CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. NIAL FENNELLY

présentées le 29 octobre 1998 *

Table des matières

I — Introduction I-1373

II — Contexte juridique et factuel I-1373

A — Décision attaquée I-1373

B — Règlement de 1986 ..... I-1376

III — Vue d'ensemble du pourvoi I-1378

IV — Constatation concernant la position dominante collective I-1378

A — Introduction I-1378

B — Argumentation des requérantes I-1379

C — Nature de la position dominante collective I-1380

D — Caractère suffisant de la motivation I-1386

E — Conclusion I-1390

V — Abus reprochés à Cewal I-1390

A — Abus lié à l'Ogefrem I-1390

i) Contexte I-1390

ii) Synthèse des observations présentées dans le cadre du pourvoi I-1393

iii) Analyse des arguments des requérantes I-1394

a) Droit à un procès équitable I-1394

b) Moyen concernant l'incitation à l'action gouvernementale I-1394

— Introduction I-1394

— Pertinence de la doctrine de l'«acte de souveraineté» I-1395

— Nature véritable de l'accord Ogefrem I-1399

c) Prétendue contradiction dans l'arrêt attaqué I-1401

d) Licéité du comportement Ogefrem au regard de l'article 86 ..... I-1401

B — Utilisation des «navires de combat» I-1401

i) Introduction I-1401

ii) Moyens de pourvoi concernant la procédure I-1402

a) Contexte I-1402

* Langue originale: l'anglais.

b) Arrêt attaqué I-1405
c) Arguments développés dans le présent pourvoi I-1405
d) Analyse I-1406
iii) Caractère abusif du comportement litigieux I-1409
a) Problèmes soulevés I-1409
b) Analyse I-1411
— Caractère multilatéral de l'abus I-1411
— Intention d'exclure la concurrence I-1412
— Application de taux s'écartant du tarif de la conférence I-1413
— Partage des pertes de revenus I-1413
— Jurisprudence relative aux «prix prédatoires» I-1414
— Caractère abusif de la pratique des navires de combat I-1417
C — Obligation de conclure des contrats de fidélité à 100 % I-1421
i) Introduction I-1421
ii) Contenu I-1422
iii) Première branche: interprétation incorrecte du règlement de 1986 — fidélité «imposée» I-1423
a) Premier argument subsidiaire — ventes fob I-1424
b) Deuxième argument subsidiaire — listes noires I-1425
iv) Deuxième branche: la Commission ne peut infliger des amendes avant de retirer l'exemption I-1428
VI — Amendes I-1431
A — Introduction I-1431
B — Compétence de la Cour I-1431
C — Argumentation des requérantes I-1432
D — Analyse I-1433
i) Violation du droit à un procès équitable I-1433
ii) Autres arguments I-1437
iii) Taux d'intérêt I-1438
E — Synthèse des recommandations que nous faisons à la Cour I-1439
VII — CEDH I-1440
VIII — Dépens I-1440
IX — Conclusion I-1441

I — Introduction

1. Le présent pourvoi donne pour la première fois à la Cour l'occasion de réfléchir à l'application des articles du traité CE concernant la concurrence aux compagnies maritimes membres de conférences. Ce pourvoi concerne l'abus de position dominante collective reproché aux compagnies membres d'une conférence maritime, la Central and West African Conference (ci-après «Cewal»), opérant entre le Zaïre et certains ports d'Europe du Nord. Les requérantes contestent le caractère collectif de la position dominante dont la Commission a constaté l'existence. Le pourvoi soulève aussi des questions concernant le moyen de défense tiré de l'incitation à une action étatique, les procédures prévues par la réglementation mettant en œuvre les règles de concurrence dans le secteur du transport maritime et l'application de l'article 86 du traité CE à la méthode de fixation des prix connue sous le nom de pratique des «navires de combat». Les requérantes formulent aussi plusieurs griefs en matière procédurale, concernant la manière dont la Commission et le Tribunal de première instance ont traité l'affaire.

II — Contexte juridique et factuel

A — *Décision attaquée*

2. L'article 1er, paragraphe 3, sous b), du règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil, du 22 décembre 1986, déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes [1] (ci-après le «règlement de 1986») définit la «conférence maritime» comme étant «un groupe d'au moins deux transporteurs exploitants de navires qui assure des services internationaux réguliers pour le transport de marchandises sur une ligne ou des lignes particulières dans des limites géographiques déterminées et qui a conclu un accord ou un arrangement, quelle qu'en soit la nature, dans le cadre duquel ces transporteurs opèrent en appliquant des taux de fret uniformes ou communs et toutes autres conditions de transport concertées pour la fourniture des services réguliers».

3. Le présent pourvoi est dirigé contre la décision 93/82/CEE de la Commission, du 23 décembre 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/32.448 et IV/32.450: Cewal, Cowac, Ukwal) et de l'article 86 du traité CEE (IV/32.448 et IV/32.450: Cewal) [2] (ci-après la «décision»). Elle a été adoptée conformément au règlement de 1986. La Commission y décrit Cewal comme une conférence maritime dont les membres assurent «un service de ligne régulier entre des ports du Zaïre [3] et de l'Angola et ceux de la mer du Nord (sauf ceux du Royaume-Uni)» [4]. Agissant sur la base de plaintes reçues en juillet 1997, la Commission a mené une enquête concernant divers comportements anticoncurrentiels prétendus des membres de Cewal et d'autres conférences opérant entre l'Europe et l'Afrique

1 — JO L 378, p. 4.

2 — JO 1993, L 34, p. 20.

3 — Devenu maintenant la République démocratique du Congo.

4 — Point 1 des motifs de la décision. Ces motifs comptent 119 points au total, auxquels nous nous référerons ci-après en parlant simplement de «points» de la décision.

occidentale et centrale. Dans la décision, elle constate que trois conférences maritimes ont violé l'article 85 et que les membres de Cewal ont commis un abus de position dominante collective contraire à l'article 86. Des amendes ont été infligées à quatre des membres de Cewal (à savoir Compagnie maritime belge, Dafra-Lines, Deutsche Afrika-Linien et Nedlloyd Lijnen), la plus élevée (9,6 millions d'écus, soit 95 % du total des amendes) ayant été infligée à la Compagnie maritime belge (ci-après « CMB »).

4. Ces quatre membres de Cewal ont engagé devant le Tribunal des actions fondées sur l'article 173 du traité CE et visant à l'annulation de la décision. Dans son arrêt du 8 octobre 1996 (ci-après l'« arrêt attaqué »), le Tribunal, tout en réduisant les quatre amendes de 10 % [5], a néanmoins rejeté leurs recours [6]. Bien que ces derniers aient visé à l'annulation des constatations de la Commission relatives à l'existence d'infractions à la fois aux articles 85 et 86 du traité, CMB et Dafra-Lines (ci-après « Dafra ») ont limité leurs pourvois formés devant la Cour aux points de l'arrêt attaqué confirmant les constatations de la Commission relatives à l'abus de position dominante contraire à l'article 86 et fondant, pour l'essentiel, les amendes infligées par la Commission en considération de ces abus [7].

5. Conformément au code de conduite des conférences maritimes adopté au sein de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (ci-après le « code de la Cnuced »), la répartition des cargaisons entre les conférences maritimes est soumise à la règle dite « 40: 40: 20 » (ci-après la « règle 40: 40: 20 de la Cnuced »), selon laquelle les armements nationaux des pays situés de part et d'autre d'une liaison maritime donnée se voient octroyer chacun 40 % des cargaisons transportées par la conférence, alors que les 20 % restants sont attribués aux armements des pays tiers, membres de la même conférence. Certains États africains ont, comme nous l'exposerons de manière plus complète ci-après, réclamé l'application de la règle 40: 40: 20 de la Cnuced à toutes les cargaisons et pas seulement à celles transportées par les conférences. Sur les routes maritimes reliant l'Europe du Nord au Zaïre, la répartition des cargaisons selon la règle 40: 40: 20 de la Cnuced s'est concrétisée, du milieu à la fin des années 80, par diverses mesures, dont la plus importante aux fins du présent pourvoi a été la conclusion en 1985 d'un accord de coopération (ci-après l'« accord Ogefrem ») entre l'Office zaïrois de gestion du fret maritime (ci-après l'« Ogefrem ») et Cewal. En vertu du premier alinéa de l'article 1er de l'accord Ogefrem, Cewal et l'Ogefrem sont tenus de veiller à ce que « l'ensemble des marchandises à transporter dans le cadre du champ d'action de la conférence Cewal soit confié aux armements membres de cette conférence maritime », tandis que, en vertu du second alinéa, des dérogations ne pourront être octroyées qu'« avec l'accord explicite des deux parties concernées ». En dépit de ces dispositions, l'Ogefrem a unilatéralement décidé en 1986 d'accorder à un consortium maritime concurrent, Grimaldi et Cobelfret (ci-après « G & C »), une part d'environ 2 % du trafic à destination et en provenance du Zaïre, part qui semble avoir augmenté au cours des années suivantes,

5 — L'amende de CMB a été réduite de 960 000 écus et les autres amendes de 20 000 écus dans le cas de Dafra-Lines et de Deutsche Afrika-Linien et de 10 000 écus dans le cas de Nedlloyd Lijnen.

6 — Voir l'arrêt Compagnie maritime belge transports e.a./Commission (T-24/93 à T-26/93 et T-28/93, Rec. p. II-1201).

7 — Ci-après, toutes les références faites aux « articles 85 et 86 » viseront les articles 85 et 86 du traité instituant la Communauté européenne.

mais pas au point de porter atteinte à la position dominante détenue par Cewal [8].

6. Seules les constatations de la Commission concernant l'article 86 et les amendes infligées sont pertinentes aux fins des pourvois formés par CMB et Dafra (ci-après les «requérantes») [9]. La Commission a constaté que «l'ensemble des lignes maritimes entre le Zaïre et les ports de l'Europe du Nord desservis par les membres de la conférence Cewal constitue un marché spécifique» [10]. La Commission a aussi fait référence aux avantages que Cewal tirait de l'accord Ogefrem, à son réseau de routes étendu, aux capacités de sa flotte et à la fréquence des services qu'elle peut assurer, ainsi qu'à l'expérience qu'elle a acquise dans le cadre d'un service qu'elle assure depuis plusieurs dizaines d'années. La Commission a conclu que les membres de Cewal détenaient collectivement une position dominante très significative sur ce marché en raison à la fois de leur part de marché très importante et d'autres facteurs.

7. La Commission a constaté que «la conférence Cewal a abusé de sa position dominante en utilisant trois différents moyens... en vue d'éliminer son principal concurrent (G & C)» [11]. Comme elle l'indique à l'article 2 de la décision, les membres de Cewal ont abusé de leur position dominante:

— «en participant à la mise en œuvre de l'[accord Ogefrem] et en demandant itérativement par diverses démarches son strict respect»;

— «en modifiant ses taux de fret en dérogeant aux tarifs en vigueur afin d'offrir des taux identiques ou inférieurs à ceux du principal concurrent indépendant pour des navires partant à la même date ou à des dates voisines (pratique dite des 'fighting ships/navires de combat')»;

et

— «en établissant des accords de fidélité imposés à 100 % (y compris sur les marchandises vendues franco à bord [12]) allant au-delà des dispositions de l'article 5 point 2 du [règlement de 1986],

8 — Au point 14 de la version publiée de la décision (déjà citée à la note 2 ci-dessus), la Commission s'est abstenue, conformément à l'article 24, paragraphe 2, du règlement de 1986, concernant la non-divulgation des informations couvertes par le secret professionnel, de mentionner les chiffres correspondant aux parts du trafic que Cewal a reconnu avoir détenues en 1989 et 1991. Dans leur pourvoi, les requérantes font elles-mêmes référence aux informations non divulguées, sans les contester.

