Elle fait valoir que, dès lors qu'il a considéré la participation d'Anic aux réunions des producteurs de polypropylène comme un élément décisif

pour établir sa responsabilité, le Tribunal aurait dû accepter, en conséquence du caractère unique de l'infraction, d'exclure la responsabilité d'Anic pour la période où elle a cessé de participer à ces réunions (c'est-à-dire la période postérieure à la mi-1982; voir points 91 et 100 de l'arrêt). Dans le même temps, elle relève des vices entachant la motivation de l'arrêt pour la partie qui a trait à la participation de la société à l'infraction après la mi-1982.

68. Anic complète sa critique de l'arrêt du Tribunal en contestant la qualification de l'infraction comme « unique », principalement en raison des effets qu'a cette qualification, et qui, selon la société, consistent dans l'imputation d'une responsabilité collective pour les infractions commises. Anic considère qu'on lui impute ainsi des comportements auxquels il n'a pas été établi qu'elle a pris part. Le Tribunal méconnaît ainsi le principe général de la personnalité de la responsabilité pénale, qui est applicable par analogie aux cas d'amendes sanctionnant des infractions au droit de la concurrence. En même temps, la société fait valoir que l'arrêt n'est pas suffisamment motivé, dans la mesure où il ne répond pas au moyen tiré de la responsabilité collective.

69. Aussi Anic attaque-t-elle l'arrêt en affirmant que ses motifs sont en contradiction avec son dispositif dans la mesure où, alors que sa participation à quatre des cinq comportements constituant une « infraction unique » n'a pas été prouvée, elle s'est

quand même vu imputer une responsabilité pour cette infraction³⁵.

b) Notre réponse aux questions précitées

i) Personnalité de la responsabilité des entreprises pour infractions à l'article 85

70. La spécificité des faits du litige ainsi que la description qui en a été donnée se situent au coeur de la question juridique soulevée par les parties requérantes au pourvoi dans leurs moyens examinés ici. Le fait de désigner les comportements divers, successifs et complexes des producteurs de polypropylène par le terme « infraction unique » est regardé par les deux parties comme ayant des conséquences directes sur la détermination précise de la responsabilité qu'il y a lieu d'imputer à ceux qui violent les règles communautaires en matière de libre concurrence. Il convient donc, tout d'abord, d'examiner la question de la nature de cette responsabilité.

71. Les infractions à l'article 85 sont commises par plus d'un opérateur commercial,

35 — Ce moyen porte en substance sur le contenu et la délimitation des notions d'« infraction unique » et de « responsabilité collective » et est, de ce fait, davantage lié à la question de savoir si le Tribunal a, oui ou non, appliqué correctement l'article 85, paragraphe 1, du traité qu'à la constatation d'une contradiction dans l'arrêt. C'est la raison pour laquelle Anic ne demande pas, à ce stade, l'annulation de l'arrêt attaqué pour contradiction dans les motifs, mais se borne à le faire uniquement par rapport aux limites temporelles de sa participation à l'infraction.

qui coordonnent illégalement leurs comportements. La *coordination* du comportement constitue l'élément le plus important de l'existence objective même de l'infraction. L'implication individuelle dans les comportements illégaux visés par l'article 85 peut être rendue par le terme « participation » à un accord ou à une pratique concertée.

72. Il est, toutefois, utile de formuler dès à présent une remarque relative à la distinction entre, d'une part, la circonstance qu'une entreprise répond aux conditions d'applicabilité de l'article 85 et, d'autre part, l'imputation à celle-ci du comportement correspondant. La « participation » à l'infraction se situe conceptuellement à un niveau distinct de la responsabilité, antérieur à celle-ci. L'imputation finale de la responsabilité présuppose une série d'éléments, dont le premier est l'élément matériel, à savoir l'adoption même du comportement illégal. Il n'y a éventuellement responsabilité (élément décisif pour l'application d'une amende³⁶) que dans la mesure où l'activité illégale a été établie et toujours en relation avec celle-ci.

73. Dans le cas d'espèce, la difficulté tient au caractère complexe du comportement illégal. Celui-ci s'étale dans le temps, il se subdivise en actions distinctes et concerne un ensemble de sociétés, dont la composition et la participation n'ont pas été rigoureusement stables au cours de leur

action commune³⁷. On est, par conséquent, confronté à une situation où la participation aux réunions des producteurs de polypropylène varie dans le temps en fonction de chaque société et où la participation aux divers accords et pratiques concertées est inégale. Comment dans ce cas déterminer la responsabilité individuelle de chaque entreprise?

74. Nous pensons que la réponse adéquate est la suivante: chaque société ne peut être rendue responsable que de ses actes propres. En d'autres termes, il y a lieu d'appliquer le principe de la personnalité de la responsabilité, qui s'oppose à ce que l'on attribue à une personne des infractions dont elle n'a pas été auteur, coauteur ou complice. Bien entendu, on pourrait objecter que ce principe vaut dans le domaine du droit pénal et que, en l'espèce, la Commission n'a pas de compétences pénales. Toujours est-il que, à notre sens, l'élément décisif demeure le fait que, dans le cadre des pouvoirs que lui confère l'article 15 du règlement n° 17 du Conseil, la Commission exerce une fonction consistant simplement dans l'application de sanctions³⁸.

75. Les principes de la légalité et, plus généralement, de l'État de droit, qui constituent des principes fondamentaux de l'ordre juridique communautaire et des droits

37 — En revanche, ceux que nous appellerons abusivement des cas courants d'infraction à la concurrence (en ce sens qu'ils ont fait l'objet d'une analyse jurisprudentielle de la part de la Cour) ne présentaient, de ce point de vue, aucun problème en matière d'imputation de la responsabilité. La « participation » à une infraction isolée fondait la reconnaissance de la responsabilité correspondante.

38 — En dépit de ce qui est dit dans le règlement n° 17, l'application d'une amende n'en reste pas moins une sanction extrapénale.

36 — Voir article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17 du Conseil.

nationaux respectifs des États membres, exigent l'adoption du principe de la personnalité de la responsabilité, que la réprobation par l'ordre juridique d'un certain comportement illégal donné prenne la forme plus spécifique d'une sanction pénale ou d'une sanction administrative-extrapé-nale³⁹.

76. Cependant, on ne résout pas automatiquement le problème qui se pose ici en proclamant la personnalité de la responsabilité. De quels actes chacune des sociétés productrices de polypropylène s'est-elle rendue coupable, actes dont elle doit porter la responsabilité correspondante? La réponse adéquate consiste à dire que sa responsabilité personnelle trouve son origine dans sa participation à une série de réunions et sa coopération à l'objet de chacune d'entre elles, objet portant atteinte à la libre concurrence. Semblables quant à leur nature juridique (qu'ils aient revêtu la forme d'accords ou de pratiques concertées⁴⁰), ces comportements s'inscrivaient dans une succession temporelle et étaient, en outre, liés par le fait qu'ils poursuivaient le même objectif économique dans une conjoncture économique donnée. Toutefois, en tant qu'événements du monde extérieur, en tant qu'actes délimités dans le temps et dans l'espace, ils n'en conser-

vent pas moins leur autonomie et leur particularité, d'autant plus que leur contenu spécifique diffère chaque fois. Aussi était-il décisif, en l'espèce, afin de définir précisément l'infraction commise par chaque société prise individuellement, de prendre en considération les objets concrets par rapport auxquels cette société s'est livrée à une concertation illégale et a coordonné son comportement commercial avec celui de ses concurrents⁴¹.

77. Le point de vue contraire, qui suppose que l'on reconnaisse, abstraitement, une responsabilité à chaque entreprise, dans les limites de la période où elle a participé à l'entente, pour la totalité de l'«infraction unique» commise par les producteurs de polypropylène, indépendamment de la question de savoir si sa participation à chacune des diverses actions est établie, tient de la logique déductive et n'est pas conforme au principe de la personnalité de la responsabilité.

ii) Notion d'«infraction unique» dans le raisonnement du Tribunal

78. Il convient d'abord de souligner que, selon nous, en usant de la notion d'«infraction unique» pour qualifier l'ensemble

39 — La tendance à envisager l'analyse juridique des sanctions extrapénales sous l'angle des sanctions pénales correspondantes est dictée par une conception, à nos yeux plus exacte et plus démocratique, des relations citoyen-État et particulier-autorité publique en général. Il semble, du reste, que cette tendance prévale ces dernières années dans les ordres juridiques nationaux et se retrouve aussi dans les arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme (voir, par exemple, l'arrêt du 21 février 1984, *Oztürk*). Par ailleurs, en dépit de ce qui ressort de la lettre de l'article 15, paragraphe 4, du règlement n° 17, on pourrait affirmer de manière convaincante que les amendes qui peuvent être infligées en cas d'infraction aux règles de la concurrence revêtent, du fait notamment de leur objet et de leur importance, un «caractère répressif». Dans ce cas, l'application du principe de la personnalité de la responsabilité devrait être tenue pour évidente.