9 — Il faut, toutefois, noter que, à l'article 1er de la décision, la Commission a indiqué que les accords de répartition du trafic entre l'Afrique de l'Ouest et l'Europe du Nord impliquant trois conférences maritimes, à savoir Cewal, Cowac et Ukwal, par lesquels celles-ci ont convenu d'opérer sur des réseaux maritimes distincts, enfreignaient l'article 85, paragraphe 1, du traité et ne pouvaient bénéficier d'une exemption ni au titre de l'article 85, paragraphe 3, ni au titre de l'article 3 du règlement de 1986.

10 — Point 56 de la décision.

11 — Point 62 de la décision.

12 — En cas de vente fob, le vendeur supporte exclusivement les frais résultant de la livraison des marchandises à bord du navire.

avec l'utilisation spécifique décrite dans la présente décision faite des 'listes noires' de chargeurs infidèles» [13].

A l'article 3, deuxième alinéa, de la décision, la Commission a ordonné aux membres de Cewal de «mettre fin aux infractions constatées à l'article 2», tandis que, à l'article 5, elle a «recommandé» aux membres de Cewal de mettre les termes de leurs contrats de fidélité «en conformité avec l'article 5 point 2 du [règlement de 1986]». A l'article 6 figurent les amendes infligées, dont nous avons déjà parlé (voir point 3 ci-dessus).

B — *Règlement de 1986*

8. Le règlement n° 17 [14] ne s'applique pas aux transports. Le règlement de 1986 détermine donc «les modalités d'application aux transports maritimes des articles 85 et 86 du traité» [15]. Comme l'indique son seizième considérant, il prévoit «les procédures, les pouvoirs de décisions et les sanctions nécessaires pour assurer le respect des interdictions prévues à l'article 85 paragraphe 1 et à l'article 86 ainsi que des conditions d'application de l'article 85 paragraphe 3».

9. L'article 3 du règlement de 1986 prévoit l'«exemption des ententes entre transporteurs concernant l'exploitation de services réguliers de transport maritime» (ci-après l'«exemption»). Sont exemptés:

«les accords, décisions et pratiques concertées de tout ou partie des membres d'une ou de plusieurs conférences maritimes, ayant comme objectif la fixation des prix et des conditions du transport, et selon le cas, un ou plusieurs des objectifs suivants:

a) coordination des horaires des navires ou de leurs dates de voyage ou d'escale;

b) détermination de la fréquence des voyages ou des escales;

c) coordination ou répartition des voyages ou des escales entre membres de la conférence;

d) régulation de la capacité de transport offerte par chacun des membres;

e) répartition entre ces membres du tonnage transporté ou de la recette».

13 — A savoir les listes des chargeurs qui ont fait appel, ne serait-ce qu'occasionnellement, aux services offerts par G & C; voir, en particulier, le point 29 de la décision et à la seconde note sous ce point.

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

15 — Article 1er, paragraphe 1.

L'article 4 subordonne expressément le bénéfice de l'exemption à la «condition» que l'accord ou toute autre pratique ainsi exemptée «ne peut, à l'intérieur du marché commun, porter préjudice à certains ports, usagers ou transporteurs en appliquant pour le transport de marchandises identiques, dans la zone couverte par l'accord, la décision ou la pratique concertée, des prix et des conditions qui diffèrent selon le pays d'origine ou de destination ou selon le port de chargement ou de déchargement, à moins que ces prix ou conditions ne puissent être justifiés économiquement». S'il n'est pas satisfait à cette condition, l'accord ou, si elle est séparable, la partie de celui-ci qui n'est pas conforme, «est nul de plein droit en vertu des dispositions de l'article 85 paragraphe 2 du traité».

10. D'autre part, l'article 5 assortit l'exemption d'un certain nombre d'«obligations». En ce qui concerne les «accords de fidélité», l'article 5, paragraphe 2, indique que les compagnies maritimes membres d'une conférence «ont le droit de passer avec les usagers et d'appliquer des accords de fidélité dont le type et la teneur sont arrêtés par voie de consultations entre la conférence et les organisations d'usagers». Toutefois, ces accords de fidélité doivent remplir diverses conditions, notamment celle formulée par l'article 5, paragraphe 2, sous b), i), selon laquelle «des accords de fidélité à 100 % peuvent être offerts mais ne peuvent être imposés unilatéralement». En vertu de l'article 5, paragraphe 4, intitulé «Publication des tarifs», les tarifs des conférences doivent être, «sur demande, mis à la disposition des usagers à un prix raisonnable ou pourront être consultés dans les bureaux des compagnies maritimes et de leurs agents».

11. L'article 7 traite des effets du manquement à «une obligation dont est assortie, aux termes de l'article 5, l'exemption prévue à l'article 3». En vertu de l'article 7, paragraphe 1, la Commission peut, en se conformant aux règles de procédure énoncées par la section II:

«— adresser des recommandations aux intéressés,

— en cas d'inobservation de ces recommandations par les intéressés et en fonction de la gravité de l'infraction en cause, adopter une décision qui soit leur interdit ou leur enjoint d'accomplir certains actes, soit, tout en leur retirant le bénéfice de l'exemption de groupe, leur accorde une exemption individuelle conformément à l'article 11 paragraphe 4 ou encore leur supprime le bénéfice de l'exemption de groupe».

12. Enfin, l'article 8 du règlement de 1986 est intitulé «Effets incompatibles avec l'article 86 du traité». En vertu de l'article 8, paragraphe 1, «l'exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86 du traité est interdite, aucune décision préalable n'étant requise à cet effet». L'article 8, paragraphe 2, traite des cas particuliers où la Commission constate que «le comportement des conférences bénéficiant de l'exemption prévue à l'article 3 produit cependant des effets incom-

patibles avec l'article 86 du traité». Il prévoit que la Commission «peut retirer le bénéfice de l'exemption de groupe et prendre... toutes les mesures appropriées pour faire cesser les infractions à l'article 86 du traité».

III — Vue d'ensemble du pourvoi

13. Le présent pourvoi se borne à contester, premièrement, le caractère collectif de la position dominante dont les membres de Cewal sont présumés disposer, deuxièmement, chacune des trois conclusions de la Commission concernant l'abus de cette position dominante et, troisièmement, les amendes infligées. Les requérantes soutiennent que les amendes qui leur ont été infligées doivent être réduites et que la procédure suivie par la Commission pour infliger ces amendes est de nature pénale et que, en l'espèce, la procédure a violé les articles 6, paragraphe 3, et 7, paragraphe 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la «CEDH»). Enfin, les requérantes ont également affirmé que, en requalifiant certains abus décrits dans la décision, le Tribunal a violé l'article 7, paragraphe 1, de la CEDH.

14. La Commission, soutenue par G & C, partie intervenante, estime que les pourvois doivent être rejetés dans leur intégralité. Cependant, puisque G & C affirme aussi que, sous certains aspects, les pourvois sont aussi irrecevables, son intervention doit, à notre avis, être considérée comme irrecevable, en vertu de l'article 93, paragraphe 5, sous a), du règlement de procédure de la Cour, dans la mesure où elle tente d'aller au-delà des conclusions de la Commission.

IV — Constatation concernant la position dominante collective

A — *Introduction*

15. La Commission a constaté que les membres de Cewal disposaient conjointement d'une position dominante «au sens de l'article 86 sur le groupe des routes maritimes où [Cewal] opère entre l'Europe du Nord et le Zaïre» (point 61 de la décision). Bien que nous ne voyions pas de différence significative entre «conjoint» et «collectif» dans le présent contexte, nous utiliserons ce dernier terme, qui est celui que la Cour emploie le plus couramment. Ni la définition du marché pertinent ni les constatations concernant les parts de marché ne sont en cause dans le présent pourvoi. Les requérantes contestent seulement le caractère collectif assigné à leur position sur le marché.

B — *Argumentation des requérantes*

16. Selon les requérantes, trois conditions doivent être remplies pour que des entreprises indépendantes soient réputées détenir une position dominante collective:

— ces entreprises doivent être unies par des liens économiques suffisants;

— ces liens doivent être tels que les entreprises concernées adoptent une même ligne d'action sur le marché;

— ces entreprises doivent détenir collectivement une puissance économique telle qu'elle leur permet d'empêcher le maintien d'une concurrence effective sur le marché.

De plus, les requérantes soutiennent que l'on ne peut établir l'existence des liens économiques requis en invoquant des faits constitutifs d'une infraction à l'article 85.

17. En substance, les requérantes affirment que:

— la décision et l'arrêt attaqué ont erronément invoqué un comportement concerté des membres de Cewal qui tombe sous le coup de l'article 85, mais qui ne peut être simplement «recyclé» pour fonder une conclusion selon laquelle ces membres de Cewal détiennent une position dominante collective;

— la décision ne contenait pas une motivation suffisante justifiant l'applicabilité de l'article 86 aux membres de Cewal collectivement et que le Tribunal a abusivement complété la motivation insuffisante de la Commission.

18. Les requérantes reprochent au Tribunal de ne pas voir répondu au premier de ces points. Il est vrai que l'arrêt attaqué, tout en mentionnant (au point 54) le moyen invoqué par les requérantes selon lequel la Commission «se serait bornée à 'recycler' des faits prétendument constitutifs d'une infraction à l'article 85, mais exemptés en vertu du règlement de 1986, pour les condamner au titre de l'article 86», n'analyse pas expressément ce moyen lorsqu'il aborde (points 59 à 68) la question de la position dominante collective. Le Tribunal — il vaut la peine de le rappeler — a cependant examiné et, à très juste titre, écarté l'affirmation principale des requérantes, selon laquelle «la notion de position

dominante collective ne viserait que l'abus collectif d'entreprises détenant *chacune* une position dominante» (point 60; souligné par nous). Cette conclusion n'est pas contestée dans le pourvoi.

C — *Nature de la position dominante collective*

19. La seule véritable question en la matière qui soit abordée dans le pourvoi porte sur le point de savoir si l'on peut valablement se fonder sur un comportement concerté ou collusoire, et donc interdit par l'article 85 (sauf en cas d'exemption), pour établir l'existence d'une position dominante aux fins de l'article 86. Les requérantes soutiennent que, en contradiction avec la jurisprudence, la Commission et le Tribunal ont simplement «recyclé» certains accords ou pratiques concertées existant entre les membres de Cewal, bien que les liens économiques nécessaires pour que l'on puisse conclure à l'existence d'une position dominante collective doivent être «d'une autre nature». D'autre part, la Commission estime qu'un même comportement adopté par des entreprises peut constituer à la fois une pratique concertée au sens de l'article 85 et un abus de position dominante contraire à l'article 86. La question véritable qui se pose à ce stade ne porte pas, cependant, sur l'abus, mais sur l'existence de la position dominante collective.

20. On ne peut résoudre la question du «recyclage» sans analyser la nature de la position dominante collective ou conjointe, telle qu'elle a été progressivement définie par la jurisprudence. Cela pose, à son tour, le problème de la distinction entre les articles 85 et 86 et de la mesure dans laquelle, comme la Cour l'a déclaré, «sur des plans différents, les articles 85 et 86 tendent au même objet, à savoir le maintien d'une concurrence effective dans le marché commun» [16].

21. L'article 85 vise les comportements concertés ou convenus entre des entreprises économiquement indépendantes et est potentiellement applicable à tous les marchés, notamment ceux où existent des conditions normales de concurrence. L'article 86, cependant, vise uniquement les marchés où les conditions de concurrence sont anormales en raison de la position dominante détenue par une ou plusieurs entreprises. L'activité interdite et qualifiée d'«abusive» par l'article 86 est une activité essentiellement unilatérale [17].

22. Néanmoins, ces articles, qui ont tous deux un effet direct [18], visent l'un et l'autre à assurer que «la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur» [19]. Les articles 85 et 86 ne sont pas séparés par une

16 — Arrêt du 21 février 1973, Europemballage et Continental Can/Commission (6/72, Rec. p. 215, point 25, ci-après l'«arrêt Continental Can»).

17 — Arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission (85/76, Rec. p. 461, point 39, ci-après l'«arrêt Hoffmann-La Roche»).