40 — Voir points 22 et suiv. ci-dessus.

41 — Ainsi que nous l'avons, évidemment, exposé, la «participation» d'une société donnée au comportement illégal en cause réside dans sa participation à une concertation dont l'objet est contraire à la libre concurrence. Tel est l'«acte» qui, en l'espèce, répond aux conditions objectives définies par l'article 85, et donc l'élément dont il convient d'apporter adéquatement la preuve en rapport avec chaque aspect de l'activité illégale.

des comportements des producteurs de polypropylène, le Tribunal n'a pas imputé une responsabilité collective aux entreprises participantes en général et à Anic en particulier. En d'autres termes, il n'a pas violé le principe de la personnalité de la responsabilité.

79. La parenté et l'intrication des comportements des producteurs de polypropylène ont déjà été mentionnées: ceux-ci ont violé la même règle de droit par des actes successifs et répétés poursuivant un même objectif et s'inscrivant dans une même conjoncture économique. Cette remarque conduit à constater que le comportement global en cause présente une continuité, voire une unicité, qui n'est pas sans effets sur le plan juridique.

80. Dans le cadre de ce raisonnement, le caractère complexe du phénomène en cause, tel qu'il a été décrit, peut être rendu avec une précision suffisante par les termes d'infraction «continué» ou «unique». Cette qualification procède, selon le modèle du droit pénal⁴², de la nécessité d'une procédure plus rationnelle. On adopte ainsi, entre autres, un mode uniforme de calcul du délai de prescription, avec comme point de départ la date de la fin de

l'infraction continuée et on n'impose qu'une sanction à chaque participant pour l'ensemble de son comportement illégal.

81. En conséquence, la qualification d'un comportement comme unique ou continué se réfère à des faits dont elle présuppose et suit l'établissement et la qualification juridique. Ce qu'elle exprime, d'une manière abstraite, c'est la relation entre plusieurs actes dont chacun, examiné séparément, constitue une infraction à part entière.

82. La notion d'infraction unique ou continuée intègre donc les diverses infractions séparées: il s'ensuit que, si elle ne constitue pas la simple somme des divers comportements, elle ne comprend toutefois pas plus que ces comportements. Donnant, au terme d'un raisonnement, une image globale précise — autant que faire se peut — de la réalité, cette notion ne peut, logiquement, être utilisée pour procéder a posteriori à une appréciation juridique distincte des éléments de cette réalité.

83. Sous cet angle, le fait que le Tribunal ait décrit le comportement des producteurs de polypropylène comme une infraction unique ne pose pas de problème. Il s'agit d'une qualification des faits qui est justifiée par les données de l'affaire. C'est, pensons-nous, dans cet esprit qu'il convient d'interpréter la remarque du Tribunal selon laquelle «il serait donc artificiel de subdiviser ce comportement continu, caractérisé par une seule finalité, en y voyant plusieurs infractions distinctes». Envisagée dans l'abstrait, cette phrase laisse subsister des

42 — Voir, pour la notion d'infraction continuée, Stephani, G., Levasseur, G., et Boulou, B.: *Droit pénal général*, 15^e édition, Dalloz, Paris, 1994, p. 188 et suiv. Il convient de signaler que, si elle s'apparente à l'«infraction continue» sur une série de points (début et interruption de la prescription, unicité des poursuites, unicité de la peine), l'infraction continuée ne se confond toutefois pas avec cette dernière. Il s'agit d'une forme intermédiaire entre l'infraction instantanée et l'infraction continue. Il s'agit plus précisément d'infractions ponctuelles répétées, qui présentent des éléments de continuité et d'unité. De ce fait, la notion d'«infraction continuée» est juridiquement plus précise que celle d'«infraction unique». En l'espèce, ces deux termes doivent être considérés comme synonymes.

incertitudes quant à son sens. Toutefois, dans ce passage, le Tribunal fait en réalité ressortir le trait d'union qui relie et unifie le comportement illégal des entreprises produisant du polypropylène, sans préjuger la responsabilité qu'il convient d'imputer individuellement à chaque entreprise⁴³.

iii) Bien-fondé des divers arguments des parties

84. En outre, le moyen, invoqué par la Commission, selon lequel le Tribunal aurait mal interprété sa décision n'a de sens, dans le cadre du contrôle exercé au niveau du pourvoi, que si l'on considère qu'il sous-entend que le Tribunal a fait une application erronée de la loi. Or, le Tribunal n'a pas commis d'erreur s'agissant de la question de la responsabilité qu'il convient, dans le cadre de la présente affaire, d'attribuer à Anic en application de l'article 85, paragraphe 1, du traité.

85. D'autre part, le moyen, invoqué par Anic, selon lequel une responsabilité lui est imputée pour des comportements auxquels elle n'a pas participé personnellement ne semble pas être fondé. La société considère qu'elle n'a pas participé à une pratique concertée au motif qu'elle n'a jamais mis en œuvre sur le marché les décisions convenues lors des réunions entre producteurs de polypropylène. Toutefois, cet élément n'a

aucune incidence sur l'établissement de la participation à une pratique concertée lorsque celle-ci a un objet contraire aux règles régissant la concurrence.

86. Dans cette optique, c'est à bon droit que le Tribunal arrive à la conclusion selon laquelle «[la Commission) a apporté à suffisance de droit la preuve de la réunion dans le chef de la requérante de chacun des éléments constitutifs de cette infraction pendant la durée de sa participation au système des réunions périodiques de producteurs de polypropylène et..., dès lors, la Commission ne lui a pas imputé la responsabilité du comportement d'autres producteurs» (point 206 de l'arrêt attaqué). En conséquence, l'arrêt rendu en première instance n'a imputé ni explicitement ni indirectement un quelconque «responsabilité collective».

87. Il reste à examiner le moyen qu'Anic tire de l'existence d'une contradiction dans l'arrêt attaqué, dans la mesure où, alors qu'il lie l'implication de la société dans l'infraction unique à sa participation aux réunions des producteurs de polypropylène, le Tribunal étend chronologiquement sa responsabilité au-delà de la date à laquelle elle a cessé de participer à ces réunions. Anic ajoute que l'élément utilisé par le Tribunal pour lui imputer une responsabilité au-delà de la mi-1982 — à savoir la notification, fin octobre 1982, d'un document mentionnant les «aspirations» d'Anic concernant le volume des ventes pour le premier trimestre de 1983 — ne suffit pas

43 — Pour bien étayer en fait cette responsabilité, conformément à ce qui précède, le Tribunal examine si chaque entreprise distincte, et Anic en l'espèce, a participé à chaque volet du comportement en cause et pendant combien de temps.

pour établir une infraction à l'article 85 au cours de cette période⁴⁴.

88. L'argumentation développée par Anic s'appuie en substance sur le point de vue selon lequel l'un des éléments décisifs pris en considération pour qualifier l'infraction d'unique est l'existence même d'un système de réunions périodiques. Nous ne considérons pas qu'un tel élément ait une importance décisive. Le caractère unique de l'infraction résulte, comme nous l'avons déjà indiqué, de l'unicité d'objet et de l'identité de qualification juridique des comportements examinés. En l'espèce, dès lors que ces comportements consistent en des accords et des pratiques concertées, l'élément indispensable est celui de la coordination et de la concertation. Toutefois, la manière dont cette concertation se fait dans chaque cas n'a aucune espèce d'importance. Elle peut avoir lieu dans le cadre de réunions, par des entretiens téléphoniques, par l'échange de documents, par la combinaison de ces procédés ou de toute autre manière. Il suffit, bien entendu, de prouver dûment l'existence et le contenu de la concertation. Le fait que, dans le cadre de la présente affaire, on ait adopté le système des réunions périodiques ne signifie donc pas que la notion d'infraction unique ne peut inclure que ce qui relève du contenu de ces réunions. Tout autre comportement constitutif d'une violation de l'article 85 et visant le même objectif consistant à fausser l'évolution naturelle des prix du polypropylène peut également être couvert par la notion d'infraction unique. Aussi, l'attribution à Anic d'une responsabilité pour une période postérieure à la date à laquelle elle a cessé de participer aux réunions des producteurs de polypropylène ne contre-

dit-elle pas la qualification de l'infraction en cause comme « unique »⁴⁵.