18 — Déjà en 1974, la Cour a déclaré, dans le premier arrêt BRT (arrêt du 30 janvier 1974, 127/73, Rec. p. 51, point 16) que «les interdictions des articles 85 (1), et 86, se prêtant par leur nature même à produire des effets directs dans les relations entre particuliers, ces articles engendrent directement des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder».

19 — Article 3, sous g), du traité CE.

cloison étanche. Comme la Cour l'a indiqué dans l'arrêt Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro, «l'applicabilité simultanée des articles 85 et 86 ne saurait être écartée» [20]. Ainsi, la Cour a jugé que, lorsqu'une compagnie aérienne détenant une position dominante a été, dans la réalité économique concrète, en mesure d'imposer des tarifs à d'autres entreprises dans le cadre d'un accord conclu avec elles, tant l'article 86 que l'article 85 peuvent s'appliquer, au moins dans la mesure où la participation à un accord interdit par l'article 85 peut, en même temps, impliquer un abus contraire à l'article 86.

23. Il est intéressant de noter, en outre, que, dans ses conclusions sous l'arrêt Ahmed Saeed, l'avocat général M. Lenz, après avoir exprimé l'idée, fondée simplement sur le libellé de l'article 86, qu'une position dominante peut être détenue «conjointement par plusieurs entreprises», poursuit en disant que «les membres d'une entente ou les participants à des accords contraires au droit communautaire au sens de l'article 85 du traité CEE peuvent occuper une position dominante conjointe» [21]. Cependant, l'article 86 ne vise pas expressément une position dominante détenue par une ou plusieurs entreprises, mais «le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante». La formulation n'est donc guère déterminante [22]. Manifestement, l'avocat général M. Lenz n'a pas voulu dire qu'il suffisait qu'une entente détienne une part de marché importante pour que l'on puisse établir l'existence d'une position dominante collective. Dans l'arrêt SIV e.a./Commission [23], le Tribunal a écarté un argument développé lors de l'audience par l'agent de la Commission, selon lequel il suffit de «'recycler' les faits constitutifs d'une infraction à l'article 85 en en tirant la constatation que les parties à un accord ou à une pratique illicite détiennent ensemble une part de marché importante [et] que de ce seul fait elles détiennent une position dominante collective» [24]. C'est cette constatation qui a donné naissance au terme «recyclage». Il est donc évident que, pour pouvoir conclure à la détention d'une position dominante collective par des entreprises indépendantes, il ne suffit pas d'invoquer un simple accord sous forme d'entente, que cet accord ait pour but de fixer les prix ou d'adopter un autre comportement collusoire sur le marché. L'arrêt sur le verre plat italien constitue la première tentative expresse faite pour identifier les éléments d'une position dominante collective détenue par des entreprises indépendantes.

24. A l'autre bout de l'échelle se situe le comportement concerté ou coordonné au sein d'un groupe. Un tel comportement, adopté sous le contrôle de la société mère, ne relève normalement pas de l'article 85. On considère plutôt les diverses entités comme constituant une seule entreprise, «si les entreprises forment une unité économique à l'intérieur de laquelle la filiale ne jouit pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché, et si ces accords ou pratiques ont

20 — Arrêt du 11 avril 1989 (66/86, Rec. p. 803, point 37, ci-après l'«arrêt Ahmed Saeed»).

21 — Arrêt déjà cité à la note 20 ci-dessus; p. 824 des conclusions.

22 — Voir l'éditorial du professeur Arnull dans (1998) 23 *EL Rev.*, juin 1988, p. 199.

23 — Arrêt du 10 mars 1992 (T-77/89 et T-78/89, Rec. p. II-1403, ci-après l'«arrêt sur le verre plat italien»).

24 — Ibidem, point 360.

pour but d'établir une répartition interne des tâches entre les entreprises» [25]. Cependant, cette distinction n'a pas toujours été clairement faite. La Cour a cité son arrêt Bodson [26] comme une référence en matière de position dominante collective, bien que cette expression n'y apparaisse pas. Dans l'affaire Bodson, le simple fait que les titulaires des concessions communales exclusives des services funèbres appartiennent au même groupe n'a pas été considéré comme un élément déterminant pour établir l'existence d'une position dominante collective. Il fallait «tenir compte de la nature des rapports entre les entreprises de ce groupe» et, en particulier, voir si elles «poursuivent une même ligne d'action sur le marché qui est déterminée par la maison mère» [27].

25. Les deux éléments mentionnés dans ce passage, à savoir les rapports entre les entreprises et la ligne d'action commune sur le marché, se retrouvent constamment dans la jurisprudence relative à la définition de la position dominante collective. Déjà en 1975, la Cour, dans l'arrêt Suiker Unie e.a./Commission [28], avait tenu compte «des liens personnels ou financiers» existant entre certains producteurs de sucre et le producteur de sucre le plus important sur le marché belge ainsi que du fait qu'ils avaient suivi «la politique de vente fixée par» ce producteur, pour conclure qu'il fallait additionner les parts de marché de tous les producteurs pour déterminer l'ampleur de la position dominante détenue par le plus important d'entre eux.

26. L'arrêt Almelo e.a. [29] contient, cependant, l'exposé le plus clair jusqu'à présent en ce qui concerne la question de la position dominante collective. La Cour y a jugé qu'«une telle position dominante collective exige... que les entreprises du groupe en cause soient suffisamment liées entre elles pour adopter une même ligne d'action sur le marché» [30]. A la fois dans l'arrêt Centro Servizi Spediporto et dans l'arrêt DIP, la Cour a aussi noté que l'absence de rapports concurrentiels entre les entreprises présumées détenir une position dominante collective serait un élément significatif [31]. Plus récemment, dans l'arrêt France e.a./Commission, la Cour a examiné si une concentration projetée pouvait créer une situation de position dominante collective sur le marché communautaire des produits à base de sels de potasse à usage agricole [32]. Le critère appliqué par la Cour a consisté à vérifier si la concentration

25 — Arrêt du 31 octobre 1974, Centrafarm et De Peijper (15/74, Rec. p. 1147, point 41). Dans l'arrêt du 24 octobre 1996, Viho/Commission (C-73/95 P, Rec. p. I-5457), la Cour, se référant (point 16) uniquement à la question de savoir si des filiales «jouissent... d'une autonomie réelle dans la détermination de leur ligne d'action sur le marché», a implicitement écarté la thèse, défendue par une partie de la doctrine, selon laquelle, à la lumière de l'arrêt Centrafarm et De Peijper, les deux conditions énoncées au point 41 de cet arrêt doivent être remplies pour qu'un groupe d'entreprises puisse être considéré comme une seule entreprise.

26 — Arrêt du 4 mai 1988 (30/87, Rec. p. 2479).

27 — Ibidem, point 20.

28 — Arrêt du 16 décembre 1975 (40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, points 377 et 378, ci-après l'«arrêt Suiker Unie»).

29 — Arrêt du 27 avril 1994 (C-393/92, Rec. p. I-1477, points 41 et 42).

30 — Ibidem, point 42. Ce critère a été à nouveau appliqué dans les arrêts du 5 octobre 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Rec. p. I-2883, point 33), et du 17 octobre 1995, DIP e.a. (C-140/94 à C-142/94, Rec. p. I-3257, point 26, ci-après l'«arrêt DIP»).

31 — Voir, respectivement, les points 34 et 27 de ces arrêts. Comme nous avons eu l'occasion de le signaler dans nos conclusions sous l'arrêt DIP (point 65), aucun élément dont disposait la Cour ne donnait à penser que quelques-uns ou l'ensemble des commerçants présumés détenir une position dominante collective «agiss[aient] ou [étaient] organisés sur leurs marchés respectifs en des structures commerciales qui leur permettent en toute hypothèse de se comporter effectivement comme une seule unité économique par rapport à leurs fournisseurs, leurs concurrents ou leurs clients».

32 — Arrêt du 31 mars 1998 (C-68/94 et C-30/95, Rec. p. I-1375).

« aboutit à une situation dans laquelle une concurrence effective dans le marché en cause est entravée de manière significative par les entreprises parties à la concentration et une ou plusieurs entreprises tierces qui ont, ensemble, notamment en raison des *facteurs de corrélation* existant entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs » [33]. Appliquant ce critère, la Cour a jugé que certaines des critiques formulées par les parties requérantes à l'égard du prétendu « faisceau de liens structurels » [34] invoqué par la Commission étaient fondées.

27. Cependant, il nous semble que toutes les prises de position récentes de la Cour reviennent à une confirmation implicite de la remarque faite par le Tribunal dans l'arrêt sur le verre plat italien, selon laquelle:

« On ne saurait exclure, par principe, que deux ou plusieurs entités économiques indépendantes soient, sur un marché spécifique, unies par de tels liens économiques que, de ce fait, elles détiennent ensemble une position dominante par rapport aux autres opérateurs sur le même marché » [35].

Cependant, l'expression « unies par de tels liens économiques » figurant dans ce passage doit maintenant être interprétée à la lumière de la formule contenue dans l'arrêt France e.a./Commission [36], visant les « *facteurs de corrélation* existant entre [les entreprises] », qui ne nous paraissent pas désigner autre chose que les « liens économiques ».

28. Les requérantes affirment, toutefois, que, pour établir l'existence des « liens économiques » nécessaires pour qu'il soit satisfait à ce critère, il n'est pas permis d'invoquer des faits constitutifs aussi d'accords ou de pratiques concertées aux fins de l'article 85. Nous ne pouvons nous rallier à ce point de vue. Il nous semble que le double critère — existence de liens économiques suffisants pour que l'on puisse conclure que l'on est, en réalité, en présence d'une entité unique opérant sur le marché — est, dans le fond, un critère unique et que ce second élément est le plus important. L'existence d'une position dominante unique doit être établie, c'est-à-dire qu'il y a lieu de prouver que plusieurs entreprises agissent comme une entité unique, et donc unilatéralement, sur le marché. Il n'est pas nécessaire de décrire dans le détail ni même de mentionner la nature des rapports ou des liens économiques. Il peut s'agir de l'usage de conditions d'approvisionnement types élaborées par une entreprise commune (Almelo), de participations croisées, d'administrateurs détenant des mandats dans plusieurs entreprises ou même de liens familiaux ayant des incidences économiques. Il peut également s'agir de l'adoption d'une même ligne d'action sur le marché ou d'une même politique de vente (Bodson, Suiker Unie). Ces liens ne doivent être

33 — Ibidem, point 221 (souligné par nous). [La suite de cette note est sans objet dans la version française des présentes conclusions.]

34 — Point 232.

35 — Arrêt déjà cité à la note 23 ci-dessus, point 358.

36 — Arrêt déjà cité à la note 32 ci-dessus.

définis que par référence à leur résultat, à savoir la création d'une situation où un groupe d'entreprises indépendantes opère sur le marché comme une entité unique.

29. En outre, nous répétons que l'on ne peut remédier à la faiblesse des preuves établissant l'existence d'une concertation en recourant à l'article 86. Nous avons déjà reconnu qu'un comportement concerté ne suffit pas à établir l'existence d'une position dominante. Nous n'admettons pas, cependant, que le traité ou un quelconque principe juridique ou logique interdise de se fonder sur une *preuve* de ce type.

30. Une lecture attentive de l'arrêt Almelo e.a. paraît confirmer ce point de vue. Les distributeurs régionaux d'électricité néerlandais dont les rapports étaient en cause étaient liés aux distributeurs locaux par des accords verticaux d'achat exclusif de même type, qui tous ont été jugés contraires à l'article 85. L'avocat général M. Darmon a attiré l'attention sur ces accords quant aux « liens permettant d'assurer aux entreprises considérées une domination collective du marché » [37]. Bien que tant l'avocat général que la Cour aient veillé à laisser à la juridiction nationale le soin de trancher finalement la question, la Cour paraît avoir accepté implicitement le point de vue de l'avocat général sur la pertinence éventuelle des liens économiques créés par ces accords.

37 — Arrêt déjà cité à la note 29 ci-dessus; points 117 et 118 des conclusions.