89. Il s'ensuit que le Tribunal a procédé à une imputation correcte de la responsabilité qui incombe à Anic dans le cadre de la présente affaire, sans que l'on ne remarque de contradiction dans le développement du raisonnement qui a présidé à cette imputation. En conséquence, le seul moyen d'annulation invoqué par la Commission ainsi que les moyens d'annulation invoqués par Anic et qui se réfèrent aux points pertinents de l'arrêt rendu en première instance doivent être rejetés comme non fondés.

4. *Quant à l'existence d'un traitement discriminatoire (inégal)*

90. Anic se prévaut également de l'argument selon lequel elle fait l'objet d'un traitement discriminatoire, dû au fait que la Commission a formé un pourvoi contre l'arrêt rendu à son propos en première instance, alors qu'elle s'est abstenue de le faire à l'encontre de l'arrêt rendu par le Tribunal dans l'affaire Shell/Commission⁴⁶ en ce qui concerne la partie où l'amende infligée par la Commission a également été diminuée, alors que le Tribunal y aurait suivi, s'agissant de la détermination de la responsabilité de la société en question, un

45 — Du moment, bien entendu, que l'on prouve sa participation, sinon aux réunions, à tout le moins aux concertations entreprises.

46 — Il s'agit de l'arrêt du 10 mars 1992 (T-11/89, Rec. p. II-757), qui s'inscrit également dans la série des affaires « polypropylène ».

44 — Pour ce moyen, voir points 37 et suiv. ci-dessus.

raisonnement en tout point analogue à celui développé concernant Anic.

91. Il suffit de signaler à ce sujet, conformément à la réponse de la Commission sur ce point, que, dans la mesure où l'argument d'Anic peut être considéré comme contenant un moyen d'annulation, ce moyen, dès lors qu'il n'invoque aucune irrégularité de l'arrêt rendu en première instance, doit être rejeté comme irrecevable.

5. *Quant à l'imputation de l'infraction à Anic*

92. Selon l'argumentation développée par Anic sur ce point, le Tribunal a commis une erreur de droit en adoptant un double critère pour identifier la société à laquelle il devait imputer l'infraction à l'article 85. Plus particulièrement, selon Anic, le juge du fond a, pour l'imputation de la responsabilité, appliqué alternativement le critère de la continuité juridique et celui de la continuité économique-fonctionnelle de l'entreprise. De cette manière, soutient Anic, la sécurité juridique est ébranlée, tandis que l'on donne la possibilité aux entreprises, soit par leur fusion avec d'autres entreprises, soit par la vente à différents acheteurs de l'ensemble de leurs activités, de jouir de l'impunité pour d'éventuelles illégalités qu'elles auraient commises.

93. Qui plus est, Anic soutient que, du fait de l'erreur de droit commise par le Tribunal quant au critère d'imputation de la responsabilité, Anic fait l'objet d'un traitement juridique discriminatoire par rapport aux autres entreprises. Selon la société, la Commission a appliqué un traitement différent au binôme Anic/SIR, d'une part, et au binôme Saga Petrokjemi/Statoil, d'autre part. Ainsi, tandis que la fusion de Saga Petrokjemi avec la société Statoil s'est traduite par l'imputation d'une responsabilité à cette dernière seulement, en l'espèce, Anic a été tenue pour responsable tant des infractions reprochées à SIR, société qu'elle a achetée en 1980, que de celles correspondant à la période postérieure à la date à laquelle Anic a cédé ses activités dans le secteur du polypropylène à Monte.

94. La Commission considère que ce moyen est formulé en termes trop généraux et est, de ce fait, irrecevable. En outre, selon elle, le Tribunal n'a nullement appliqué ce double critère lorsqu'il a imputé une responsabilité à Anic. Il a simplement rejeté les allégations d'Anic selon lesquelles il y avait discrimination par rapport à la société Saga Petrokjemi. La Commission souligne à cet égard que la société Saga Petrokjemi a été absorbée par Statoil et que la responsabilité de celle-ci pour les actes de la première constitue la conséquence naturelle de cette absorption. En revanche, le transfert à Monte du département polypropylène d'Anic n'a pas marqué la fin de l'existence de cette dernière en tant que personne morale. La Commission indique, à ce sujet, qu'il convient d'opérer une distinction entre un secteur de production et l'ensemble d'une entreprise. Anic s'est présentée sur le marché comme une entreprise unique et elle n'était pas constituée d'autant d'entreprises qu'elle comportait de secteurs de production; en outre, elle a suivi une

stratégie commerciale unique. Enfin, la Commission relève que, comme le Tribunal l'admet aux points 241 et 242 de l'arrêt, jamais Anic n'a été rendue responsable des actes de la société SIR.