31. En l'espèce, le Tribunal, dès le point de départ de son analyse de la position dominante collective détenue par Cewal, a correctement défini le critère à appliquer, selon lequel « il faut que les entreprises en cause soient suffisamment liées entre elles pour adopter une même ligne d'action sur le marché » (point 62). L'arrêt attaqué poursuit (point 66) en exposant la motivation « au vu de l'ensemble de la décision », ce qui l'a conduit à la conclusion selon laquelle « il convenait d'apprécier collectivement la position des membres de Cewal sur le marché pertinent » (point 66). Les points 63 à 65 sont formulés comme suit:

« 63Dans la Décision soumise au contrôle du Tribunal, la Commission s'est expressément référée au règlement [de 1986]. [Le Tribunal cite alors la définition de la 'conférence maritime' qui figure dans le règlement de 1986 et que nous avons reproduite au point 2 ci-dessus.] Le Tribunal retient que les requérantes, qui se prévalent à plusieurs reprises du règlement [de 1986], ne contestent pas que Cewal est une conférence maritime au sens de ce texte.

64 Le Tribunal souligne par ailleurs que, en son article 8, le règlement [de 1986] énonce que l'article 86 du traité demeure susceptible de s'appliquer. En effet, par le jeu des relations étroites que les compagnies maritimes entretiennent entre elles au sein d'une conférence maritime, elles sont à même, ensemble, sur le marché pertinent, de mettre en œuvre en commun des pratiques telles qu'elles constituent

des comportements unilatéraux. De tels comportements peuvent présenter le caractère d'infractions à l'article 86, si les autres conditions d'application de cette disposition sont par ailleurs remplies.

65 En l'espèce, au vu des éléments contenus dans la décision attaquée, le Tribunal constate que les compagnies maritimes ont constitué une entité commune, la conférence maritime Cewal. Il ressort de la Décision que cette structure était le cadre de divers comités auxquels appartenaient les membres de la conférence, tels que le Zaïre Pool Committee et le Special Fighting Committee évoqués à de multiples reprises dans la Décision, notamment aux points 26, 29, 31 et 32, et le Zaïre Action Committee visé au point 74. En outre, ainsi qu'il ressort de l'article 1er du règlement [de 1986], cette structure commune a, par nature, pour objet de définir et d'appliquer des taux de fret uniformes et d'autres conditions de transport communes, dont la Commission relève expressément l'existence, au point 61. De la sorte, Cewal se présente sur le marché comme une seule et même entité. Enfin, le Tribunal relève, sans qu'il y ait lieu à ce stade de s'interroger sur leur qualification, que les pratiques reprochées aux membres de Cewal, telles que décrites dans la Décision, traduisent la volonté d'adopter ensemble une même ligne d'action sur le marché pour réagir unilatéralement face à une évolution, jugée menaçante, de la situation concurrentielle du marché sur lequel ils sont présents. Ces pratiques, décrites avec précision dans la Décision, ont constitué les éléments d'une stratégie globale, pour la réalisation de laquelle les membres de Cewal ont fusionné leurs forces.»

32. A notre avis, chacun des éléments mentionnés dans les points précités est *susceptible* de constituer un «lien économique». En particulier, c'est à juste titre que le Tribunal s'est référé à la définition de la conférence maritime pour apprécier la «stratégie globale» et les intentions des membres de Cewal et a insisté, comme il l'a fait plusieurs fois en des termes différents, sur la constitution d'une «entité commune». Le présent pourvoi, admettant que le Tribunal était juridiquement fondé à considérer ces éléments comme constitutifs de liens économiques, ne conteste pas sa conclusion sur cette dernière question, à juste titre selon nous; une telle constatation est le résultat de l'évaluation des faits à laquelle le Tribunal a procédé et, en l'absence d'erreur impliquant une dénaturation de ces faits, elle n'est pas susceptible d'être contestée devant la Cour.

33. En outre, les requérantes ont fait preuve d'un certain manque de réalisme en tentant de contester l'application de la notion de position dominante collective aux conférences maritimes. Elles ont plusieurs fois soutenu, pour justifier le caractère prétendument non abusif de leurs ristournes de fidélité, que les compagnies membres d'une conférence maritime détenaient normalement une position dominante.

34. Enfin, il a été affirmé, au nom des requérantes, que l'arrêt attaqué et la décision devaient être annulés dans la mesure où ils concluent à l'existence d'une position dominante collective, parce que ni le Tribunal ni la Commission, dans la décision, n'avaient démontré l'absence de concurrence interne portant sur d'autres facteurs que les prix entre les membres de Cewal. Un tel argument, invoqué pour la première fois lors de l'audience, est manifestement irrecevable, eu égard aux articles 42, paragraphe 2, et 113, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour. En tout cas, bien qu'il ressorte clairement de la jurisprudence analysée ci-dessus, en particulier des arrêts Centro Servizi Spediporto, DIP et France e.a./Commission, que l'absence de concurrence entre un certain nombre d'entreprises présumées détenir une position dominante collective est un élément caractéristique de cette position dominante collective, il ne suffit pas, à notre avis, que ces entreprises, pour répondre à la Commission leur faisant grief d'avoir adopté une stratégie unique sur le marché en matière de concurrence sur les prix, soutiennent que la présence entre elles d'autres formes de concurrence, portant par exemple sur la qualité du service fourni, contredit l'existence d'une position dominante collective fondée sur des liens déduits de leur stratégie commune en matière de fixation des prix, à moins que l'ampleur et l'intensité de ces autres formes de concurrence soit de nature à faire obstacle à ce que l'on se fonde raisonnablement sur leur politique de prix commune pour établir l'existence d'une seule entité sur le marché. Puisque les membres du groupe ont très aisément accès aux informations susceptibles d'étayer une telle affirmation, ils doivent produire des éléments de preuve pour démontrer que l'on ne peut leur faire grief de détenir une position dominante en se basant sur leur politique de prix commune. Aucun des éléments produits devant le Tribunal, ou maintenant devant la Cour, ne donne à penser qu'il existe une concurrence active entre les membres de Cewal en ce qui concerne la qualité des services offerts aux chargeurs.

35. En conséquence, nous proposons d'écarter l'argument selon lequel la Commission ou le Tribunal, en faisant référence à des faits susceptibles de constituer aussi un comportement concerté aux fins de l'article 85, se sont fondés sur des éléments de preuve qui ne pouvaient être utilisés en tant que tels pour établir l'existence d'une position dominante conjointe aux fins de l'article 86. Cependant, il faut encore examiner l'argument selon lequel la motivation de la décision était insuffisante et a été abusivement complétée par le Tribunal.

D — *Caractère suffisant de la motivation*

36. Les requérantes n'avaient pas explicitement soulevé le problème de l'insuffisance de la motivation devant le Tribunal, que ce soit en faisant référence à l'article 190 du traité CE ou de quelque autre manière. Elles avaient plutôt soutenu que les motifs énoncés dans la décision, qui, effectivement, ne visaient que l'existence de l'accord de conférence, ne suffisaient pas à étayer le grief qui leur était fait de détenir une position dominante collective. Sur cette base, le Tribunal a attribué aux requérantes un moyen tiré de l'« insuffisance de motivation » (point 59).

37. Ce que les requérantes reprochent au Tribunal dans le présent pourvoi, c'est de ne pas avoir répondu à leurs arguments et d'avoir complété la motivation de la Commission, c'est-à-dire en avançant, pour justifier le grief relatif à la position dominante collective, des motifs autres que ceux invoqués par la Commission. En particulier, elles reprochent au Tribunal de s'être fondé sur l'«ensemble de la décision» (point 66) et d'avoir estimé qu'«au-delà des accords conclus entre les compagnies maritimes et créant la conférence Cewal... il existait entre elles des liens tels qu'elles ont adopté une ligne d'action uniforme sur le marché» (point 67).

38. La Commission affirme que le Tribunal ne s'est fondé sur aucun élément ne figurant pas dans la décision, que l'expression «au-delà» signifie que les accords de la conférence étaient tels que le comportement des membres de Cewal devait être examiné collectivement et que rien n'empêche le Tribunal de souligner d'autres parties de la décision pour montrer que d'autres éléments factuels invoqués par la Commission renforcent la conclusion à laquelle elle était parvenue.

39. Il y a lieu de décrire brièvement la structure des parties de la décision concernant la position dominante collective avant de faire référence à la jurisprudence pertinente. Les points 49 à 51 concernent l'applicabilité de l'article 86 aux conférences maritimes. Le point 49 est formulé comme suit:

«L'article 8 du règlement (CEE) n° 4056/86 prévoit la possibilité d'abus d'une position dominante de la part des conférences maritimes. Le Tribunal de première instance des Communautés européennes a d'ailleurs cité les conférences maritimes comme exemple des accords entre entités économiquement indépendantes, qui permettent des liens économiques tels que, de ce fait, elles peuvent détenir ensemble une position dominante par rapport aux autres opérateurs sur le même marché [38]. L'accord entre les membres de la conférence Cewal constitue un tel accord.»

Le point 52 indique (en renvoyant aux points 8 à 12 de la décision) que les services de ligne «constituent le marché des services à retenir». Les points 53 à 56 définissent le marché géographique et concluent que «l'ensemble des lignes maritimes entre le Zaïre et les ports de l'Europe du Nord desservis par les membres de la conférence Cewal constitue un marché spécifique». Les points 57 à 60 abordent la question de la position dominante de Cewal en faisant référence à sa part de marché. Ensuite, le point 61 est formulé comme suit:

«Au vu de tels éléments, la Commission conclut que la conférence Cewal dispose

38 — La décision mentionne l'arrêt sur le verre plat italien, déjà cité à la note 23 ci-dessus.

d'une position dominante au sens de l'article 86 sur le groupe des routes maritimes où elle opère entre l'Europe du Nord et le Zaïre. Cette position dominante est détenue conjointement par les membres de la conférence Cewal, du fait qu'ils sont liés par l'accord de conférences qui crée des liens économiques très étroits entre eux, ainsi qu'en atteste, par exemple, l'existence d'un tarif commun.»

40. Ainsi, seul le point 61 (et dans une certaine mesure le point 49) traite expressément du caractère conjoint ou collectif de la position dominante de Cewal et conclut en se fondant sur la circonstance que les membres de Cewal «sont liés par l'accord de conférences... ».

41. Lue isolément, cette motivation destinée à étayer la conclusion selon laquelle les membres de Cewal détiennent une position dominante collective est laconique. Elle ne tient pas expressément compte des éléments cités par le Tribunal au point 67 de l'arrêt attaqué et n'affirme pas que les membres de Cewal se comportaient sur le marché comme une entité unique ou commune. Il apparaît, cependant, de manière parfaitement claire, au fil des divers points de la décision consacrés à l'analyse du marché, que Cewal est considérée, par exemple, comme ayant «la possibilité d'agir de façon indépendante vis-à-vis de ses concurrents et de ses clients» [39]. Les éléments additionnels cités par le Tribunal sont largement extraits des parties suivantes de la décision (points 63 et suivants), consacrées à la constatation de l'abus.

42. Il convient de s'interroger sur le point de savoir s'il est permis de compléter la conclusion selon laquelle les entreprises intéressées détiennent une position dominante conjointe en faisant référence à des éléments exposés dans la même décision à propos de l'abus de cette position dominante. Ce faisant, nous ne pouvons nous empêcher de dire qu'il aurait été plus utile que la Commission aborde elle-même plus explicitement la question des liens économiques lorsqu'elle a conclu à l'existence d'une entité commune ou unique sur le marché.

43. En ce qui concerne l'obligation pour les institutions communautaires de motiver leurs décisions en indiquant les principaux points de fait et de droit sur lesquels elles se sont fondées, la référence classique figure dans l'arrêt Remia e.a./Commission [40]:

«si, en vertu de l'article 190 du traité, la Commission est tenue de mentionner les éléments de fait dont dépend la justification de la décision et les conditions juridiques qui l'ont amenée à prendre celle-ci, cette disposition n'exige pas que la Commission discute tous les points de fait et de droit qui auraient été traités au cours de la procédure administrative. La motivation d'une décision faisant grief doit permettre à la Cour d'exercer son contrôle sur la légalité et fournir à l'intéressé les indications nécessaires pour savoir si la décision est bien fondée».

39 — Point 60 de la décision.

40 — Arrêt du 11 juillet 1985 (42/84, Rec. p. 2545, point 26). Voir notre analyse dans nos conclusions sous l'arrêt du 29 février 1996, Belgique/Commission (C-56/93, Rec. p. I-723, points 107 à 109).

44. Si l'on passe la jurisprudence en revue, on constate que les arguments tirés de l'insuffisance de la motivation des décisions, bien que fréquemment invoqués, ont été rarement accueillis [41]. Lorsqu'ils l'ont été, le grief fait à la motivation consistait souvent, en fait, à constater que la décision était substantiellement défectueuse. Comme exemple de cas où ce type d'argument a été invoqué avec succès, on peut citer l'affaire Pays-Bas et Leeuwarder Papierwarenfabriek/Commission [42], où la Cour a estimé que la motivation de la décision était gravement défectueuse en ce qui concerne l'analyse du marché.

45. La fonction de la motivation est expliquée dans la deuxième phrase de l'extrait de l'arrêt Remia e.a./Commission que nous avons cité ci-dessus. Il s'agit d'une exigence qui a sa finalité propre et n'est pas purement «formelle» [43]. Elle vise à permettre aux parties concernées, et par extension à la Cour, de disposer d'informations suffisantes en ce qui concerne la base factuelle et juridique de la décision attaquée, de manière à être en mesure de défendre leurs propres intérêts. Dans l'arrêt Belgique/Commission, par exemple, la Cour a jugé qu'un élément de fait négligé par la décision en cause de la Commission était mentionné à la fois dans l'arrêt de la Cour annulant une décision antérieure de la Commission sur le même sujet et dans les conclusions de l'avocat général y afférentes, aussi bien que dans la communication de la Commission rouvrant la procédure administrative. Sur cette base, la Cour a conclu que «les intéressés ont été mis en mesure de les connaître et de faire valoir devant la Cour leur point de vue à cet égard» [44]. La Cour peut admettre que les intérêts d'une personne concernée sont suffisamment protégés si cette dernière a disposé par ailleurs des informations sur lesquelles la Commission s'est fondée [45], par exemple du fait de sa participation à la procédure administrative [46].

46. Même si la décision de la Commission ne résistait pas à un examen se situant strictement sur le plan de la logique, la question fondamentale qui se pose est une question d'honnêteté. Les requérantes ne peuvent prétendre, de manière réaliste, qu'elles ont subi un préjudice du fait que le Tribunal s'est fondé sur des éléments figurant dans la partie de la décision traitant de l'abus pour étayer la conclusion de la Commission selon laquelle elles détenaient une position dominante collec-

41 — Voir, par exemple, les arrêts du 9 novembre 1983, Michelin/Commission (322/81, Rec. p. 3461, point 14, ci-après l'«arrêt Michelin»); du 17 janvier 1984, VBVB et VBBB/Commission (43/82 et 63/82, Rec. p. 19, point 19); du 22 janvier 1986, Eridania e.a. (250/84, Rec. p. 117, point 17), et du 2 février 1988, Van der Kooy e.a. (67/85, 68/85 et 70/85, Rec. p. 219, point 71).

42 — Arrêt du 13 mars 1985 (296/82 et 318/82, Rec. p. 809, points 19 à 26); voir surtout le point 24, où la Cour a jugé, en ce qui concerne l'obligation de montrer que l'aide d'État concernée affectait les échanges entre États membres, que la décision de la Commission en cause dans cette affaire, notamment, «ne comport[ait] pas la moindre indication relative à la situation du marché considéré».

43 — Arrêt du 4 juillet 1963, Allemagne/Commission (24/62, Rec. p. 131, 143).

44 — Arrêt Belgique/Commission (déjà cité à la note 40 ci-dessus, point 89). Dans le même sens, voir le point 109 de nos conclusions sous cet arrêt.

45 — Arrêt du 28 octobre 1981, Krupp/Commission (275/80 et 24/81, Rec. p. 2489, surtout point 13).

46 — Arrêt du 4 juillet 1996, Grèce/Commission (C-50/94, Rec. p. I-3331, point 9).

tive, lorsque l'ensemble des éléments en cause sont clairement présents dans la décision et ont, de toute façon, été débattus au cours de la procédure administrative [47].

E — *Conclusion*

47. En conséquence, nous proposons d'écarter le moyen de pourvoi concernant la constatation de la Commission selon laquelle les entreprises concernées détenaient une position dominante collective.

V — Abus reprochés à Cewal

48. Nous examinerons maintenant successivement les arguments des requérantes concernant les abus présumés avoir été commis par les membres de Cewal.

A — *Abus lié à l'Ogefrem*

i) *Contexte*

49. Dans l'article 2 de la décision, la Commission constate que, pour éliminer son concurrent, Cewal a, notamment, abusé de sa position dominante «en participant activement à la mise en œuvre de l'accord Cewal-Ogefrem et en demandant [48] de manière réitérée par diverses démarches son strict respect». Cette constatation doit être lue à la lumière des points 20 à 27 et 63 à 72 de la décision, dont il ressort que la Commission a considéré que le comportement de Cewal, en ce qui concerne l'accord Ogefrem, visait à empêcher ou à limiter le développement de la concurrence sur le marché du fret entre le Zaïre et l'Europe du Nord. D'abord, au point 63 de la décision, la Commission invoque le principe selon lequel les entreprises dominantes doivent s'abstenir de comportements qui font obstacle au maintien de la concurrence existante ou au développement d'une concurrence nouvelle sur le marché où elles détiennent cette position dominante [49]. Au point 64, elle exprime l'idée, réaffirmée à l'article 2, que le comportement abusif adopté par Cewal consistait dans sa participation active à la mise en œuvre de

47 — Cette affaire ne doit donc même pas être rangée dans la catégorie analysée par l'avocat général M. Léger dans ses conclusions sous l'arrêt du 6 avril 1995, BPB Industries et British Gypsum/Commission (C-310/93 P, Rec. p. I-865, ci-après l'«arrêt British Gypsum»), dont le raisonnement a été, sur ce point notamment, adopté par la Cour (voir point 11 de l'arrêt). Cette affaire concernait les cas où la motivation avait été «confirmée» par des «précisions» apportées par la Commission au cours de la procédure écrite ou orale devant le juge communautaire. L'avocat général a exprimé l'idée que «'Préciser' un point suppose clairement que ce point soit *contenu* dans la décision et tel est précisément le cas en l'occurrence» (point 24 des conclusions).

48 — Le mot «requesting» («demandant») a, en fait, été omis par inadvertance dans la version anglaise publiée de l'article 2. Il ressort, toutefois, clairement des textes publiés des autres versions linguistiques authentiques de la décision qu'il faut suppléer ce mot dans la version anglaise. De plus, dans la version anglaise de la décision qui a été notifiée aux requérantes [voir document de la Commission C(92) 3253 final, du 23 décembre 1992] et que celles-ci ont jointe aux observations qu'elles ont déposées devant le Tribunal, le mot «requesting» figure bien à l'article 2.

49 — La décision fait ici référence à l'arrêt Hoffmann-La Roche (déjà cité à la note 17 ci-dessus).

l'accord Ogefrem et dans ses demandes réitérées adressées à l'Ogefrem pour que celui-ci se conforme à l'article 1er de cet accord, le but étant toujours d'obtenir «l'élimination de son seul concurrent sur le trafic». Après avoir noté que la position dominante préexistante de Cewal avait été «renforcée» par l'accord Ogefrem (point 65), la Commission indique au point 66 que Cewal «n'a cessé d'exercer des pressions sur l'Ogefrem pour lui faire respecter ledit accord en vue d'obtenir l'élimination de son principal concurrent».

50. La Commission écarte le moyen de défense par lequel Cewal faisait valoir qu'elle avait été contrainte d'adopter ces pratiques du fait des obligations qui lui étaient imposées par les autorités publiques. Elle écarte aussi le moyen de défense de Cewal selon lequel le comportement visé par les plaintes échappait à l'application de l'article 86, parce que l'accord Ogefrem devait être considéré comme comportant des obligations imposées par les autorités publiques ou, en fait, par une disposition étatique; selon la Commission, l'accord Ogefrem est un accord consensuel concernant le «contrôle du trafic en cause» et auquel les parties pouvaient mettre fin «moyennant l'octroi d'un préavis» (point 70). Enfin, elle souligne que «la réglementation zaïroise en vigueur n'impose pas non plus aux armateurs membres des conférences de mettre en place des systèmes dont le but serait d'assurer que les cargaisons soient dirigées vers leurs propres navires, tout en excluant les armateurs indépendants» et elle conclut alors que «la conclusion de l'accord et les rappels de la conférence Cewal concernant le respect de cet accord ne résultent donc pas d'obligations imposées par les pouvoirs publics» (points 71 et 72).

51. Dans leur requête introduite devant le Tribunal, les requérantes ont soutenu que le comportement que la Commission leur reprochait ne pouvait constituer une violation de l'article 86 du traité. Elles affirmaient, entre autres, que l'accord Ogefrem était un accord de concession aux termes duquel les autorités zaïroises leur avaient accordé un droit exclusif, que l'article 86 du traité ne faisait pas obstacle à ce qu'elles effectuent des démarches pour assurer le respect de ce droit et que, en tout cas, une simple incitation à l'action gouvernementale ne pouvait constituer un abus aux fins de l'article 86. Elles ont également fait valoir, dans leur réplique, que la décision violait leur droit à un procès équitable puisque la Commission leur avait aussi initialement reproché, dans la communication des griefs, d'avoir abusé de leur position dominante en obtenant le droit exclusif en question, grâce à la conclusion de l'accord Ogefrem, grief qui n'a pas été maintenu dans la décision.

52. Dans le mémoire en défense qu'elle a déposé devant le Tribunal, la Commission a soutenu que l'accord Ogefrem était synallagmatique, c'est-à-dire qu'il était de nature consensuelle et elle a souligné que le seul abus de Cewal qu'elle avait constaté consistait dans les efforts accomplis par cette dernière pour faire respecter le droit exclusif qui lui avait été octroyé par l'accord. Dans sa duplique, la Commission a affirmé que les arguments des requérantes concernant la circonstance que le droit à un procès équitable leur avait prétendument été refusé étaient irrecevables, car il s'agissait d'un moyen nouveau, au sens de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, et, en outre, dépourvus de fondement parce qu'il n'y

avait pas de différence substantielle entre la communication des griefs et la décision, cette dernière ayant jugé les requérantes coupables d'une partie seulement des infractions qui leur avaient été imputées par la première.

53. Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal a initialement fait observer que l'affaire avait pour objet l'abus de position dominante présumé commis par les membres de Cewal et que, «dès lors qu'est seul en cause un comportement unilatéral de Cewal, la nature exacte de l'accord conclu entre elle et l'Ogefrem n'est pas déterminante pour l'application de l'article 86 du traité» (point 103). Faisant référence à l'arrêt Bodson [50], il indiquait que, même s'il fallait considérer l'accord Ogefrem comme un accord octroyant une concession à Cewal, «cela ne saurait suffire à exclure un comportement abusif de [la] part [de Cewal]». La raison en était qu'il ressortait des deux premiers alinéas de l'accord Ogefrem que Cewal pouvait consentir à des dérogations au droit exclusif octroyé par cet accord. Donc, même si l'accord devait être considéré comme une concession de droit public, il n'y avait pas de conflit «entre le traité et l'accord», parce que ce dernier «comportait un dispositif d'ouverture à la concurrence», si bien que les membres de Cewal pouvaient «en adapter la mise en œuvre aux exigences de l'article 86» (point 104).