95. En invoquant ce moyen d'annulation, Anic conteste le critère adopté par le Tribunal pour «déterminer la personne physique ou morale qui était responsable de l'exploitation de l'entreprise au moment où l'infraction a été commise afin qu'elle réponde de celle-ci» (point 236 de l'arrêt attaqué). En ce qui concerne Anic, le Tribunal admet que «la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise au moment de la commission de l'infraction a continué d'exister jusqu'à l'adoption de la décision. Il s'ensuit que c'est à bon droit que la Commission lui a imputé l'infraction» (point 238 de l'arrêt attaqué).

96. Eu égard aux considérations qui précèdent, le moyen d'annulation invoqué par Anic n'a de sens et n'est, en principe, recevable que pour la partie concernant l'imputation de la responsabilité à la société, conformément au point précité du l'arrêt du Tribunal.

97. Il est toutefois vrai que, sur ce point, le raisonnement du Tribunal sort des limites de la présente affaire, puisqu'il entreprend d'examiner le cas où, entre le moment où l'infraction est commise et le moment où l'entreprise en cause doit en répondre, la société responsable de l'exploitation de cette entreprise a cessé d'exister juridiquement (point 237 de l'arrêt attaqué). C'est

précisément ce point de l'arrêt qu'attaque en substance Anic lorsqu'elle se réfère à l'existence d'un «double critère» d'imputation de la responsabilité. Toutefois, ses arguments ne semblent pas contester le seul et unique — comme nous l'avons déjà fait remarquer — critère en fonction duquel une responsabilité a été imputée à Anic: la société continuait d'exister en tant que personne morale au moment où les sanctions administratives ont été infligées. En conséquence, dans la mesure où l'argumentation d'Anic ne se réfère pas au critère selon lequel une responsabilité lui a été imputée, elle doit être rejetée comme dépourvue de pertinence⁴⁷.

98. En revanche, lorsqu'elle fait grief au Tribunal d'avoir opéré une distinction illégale entre sa responsabilité et celle imputée à d'autres entreprises, Anic met, à juste titre, en lumière un vice entachant la motivation de l'arrêt attaqué. Il suffit toutefois d'indiquer à cet égard, comme le Tribunal le relève à bon droit au point 239 de l'arrêt attaqué, que le cas de Saga Petrokjemi est différent et ne peut, dès lors, être comparé à celui d'Anic, puisqu'il concerne une société qui avait cessé d'exister en tant que personne morale au moment où les sanctions administratives ont été infligées.

99. En outre, le Tribunal souligne qu'aucune responsabilité n'a été imputée à Anic pour des actes commis par la société SIR

47 — A plus forte raison, comme le Tribunal l'a indiqué à juste titre, le cas hypothétique d'une entreprise qui serait disparue en tant qu'entité juridique aussi bien qu'économique ou celui d'une infraction commise par une entreprise appartenant à un groupe ne présentent pas d'intérêt dans le cadre de la présente affaire.

(point 241 de l'arrêt attaqué). Ces actes auraient dû, au cas où une procédure administrative les concernant aurait été engagée, être imputés à SIR elle-même, qui continuait d'exister en tant que personne morale, ne fût-ce que pour les besoins de la liquidation (point 242 de l'arrêt). Il s'ensuit donc que le Tribunal a appliqué pour SIR le même critère d'imputation de la responsabilité que celui adopté pour Anic.

Des considérations qui précèdent, il ressort que le raisonnement suivi par le Tribunal sur les points précités est entièrement correct.

6. *Quant à l'amende*

100. Selon Anic, le Tribunal aurait dû réduire davantage le montant de l'amende qui lui a été infligée, au motif que l'infraction constatée aurait pris fin, pour ce qui la concerne, en juin et non en octobre 1982. En outre, Anic affirme que le Tribunal n'a pas apprécié correctement la gravité de l'infraction qu'elle aurait commise. En premier lieu, il n'a pas tenu compte du rôle extrêmement limité que cette société a joué dans le cartel des producteurs de polypropylène. Parallèlement, examinant les effets de l'infraction (points 280 de l'arrêt attaqué), il a omis de prendre en compte le comportement individuel d'Anic lorsqu'il a fixé le montant de l'amende qui lui a été infligée et a ainsi violé le principe de la personnalité de la responsabilité. Enfin, Anic affirme que, pour apprécier la gravité