54. En conséquence, le Tribunal a jugé que «c'est à juste titre que la Décision s'attache à analyser l'attitude de Cewal dans l'exécution de l'accord» (point 105). Notant que les requérantes ne contestaient pas avoir entrepris «des démarches auprès de l'Ogefrem afin d'obtenir que G et C soient écartés du marché», il a procédé à l'examen de la qualification à donner à ces démarches. D'abord, il a fait référence à la «responsabilité particulière» qu'a une entreprise dominante «de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun» [51], avant de faire observer que, bien qu'une entreprise placée dans cette position ait la faculté, «dans une mesure raisonnable, d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés» pour «préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés» [52], elle ne peut tenter ainsi de renforcer sa position dominante. Appliquant ces principes au comportement de Cewal, le Tribunal a estimé qu'«une entreprise en position dominante qui bénéficie d'un droit exclusif, assorti d'une possibilité de dérogation soumise à son accord, est tenue de faire un usage raisonnable du droit de veto qui lui est reconnu par l'accord pour l'accès de tiers au marché»; au vu des éléments de fait dont il disposait, le Tribunal était convaincu que «tel n'a pas été le cas des membres de Cewal» (point 108). Le Tribunal a donc jugé que «la Commission a pu, à juste titre, considérer que les membres de Cewal, en participant activement à la mise en œuvre de l'accord avec l'Ogefrem et en demandant itérativement le strict respect de cet accord, dans le cadre d'un plan destiné à évincer l'unique armateur indépendant dont l'accès au marché avait été autorisé par l'Ogefrem, ont enfreint l'article 86 du traité» (point 109). Le Tribunal a aussi écarté l'argument des requérantes selon lequel le fait d'inciter un gouvernement à

50 — Déjà cité à la note 26 ci-dessus.

51 — Point 106, faisant référence à l'arrêt du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission (T-83/91, Rec. p. II-755, point 114).

52 — Point 107, faisant référence à l'arrêt British Gypsum (déjà cité à la note 47 ci-dessus, point 69).

agir ne peut constituer un abus, en le déclarant «sans pertinence», «dès lors qu'une telle pratique n'est pas reprochée en l'espèce» (point 110). Enfin, il a jugé irrecevable l'argument des requérantes tiré de la différence entre la communication des griefs et la décision concernant la nature prétendument abusive de la conclusion de l'accord Ogefrem, mais il a aussi estimé que la différence en question ne saurait affecter les droits des requérantes (point 113).

ii) *Synthèse des observations présentées dans le cadre du pourvoi*

55. Ce moyen de pourvoi se décompose en quatre points principaux. Premièrement, les requérantes affirment, à titre principal, que le Tribunal a violé leur droit à un procès équitable en substituant à l'accusation concernant l'Ogefrem figurant dans la décision une accusation entièrement nouvelle, tirée du fait qu'elles n'auraient prétendument pas fait un usage raisonnable de leur droit de veto. Selon elles, il y a une différence fondamentale entre le fait de demander à une autorité publique d'agir et celui d'opposer formellement son «veto» à un acte de cette autorité, puisque l'existence d'un droit de veto vise une situation où la personne possédant ce droit a un «pouvoir de blocage». Deuxièmement, les requérantes affirment que cette reformulation de l'accusation a permis au Tribunal d'ignorer la double nature de l'accusation initialement portée contre elles dans la communication des griefs et maintenue dans la décision (quoique sous une forme différente) et de considérer à tort comme dénuée de pertinence leur affirmation selon laquelle le simple fait d'encourager un gouvernement à agir n'est pas susceptible de constituer un abus de position dominante. Troisièmement, les requérantes font valoir que, puisque le Tribunal a estimé que les membres de Cewal n'étaient pas accusés de n'avoir pas dénoncé l'accord ni d'avoir incité un gouvernement à agir, il ne pouvait, sans se contredire, parvenir à la conclusion selon laquelle la Commission pouvait, à juste titre, considérer que leur participation active à la mise en œuvre de l'accord constituait un abus. Quatrièmement, les requérantes soutiennent que le fait qu'elles n'aient pas renoncé à exercer leurs droits exclusifs ne peut constituer un abus aux fins de l'article 86.

56. La Commission nie qu'il y ait eu aucune violation du droit des requérantes à un procès équitable. Elle affirme que la référence faite par le Tribunal à l'«usage du droit de veto» est simplement un autre moyen d'expliquer la constatation faite dans la décision selon laquelle l'abus consistait dans les efforts accomplis par Cewal pour obtenir que les conditions de l'accord Ogefrem soient respectées par l'Ogefrem. La Commission indique que l'abus allégué ne visait ni la conclusion de l'accord ni la non-dénonciation de celui-ci. La doctrine de l'«acte de souveraineté» invoquée par les requérantes n'était pas pertinente parce que l'accord permettait, comme le Tribunal l'a constaté, aux membres de Cewal de se conformer aux règles communautaires de la concurrence, tandis que la doctrine «Noerr-Pennington» [53] était également dénuée de pertinence, parce qu'il n'a pas été reproché à Cewal d'inciter un gouvernement à agir.

53 — Autre doctrine américaine protégeant la simple communication d'informations aux autorités de l'État, visant à influencer l'action du pouvoir législatif ou exécutif.

iii) *Analyse des arguments des requérantes*

a) Droit à un procès équitable

57. Nous pensons que les requérantes interprètent mal l'arrêt attaqué lorsqu'elles affirment que le Tribunal, formulant en cela une accusation nouvelle, leur reproche de ne pas avoir fait un usage raisonnable de leur droit de veto. Au point 109 de l'arrêt attaqué (cité au point 54 ci-dessus), le Tribunal a explicitement confirmé les constatations essentielles de la Commission concernant des actes abusifs liés à l'accord Ogefrem. Au cours de l'analyse qui précède (en particulier au point 105), le Tribunal a décrit brièvement le comportement adopté par Cewal quant à la mise en œuvre de l'accord Ogefrem, tel qu'il était présenté dans la décision, puis a poursuivi en rappelant les principes incontestables définissant les limites s'imposant à l'action des entreprises dominantes.

58. La référence faite par le Tribunal à un «droit de veto» est sans incidence sur la qualification de l'abus, qui continue à consister dans l'insistance avec laquelle Cewal a réclamé le strict respect de son droit exclusif. Le Tribunal était, cependant, disposé à présumer, sans le déclarer expressément, que l'accord Ogefrem était une concession de droit public et, sur la base de cette hypothèse, à attirer l'attention sur le fait qu'il comportait un mécanisme permettant de résoudre un conflit entre le traité et l'accord, considéré comme une concession de droit public. La référence au «droit de veto» ne vise pas à décrire un abus, mais plutôt à répondre à l'argumentation développée par les requérantes, selon laquelle leur comportement leur avait, d'une certaine manière, été imposé par les conditions de cette prétendue concession de droit public.

59. Nous estimons, dès lors, qu'il faut écarter le premier argument des requérantes, selon lequel le Tribunal les a privées du droit à un procès équitable en formulant une accusation nouvelle, consistant à leur reprocher de ne pas avoir fait un usage raisonnable de leur droit de veto.

b) Moyen concernant l'incitation à l'action gouvernementale

— Introduction

60. Le simple fait qu'il n'y ait eu aucune violation du droit des requérantes à un procès équitable ne suffit pas à permettre le rejet de leur pourvoi, puisqu'elles ont aussi contesté qu'il soit juridiquement approprié de qualifier leur comportement d'abusif. La position adoptée par le Tribunal soulève, en relation avec le deuxième argument, la question de savoir s'il était légitime de considérer la nature précise de l'accord comme dénuée de pertinence et, par conséquent, s'il était légitime d'écarter la possibilité que le comportement incriminé puisse avoir simplement correspondu à une tenta-

tive faite par Cewal pour exercer une pression sur le gouvernement.

61. L'arrêt attaqué fait complètement abstraction de la nature de l'accord Ogefrem. Le Tribunal était convaincu que, quelle que soit sa nature précise, les membres de Cewal disposaient d'un certain pouvoir discrétionnaire et d'une certaine autonomie en ce qui concerne sa mise en œuvre.

62. Il est bien établi que, puisque leur simple présence sur le marché conduit à un affaiblissement de la concurrence, les entreprises dominantes ne peuvent adopter certains comportements qui ne seraient éventuellement pas critiquables dans le cas d'entreprises non dominantes [54]. C'est a fortiori le cas lorsque, comme en l'espèce, les entreprises concernées sont dans une situation de quasi-monopole [55]. Néanmoins, le champ d'application réel de cette responsabilité particulière «doit être apprécié au regard des circonstances spécifiques de chaque espèce, démontrant un affaiblissement de la concurrence» [56].

54 — Voir les arrêts Hoffmann-La Roche (déjà cité à la note 17 ci-dessus, point 120), et Michelin (déjà cité à la note 41, point 57).

55 — Arrêt Hoffmann-La Roche (déjà cité à la note 17 ci-dessus, point 39).

56 — Arrêt du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission (C-333/94 P, Rec. p. I-5951, point 24, ci-après l'«arrêt Tetra Pak II»).

— Pertinence de la doctrine de l'«acte de souveraineté»

63. Les requérantes soutiennent que leur comportement doit être considéré comme n'étant rien de plus qu'une tentative visant à faire pression sur les autorités zaïroises pour qu'elles se conforment aux termes de la concession de droit public qu'elles leur avaient accordée. Au cours de la procédure orale, la Commission n'a pas contesté qu'un comportement consistant simplement à inciter le gouvernement d'un État n'appartenant pas à l'Union européenne à agir dans un sens déterminé ne pouvait être décrit comme un abus de position dominante. Cependant, la Commission a souligné lors de l'audience que, en l'espèce, les requérantes étaient parties à un contrat commercial comportant des obligations et des avantages mutuels et que l'insistance qu'elles avaient mise à demander le respect de ses termes allait au-delà de simples pressions.

64. Au point 110 de l'arrêt attaqué, le Tribunal s'est exprimé dans les termes suivants:

«La circonstance que, selon les requérantes, le fait d'inciter un gouvernement à agir ne peut constituer un abus est sans pertinence, dès lors qu'une telle pratique n'est pas reprochée en l'espèce.»

Nous ne pensons pas que cette question puisse être résolue aussi simplement. L'abus

dont Cewal a été déclarée coupable consistait dans des tentatives faites pour obtenir la mise en œuvre de l'accord Ogefrem. Les requérantes répondent que ces tentatives ne peuvent être assimilées à un abus, parce qu'elles consistaient simplement dans une incitation à l'action gouvernementale. La circonstance que la Commission ne l'a pas qualifié ainsi est sans influence sur sa nature véritable.

65. En conséquence, nous nous proposons d'examiner, dans la mesure où cela est nécessaire, le reproche que les requérantes font au Tribunal de n'avoir pas analysé l'argument selon lequel, d'après l'expression inhabituelle que la Commission a utilisée, l'accord Ogefrem était synallagmatique, c'est-à-dire consensuel. Les affirmations essentielles de la Commission à ce sujet figurent aux points 70 à 72 de la décision, qui sont formulés dans les termes suivants:

«(70) L'accord Cewal-Ogefrem cité au considérant 24 ne peut pas être considéré comme une réglementation nationale obligeant les membres de la conférence Cewal à agir comme ils l'ont fait. Au contraire, l'accord, comme sa dénomination et son contenu l'indiquent, n'est pas comme tel une disposition étatique, s'agissant d'un accord imposant à ses deux signataires des obligations quant au contrôle du trafic en cause et leur permettant d'y mettre fin moyennant l'octroi d'un préavis. En tout état de cause, il a été accepté par la conférence Cewal, qui a poussé l'Ogefrem avec insistance à le respecter en vue d'obtenir l'élimination de son principal concurrent.

(71) Par ailleurs, il faut souligner que la réglementation zaïroise en vigueur n'impose pas non plus aux armateurs membres des conférences de mettre en place des systèmes dont le but serait d'assurer que les cargaisons soient dirigées vers leurs propres navires, tout en excluant les armateurs indépendants.