de son comportement, le Tribunal a tenu compte à tort de données relatives à sa part de marché dans le secteur du polypropylène qui lui ont été communiquées par la Commission. Outre le fait qu'elles manquaient de précision, ces données se référaient à l'année 1983 et non à l'année 1982, époque à laquelle le comportement illégal d'Anic a cessé. Par ailleurs, Anic soutient que c'est à tort que la Commission a calculé le montant de son chiffre d'affaires sur la base du taux de change lire-écu en vigueur en 1982; elle était, au contraire, tenue d'appliquer le taux de change en vigueur en 1986, époque à laquelle l'amende a été infligée.

101. Selon la Commission, l'argument d'Anic concernant la durée limitée de sa participation à l'infraction doit être rejeté comme irrecevable, car il remet en question la constatation des faits opérée par le Tribunal. Les griefs d'Anic relatifs aux constatations du Tribunal concernant la gravité du comportement en cause sont également irrecevables, parce que le point 280 de l'arrêt attaqué ne méconnaît pas le principe de la personnalité de la responsabilité. C'est à juste titre que le montant des amendes infligées varie en fonction de la gravité du comportement de chaque entreprise.

102. Par ailleurs, la Commission fait valoir qu'elle n'a pas tenu compte, lors de l'adoption de la décision litigieuse, du tableau concernant les parts du marché du propylène détenues en 1983 par les diverses sociétés. En tout état de cause, la détermination du montant des amendes ne repose pas — et ne peut reposer — sur une opération purement mathématique. Enfin,

la Commission soutient que le chiffre d'affaires d'Anic est le même, qu'il soit calculé en liras ou en écus, dès lors que l'élément décisif est, légalement, la parité de ces deux devises en vigueur en 1982.

103. Il convient tout d'abord de signaler que la possibilité d'infliger des amendes en cas de violation de l'article 85, paragraphe 1, du traité est prévue explicitement par l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17 du Conseil. Selon cette même disposition, les critères qui sont pris en considération pour la détermination du montant de l'amende sont la gravité de l'infraction et sa durée.

104. De ces deux critères, celui qu'il y a lieu de spécifier est celui qui a trait à la gravité du comportement illégal. A cet égard, la Cour a jugé que « la gravité des infractions doit être établie en fonction d'un grand nombre d'éléments tels que, notamment, 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 »⁴⁸.

105. Dans ce contexte, le Tribunal est seul compétent, en tant que juge du fond, pour

contrôler la manière dont la Commission apprécie pour chaque cas la gravité du comportement illégal. Le contrôle exercé au niveau du pourvoi ne peut avoir pour objet que de vérifier dans quelle mesure le juge du fond a, dans le cadre de chaque affaire, tenu compte de manière juridiquement correcte de tous les facteurs substantiels pour apprécier la gravité d'un comportement donné à la lumière de l'article 85. Ce contrôle ne s'étend, toutefois, pas à la manière dont le Tribunal a, à chaque fois, apprécié ces facteurs.

106. En l'espèce, il est utile de faire la remarque suivante: comme nous l'avons déjà conclu précédemment dans les présentes conclusions⁴⁹, il convient d'écarter l'argument d'Anic relatif aux limites temporelles de sa participation à l'infraction à l'article 85 commise par les producteurs de polypropylène.

Anic considère que la prise en compte des effets globaux de l'infraction comme critère pour la détermination de l'amende qui lui est infligée individuellement est erronée en droit. Mais il existe une différence entre les effets qu'entraîne un comportement tel que décrit à l'article 85, paragraphe 1, du traité, question qui importe en l'espèce, et le rôle plus spécifique que joue chaque entreprise dans le cadre de ce comportement.

107. Ces critères doivent tous deux être pris en considération lors de l'appréciation

48 — Ordonnance de la Cour du 25 mars 1996, SPO e.a./Commission (C-137/95 P, Rec. p. I-1611, point 54). Voir aussi les arrêts de la Cour du 15 juillet 1970, Boehringer Mannheim/Commission (45/69, Rec. p. 769); Musique Diffusion française e.a./Commission (déjà cité à la note 33, point 120), et du 8 novembre 1983, IAZ e.a./Commission (96/62 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, Rec. p. 3369, point 52).