(72) Il en résulte que la conclusion de l'accord et les rappels de la conférence Cewal concernant le respect de cet accord ne résultent donc pas d'obligations imposées par les pouvoirs publics.»

66. Les requérantes invoquent, en particulier, certains principes développés par la jurisprudence antitrust des États-Unis d'Amérique. Elles reconnaissent que des principes de ce type n'ont pas été formulés en droit communautaire. En substance, cette partie de l'argumentation des requérantes présuppose qu'elles démontrent que l'accord Ogefrem est le fruit d'un acte du gouvernement zaïrois consistant dans l'exercice du pouvoir souverain.

67. Les requérantes ont soutenu devant le Tribunal que la simple incitation à une

action gouvernementale ne pouvait être considérée comme un abus de position dominante. Il s'avère que, dans le cadre d'une doctrine de l'« acte de souveraineté », associée au principe de la courtoisie internationale, les juridictions américaines ont estimé que des actes (même illicites) consistant à inciter une autorité souveraine à agir ou à la persuader d'agir ne tombaient pas sous le coup des règles antitrust [57]. Étant donné la position que nous adoptons quant à la nature de l'accord Ogefrem, il est superflu que nous analysions davantage cette doctrine. Il est, bien sûr, clair que le simple fait qu'un État membre crée un monopole légal en accordant des droits exclusifs n'implique pas une violation de l'article 86 [58]. Il en résulte, évidemment, que le fait d'agir pour persuader un État membre de créer un tel monopole ne tombe pas non plus sous le coup de l'article 86. La Cour a, cependant, aussi précisé que « de telles entreprises restent soumises aux règles de concurrence du traité et, notamment, à celles contenues dans l'article 86 » [59]. On peut supposer que, par extension, ces principes valent aussi pour la création de monopoles légaux par des gouvernements étrangers. L'article 9 du règlement de 1986 peut alors être pertinent pour résoudre tout conflit avec les règles communautaires de concurrence.

68. Le principe de l'« acte de souveraineté » ne s'appliquera toutefois pas si l'accord Ogefrem n'est pas l'acte unilatéral d'une autorité souveraine, mais est, en substance et en réalité, comme l'affirme la Commission, un accord consensuel. A cet égard, il nous paraît indifférent que, comme les requérantes l'ont, évidemment à juste titre, souligné, l'Ogefrem ne soit pas une entreprise au sens des articles 85 et 86. Premièrement, l'abus allégué vise l'insistance mise par les requérantes à réclamer le respect de l'exclusivité octroyée par l'accord et non la conclusion de ce dernier. Deuxièmement, l'application de l'article 86 à une entreprise occupant une position comme celle de Cewal n'exige pas que l'accord Ogefrem soit un accord au sens de l'article 85.

69. A la lumière de ces considérations, nous synthétiserons l'argumentation des requérantes concernant le caractère d'« acte de souveraineté » de l'accord, telle qu'elles l'ont développée dans des mémoires très volumineux déposés devant le Tribunal et devant la Cour.

70. D'abord, les requérantes attachent une grande importance au code de la Cnuced de 1974, qui est entré en vigueur en 1983 et auquel nous avons fait référence au point 5 ci-dessus. Le règlement (CEE) n° 954/79 [60] concerne sa ratification par les États membres. Le code prévoit, à l'article 2, la répartition du trafic assuré par une confé-

57 — Les requérantes ont cité, par exemple, l'affaire American Bonana v United Fruit Co 213 US 347, 358 (1909), et une décision de la Federal Court of California dans l'affaire Occidental Petroleum Corp. v Battes Gas & Oil Co 331 F Supp. 92, 109-13 (C.D. CAL. 1971) confirmée per curiam, 461 F.2d1261 (9th CIR) certiorari refusé, 409 US 950 (1972).

58 — Voir, entre autres, les arrêts du 3 octobre 1985, CBEM (311/84, Rec. p. 3261, point 17, ci-après l'« arrêt Télémarketing »), et du 18 juin 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Rec. p. I-3949, point 40).

59 — Arrêt Télémarketing (déjà cité à la note 58 ci-dessus, point 17).

60 — Règlement du Conseil du 15 mai 1979, concernant la ratification par les États membres de la convention des Nations unies relative à un code de conduite des conférences maritimes ou l'adhésion de ces États à la convention (JO L 121, p. 1).

rence entre les deux États desservis par cette dernière selon une règle dite «40: 40: 20». Ce trafic doit être réparti de manière à ce que les compagnies maritimes nationales des deux États situés de part et d'autre de la liaison maritime concernée se voient attribuer chacune 40 % des cargaisons transportées, les 20 % restants étant attribués aux compagnies des pays tiers, membres de la même conférence. Il est constant qu'il y a, depuis longtemps, de sérieuses divergences de vues quant à l'interprétation correcte du code entre les États signataires qui sont membres de l'OCDE et un certain nombre d'États africains, parmi lesquels le Zaïre. Les premiers ont soutenu qu'à la fois la formulation claire du code et son contexte démontraient qu'il s'appliquait seulement au trafic assuré par les conférences. Les seconds ont prétendu qu'il s'appliquait à tout trafic régulier.

71. Les requérantes ont relaté dans le détail les démarches accomplies par un certain nombre d'États africains, en particulier le Zaïre, pour imposer leur interprétation dans le but de protéger leurs compagnies nationales. En 1980, le Zaïre a créé l'Ogefrem, dont il a fait un organisme public. Il est devenu opérationnel en 1983, conformément à l'ordonnance présidentielle n° 80-256. Parmi les tâches qui lui sont assignées figurent le contrôle des cargaisons, la négociation des taux de fret, la sauvegarde de la rentabilité de la compagnie nationale, à savoir la Compagnie maritime zaïroise (ci-après «CMZ»), et la défense des intérêts maritimes zaïrois.

72. Un acte législatif ultérieur, l'arrêté d'exécution n° 001-83, du 17 janvier 1983, a appliqué la règle 40: 40: 20 de la Cnuced à la répartition de toutes les cargaisons. Cewal et d'autres représentants des intérêts maritimes européens, les États membres et la Commission ont fait des efforts intenses mais infructueux, notamment sur le plan politique, en vue d'obtenir que cette politique soit abandonnée ou modifiée.

73. A partir de 1984, l'Ogefrem a imposé à Cewal un certain nombre de charges financières et administratives supplémentaires, consistant notamment dans l'obligation, pour toute compagnie membre de Cewal, de verser à l'Ogefrem une caution de 10 000 USD et de payer une commission correspondant à 3 % du taux de fret, mesures prétendument destinées à garantir la participation de CMZ au trafic dans une proportion de 40 %.

74. Dans ces circonstances, Cewal affirme que l'accord Ogefrem lui a été «imposé». Elle cite les termes de celui-ci pour démontrer en particulier qu'«il résulte» notamment «de l'ordonnance 80-256» et prétend qu'elle n'a pu s'opposer à ce qu'un gouvernement dont la politique était vitale pour ses activités lui impose cet accord mettant en œuvre cette politique.

75. La Commission, tout en ne contestant pas la plupart des faits relatés, soutient que l'accord Ogefrem n'est pas un «acte de

souveraineté» imposé, mais constitue un accord prévoyant des obligations mutuelles et des avantages réciproques.

76. En premier lieu, elle déclare que les requérantes commettent une erreur fondamentale de logique en ce qui concerne le code. Elle souligne que l'application de la règle 40: 40: 20 de la Cnuced à l'ensemble du trafic et la proportion du trafic assuré par les conférences sont des questions entièrement distinctes, si bien qu'il n'y a pas de lien logique entre la participation des compagnies nationales africaines au trafic pour la totalité de la part de marché qui leur est dévolue et l'exclusivité accordée aux conférences. En bref, le fait que les compagnies nationales aient la garantie d'assurer le transport de 40 % de l'ensemble des cargaisons ne signifie pas que la totalité des 60 % restants doivent être attribués aux compagnies membres des conférences.

77. En ce qui concerne les termes de l'accord, la Commission fait référence à la disposition prévoyant la faculté pour chacune des parties d'y mettre fin unilatéralement moyennant un préavis d'un an, à celle prévoyant le recours à l'arbitrage en cas de litige et au succès manifeste remporté par Cewal lorsqu'elle a négocié la réduction de 3 à 0,5 % du taux de la commission. De plus, la Commission refuse que l'accord soit décrit comme une concession de droit public. Cela présupposerait une législation prévoyant l'octroi d'un droit exclusif, octroi résultant d'une procédure administrative.

— Nature véritable de l'accord Ogefrem

78. Il faut admettre que le gouvernement zaïrois, comme ceux de plusieurs autres États africains, avait pour politique d'appliquer, par voie légale, si nécessaire, la règle 40: 40: 20 de la Cnuced à l'ensemble des cargaisons et pas simplement au trafic assuré par les conférences. A cette fin, il a créé l'Ogefrem, auquel il a conféré des pouvoirs étendus en ce qui concerne la régulation et le contrôle du trafic maritime à destination et au départ du Zaïre. Cependant, nous nous rallions à l'avis de la Commission selon lequel la manière dont le Zaïre conçoit la règle 40: 40: 20 de la Cnuced ne justifie pas la tentative faite par Cewal pour exclure du trafic les compagnies qui n'étaient pas membres d'une conférence. Les arguments développés sur ce point par les requérantes sont parfaitement inconsistants. Elles insistent sur l'erreur qu'a commise le gouvernement zaïrois en tentant d'appliquer la règle à l'ensemble du trafic. Cependant, elles insistent également sur la mise en œuvre de cette interprétation à leur propre bénéfice. En fait, leur comportement impliquait une tentative faite pour exclure les compagnies qui n'étaient pas membres d'une conférence du marché zaïrois.

79. De même, quand les requérantes évoquent les difficultés qu'elles ont rencontrées dans leurs relations avec l'Ogefrem, elles ne font rien de plus que de faire apparaître l'existence d'une certaine inégalité quant aux pouvoirs de négociation respectifs. Malgré les nombreux problèmes décrits, Cewal souhaitait continuer à exploiter la ligne sur laquelle elle avait, comme elle le

reconnaît, un monopole de fait. Elle avait déjà accepté, même si c'est à contrecoeur, de concéder 40 % du trafic à CMZ, qui était devenue membre de la conférence Cewal.

80. Ensuite, il convient d'analyser le texte de l'accord Ogefrem, rédigé en français. Nous n'admettons pas que la circonstance que le préambule de l'accord fait référence à plusieurs actes et instruments législatifs zaïrois suffise à lui conférer la nature d'un acte souverain de l'État du Zaïre. Par exemple, il fait référence à une résolution de la conférence ministérielle des pays de l'Afrique du Centre et de l'Ouest invitant les armateurs des États membres de cette conférence à entreprendre une action concertée avec les conférences maritimes desservant l'Afrique du Centre et de l'Ouest en vue de stabiliser les taux de fret et d'adapter leurs statuts de manière à ce qu'ils soient conformes au code de conduite des conférences maritimes. La référence faite par le préambule aux objectifs principaux de l'Ogefrem ne limite pas non plus le caractère de l'accord lui-même. Le préambule décrit le statut et les objectifs de l'Ogefrem. Il ne définit pas le contenu de l'accord de «coopération» comme étant celui d'un acte étatique ayant le caractère d'un acte légal conférant un droit de monopole.

81. Dans son dispositif, l'accord Ogefrem est juste un accord. La clause d'exclusivité contenue dans l'article 1er est la disposition essentielle. Elle ne vise pas l'exercice d'un quelconque pouvoir légal ou administratif. Nous estimons, comme la Commission, qu'elle n'offre aucune base pour l'octroi d'un droit légalement fondé par le moyen d'une concession de droit public. Elle est, en fait, formulée dans des termes évoquant simplement une obligation conjointe ou mutuelle. Le reste du dispositif de l'accord impose des obligations mutuelles de portée générale concernant la tenue et l'échange de statistiques (article 6), la déduction d'un montant égal à un pourcentage convenu du fret qui sera rétrocédé à l'Ogefrem (article 7), la tenue de documents comptables (articles 8 et 9) et le respect de taux de fret négociés (article 10). En vertu de l'article 11, l'accord est conclu pour la durée d'un an, mais est automatiquement reconduit sauf si l'une des deux parties manifeste, moyennant un préavis d'un an, la volonté d'y mettre fin. Enfin, l'article 12 contient une disposition prévoyant que les différends seront obligatoirement soumis à un collège de trois arbitres, chacune des deux parties désignant un arbitre et le troisième étant désigné par les deux autres.