49 — Voir points 87 à 89 ci-dessus.

de la gravité de l'infraction commise. Aussi, procédant de la sorte à une application et à une interprétation correctes des dispositions communautaires pertinentes, après avoir jugé que « les effets pris en considération par la Commission pour fixer le niveau général des amendes ne sont pas ceux résultant du comportement effectif que prétend avoir adopté une entreprise, mais bien ceux résultant de l'ensemble de l'infraction à laquelle l'entreprise a participé » (point 280 de l'arrêt), le Tribunal a-t-il estimé que c'est à juste titre que ces critères ont été pris en considération (point 282).

108. Anic conteste également la partie de l'arrêt attaqué qui a trait à l'appréciation de sa contribution individuelle à l'infraction globale, en faisant valoir que le Tribunal n'aurait pas suffisamment considéré le caractère marginal de sa participation. Il ressort de l'arrêt attaqué que le Tribunal a rejeté les arguments d'Anic relatifs au rôle de celle-ci dans l'infraction, en soulignant que la société avait délibérément participé à l'infraction et en distinguant le rôle qu'elle a joué de celui des « quatre grands » producteurs de polypropylène (points 262 à 266 de l'arrêt attaqué). Le Tribunal a donc, sur ce point, motivé suffisamment son arrêt; quant à l'appréciation des faits, elle sort des limites du contrôle exercé au niveau du pourvoi.

109. Il reste à examiner la partie de l'argumentation d'Anic se rapportant à la manière dont ont été évalués sa part de marché

dans le secteur du polypropylène ainsi que son chiffre d'affaires global, en tant que critères utilisés pour la détermination de l'amende qui lui a été infligée. En effet, ces deux éléments sont capitaux pour déterminer la taille et l'importance économique d'une société donnée, ce qui permettra ensuite de calculer l'amende qui doit lui être infligée. En outre, l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17 prévoit que l'amende infligée ne peut, dans tous les cas, dépasser 10 % du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédant celui au cours duquel les infractions ont été commises.

110. Toutefois, à l'exception de ce plafond, l'appréciation des autres éléments intervenant dans la détermination finale de l'amende relève du pouvoir discrétionnaire de la Commission et est soumis au contrôle du juge du fond, en l'occurrence le Tribunal de première instance. En tout état de cause, les critères pertinents sont évalués par la Commission, qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire à cet effet, dès lors que le montant total de l'amende n'est pas calculé mathématiquement en fonction des facteurs précités. Dans le cadre de la présente affaire, le Tribunal a admis (voir point 273 de l'arrêt attaqué) que la Commission a tenu compte, d'après ce qu'elle indique au point 109 de la décision « polypropylène », aussi bien des ventes de chaque société à l'intérieur de la Communauté que du chiffre d'affaires total de chacune. La question de savoir si le chiffre d'affaires retenu pour Anic est celui de l'année 1983, comme le prétend la société, ou de l'année 1982, comme l'affirme la Commission, est liée à la constatation et à l'appréciation, par le juge du fond, des éléments de fait de l'affaire. La remise en cause des éléments de preuve porte atteinte à l'appréciation de

fond faite par le Tribunal et ne peut être acceptée au stade du pourvoi.

111. Enfin, Anic prétend que l'amende qui lui a été infligée aurait dû être calculée sur la base du chiffre d'affaires en écus, selon la parité moyenne lire-écu de 1986.

ment, que la période décisive pour le calcul du montant de l'amende est l'exercice qui précède celui au cours duquel l'infraction a été commise. Il en découle logiquement que la conversion en écus des différentes devises dans lesquelles est calculé le chiffre d'affaires de chaque entreprise se fait, en principe, sur la base des parités en vigueur lors de l'exercice précédant celui au cours duquel l'infraction a été commise.

112. Sur ce point, nous considérons que l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17 est clair. Il ressort de celui-ci, premièrement, que les amendes sont infligées en unités de compte (écus) et, deuxième-

En conséquence, l'appréciation formulée par le Tribunal sur cette question est conforme aux règles communautaires et, donc, légale, tout argument contraire étant dépourvu de fondement.

III — Conclusion

113. Eu égard à ce qui précède, nous proposons à la Cour:

- 1) de rejeter, dans son ensemble, le pourvoi de la Commission;
- 2) de rejeter, dans son ensemble, le pourvoi incident de la société Enichem Anic SpA;
- 3) de compenser les dépens.