82. A notre avis, ni les termes de l'accord Ogefrem, ni le contexte légal décrit par les requérantes, ni les circonstances de sa conclusion ne lui confèrent le caractère d'un acte d'une autorité souveraine octroyant une forme quelconque de concession de droit public, comme le prétendent les requérantes. Il est donc superflu, aux fins du présent pourvoi, de déterminer le rôle à assigner en droit communautaire à la doctrine de l'action étatique.

83. En conséquence, nous proposons d'écarter le deuxième argument développé dans le cadre du moyen concernant l'accord Ogefrem.

c) Prétendue contradiction dans l'arrêt attaqué

84. Les troisième et quatrième arguments des requérantes manquent inévitablement leur but du fait de la position que nous avons prise quant à la nature de l'accord Ogefrem. Les requérantes font grief au Tribunal d'avoir introduit une contradiction dans les motifs de son arrêt, dans la mesure où il affirme simultanément, d'une part, qu'il n'est pas reproché à Cewal d'inciter un gouvernement à agir (point 110 de l'arrêt) et, d'autre part, que la Commission «a pu, à juste titre, considérer que les membres de Cewal, en participant activement à la mise en œuvre de l'accord avec l'Ogefrem et en demandant itérativement le strict respect de cet accord... ont enfreint l'article 86 du traité» (point 109 de l'arrêt). L'arrêt ne contient pas de contradiction. Dans ce dernier point, le Tribunal ne présente pas le comportement de Cewal visant à exclure la concurrence comme ayant pour but d'«inciter un gouvernement à agir», au sens que les requérantes donnent à cette expression. En outre, l'analyse que nous avons faite de la nature de l'accord Ogefrem démontre, croyons-nous, qu'il n'avait pas le caractère d'un acte étatique, ce qui élimine tout risque d'incohérence.

d) Licéité du comportement Ogefrem au regard de l'article 86

85. Il y a lieu de faire un sort similaire au quatrième argument des requérantes, selon lequel l'article 86 n'interdit pas à une entreprise à laquelle une exclusivité légale a été octroyée d'en demander instamment le respect. Les requérantes invoquent la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle «l'existence d'un monopole dans le chef d'une entreprise à laquelle un État membre a accordé des droits exclusifs au sens de l'article 90 du traité n'est pas, en tant que telle, incompatible avec l'article 86» [61]. Puisqu'il ne s'agit pas de monopole, la question ne se pose tout simplement pas. De plus, il y a lieu de rappeler ici l'opinion du Tribunal (points 104 et 108) selon laquelle les termes mêmes de l'accord prévoyaient un mécanisme permettant d'ouvrir le marché à la concurrence. Les requérantes ont choisi d'insister pour ne pas user de cette possibilité.

86. En conséquence, nous proposons d'écarter également le quatrième argument et, donc, la totalité du moyen de pourvoi concernant l'abus lié à l'accord Ogefrem.

B — *Utilisation des «navires de combat»*

i) *Introduction*

87. En ce qu'il est dirigé contre la conclusion de la Commission concernant l'abus

61 — Arrêt Télémarketing (déjà cité à la note 58 ci-dessus, point 17). Les requérantes citent aussi l'arrêt du 30 avril 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409).

résultant de l'utilisation des «navires de combat», le pourvoi se place à un double point de vue et touche, d'une part, à la procédure et, d'autre part, au fond.

88. Le grief tiré de la procédure se présente sous deux aspects. Premièrement, les requérantes affirment que leur droit à un procès équitable a été violé au cours de la procédure administrative, parce que, dans sa décision, la Commission a inclus une constatation concernant la méthode de fixation des prix qualifiée de pratique des «navires de combat» qui s'écartait de celle notifiée dans la communication des griefs et que le Tribunal a commis une erreur de droit en n'accueillant pas ce grief.

89. La Commission réplique que cet argument est et était irrecevable parce qu'il n'a pas été invoqué dans la requête initiale déposée devant le Tribunal, mais seulement dans la réplique.

90. A cette objection, les requérantes répondent, en invoquant l'exception prévue à l'article 48, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement de procédure du Tribunal, que c'est seulement le mémoire en défense déposé par la Commission devant le Tribunal qui a fait apparaître clairement qu'il *existait* une différence substantielle entre la communication des griefs et la décision. Il s'agit donc d'un élément qui s'est révélé pendant la procédure.

91. Cependant, le Tribunal a estimé (point 140) que le mémoire en défense n'avait introduit aucun élément nouveau et était en stricte conformité avec la décision.

92. En conséquence, les requérantes affirment que le Tribunal a violé leur droit à un procès équitable parce que, en estimant qu'il n'y avait aucune différence entre la décision et le mémoire en défense de la Commission, il a introduit un élément nouveau qu'elles n'avaient pas considéré comme inclus dans la communication des griefs. Elles soutiennent donc qu'elles étaient fondées à formuler cette critique pour la première fois dans leur réplique devant le Tribunal.

ii) *Moyens de pourvoi concernant la procédure*

a) Contexte

93. Au point 12 de la communication des griefs, la Commission a décrit la pratique des navires de combat qui est attribuée à Cewal et est censée avoir été adoptée à partir du printemps 1988, comme visant à éliminer la concurrence de la société indé-

pendante (à savoir G & C) des routes concernées. Les composantes essentielles du comportement ainsi décrit étaient les suivantes:

— le secrétariat de Cewal informait les membres de la conférence des dates des prochains départs prévus par G & C;

— une réunion du Special Fighting Committee était organisée environ tous les deux mois en vue de désigner les membres de la conférence qui prendraient leur départ à la même date que celle prévue pour les départs des navires de G & C ou à une date rapprochée et de déterminer les «tarifs de combat», dérogeant au barème de la conférence, offerts pour ces départs, ces tarifs étant fixés en fonction de ceux proposés par G & C;

— les pertes résultant de l'application de ces tarifs étaient partagées entre les membres de la conférence.

Au point 23 de la communication des griefs, la Commission a fait référence à la méthode des navires de combat, qui consistait à programmer les départs de Cewal autour des dates de départ de G & C et à établir un système de rotation pour «assurer un partage des pertes liées à l'opération» [62], a affirmé que les «tarifs de combat» n'étaient pas fixés par référence à des critères économiques (c'est-à-dire par référence aux coûts), mais uniquement de façon à être *inférieurs* à ceux annoncés par G & C, et a décrit ce comportement comme consistant dans la «fixation de *prix prédatoires* en vue d'éliminer un concurrent du marché» (souligné par nous) [63].

94. Au point 73 de la décision, la Commission indique que Cewal a eu recours à la méthode des navires de combat pour éliminer son principal concurrent sur la route concernée. La pratique adoptée consistait à:

«désigner comme 'navires de combat' ou 'fighting ships', les navires membres de la conférence Cewal dont le départ était le plus proche du départ des navires G & C, et à fixer des prix 'de combat' spéciaux pour les navires désignés. Les prix de combat fixés en commun dérogeaient au tarif normalement pratiqué par les membres de la conférence Cewal et étaient déterminés non pas en fonction de critères économiques (c'est-à-dire en rapport avec les coûts) mais uniquement de façon à être *égaux ou inférieurs* aux prix annoncés par G & C, la *diminution des revenus* résultant de ce système de fixation des prix par rapport au tarif conférentiel étant prise en charge

62 — Note sans objet dans la version française des présentes conclusions.

63 — Note sans objet dans la version française des présentes conclusions.

par tous les membres de la conférence Cewal. Il était clairement accepté par ces membres que le système de fighting ships était susceptible en principe de générer des *pertes de revenus* qu'ils auraient à assumer» (souligné par nous).

Au point 74 de la décision, la Commission cite la définition usuelle de la pratique des navires de combat, telle qu'elle figure dans la littérature maritime: elle consiste, entre autres, à programmer spécifiquement le départ des navires de combat le jour même du départ des navires du concurrent indésirable. La Commission indique toutefois que, en l'espèce, du fait de la fréquence des départs de ses navires, Cewal pouvait désigner des navires de combat sans altération des horaires prévus.

95. La Commission ne parle donc pas de «prix prédatoires» [64] et distingue la pratique en question de la fixation unilatérale de «prix abusivement bas». C'est cette formule aussi que reflète la conclusion formelle figurant à l'article 2 de la décision, selon laquelle Cewal a «modifi[é] ses taux de fret en dérogeant aux tarifs en vigueur afin d'offrir des taux identiques ou inférieurs à ceux du principal concurrent indépendant pour des navires partant à la même date ou à des dates voisines (pratique dite des fighting ships/navires de combat)...».

64 — La décision cite l'arrêt du 3 juillet 1991, AKZO/Commission (C-62/86, Rec. p. I-3359, ci-après l'«arrêt AKZO»).

96. Dans la réplique qu'elles ont déposée devant le Tribunal, les requérantes ont initialement déclaré qu'il n'y avait pas de différence entre la communication des griefs et la décision, mais ont soutenu que, dans son mémoire en défense, la Commission redéfinissait leur comportement abusif présumé en parlant de *désignation* plutôt que de *programmation* des navires de combat et de «pertes de revenus» plutôt que de «pertes» et en omettant de se référer à la notion bien établie de «prix prédatoires». En ce qui concerne ces différences supposées, elles ont invoqué deux arguments de droit. Premièrement, elles ont affirmé que, si la décision était basée, comme elle aurait dû l'être, sur ce qu'elles considéraient comme la «nouvelle» définition des «navires de combat», les parties pertinentes de celle-ci devraient être annulées pour avoir condamné Cewal pour une pratique dont elle n'avait pas été accusée dans la communication des griefs. A titre subsidiaire, elles ont soutenu que, si la décision était en réalité basée sur la «nouvelle» définition, elle devrait encore être annulée parce qu'elle ne satisferait pas à l'exigence de motivation formulée par l'article 190 du traité.

97. Dans sa duplique, la Commission a, premièrement, contesté la recevabilité de l'argument tiré des divergences prétendues entre la communication des griefs et la décision, parce qu'il était invoqué (en violation de l'article 48 du règlement de procédure du Tribunal) pour la première fois dans la réplique. En outre, la programmation de départs spécifiques coïncidant avec ceux du concurrent indépendant, l'application de taux inférieurs ou l'enregistrement de pertes sont des composantes essentielles tant de la pratique des navires de combat que d'un comportement consti-

tuant un abus contraire à l'article 86 du traité. En ce qui concerne l'absence de correspondance entre la pratique des navires de combat et les méthodes de fixation des prix condamnées par l'arrêt AKZO, la Commission a renvoyé au point 80 de sa décision où elle fait une distinction expresse entre le cas présent et celui envisagé par cet arrêt.

b) Arrêt attaqué

98. Le Tribunal a analysé les termes de la décision et du mémoire en défense de la Commission (points 138 à 140 de l'arrêt) et a estimé que la Commission n'avait pas «introdui[t] une nouvelle définition de la pratique des navires de combat par rapport à la Décision» et que ses propos étaient «en stricte conformité avec celle-ci» (point 140). Il en a conclu que, «la prémisse du raisonnement des requérantes étant infondée, *l'un et l'autre* moyens invoqués à l'encontre de la notion de navires de combat doivent être rejetés» (point 140, souligné par nous).

c) Arguments développés dans le présent pourvoi

99. Le premier moyen de pourvoi invoqué devant la Cour est tiré d'une divergence prétendue entre la communication des griefs et la décision. En conséquence, il est nécessaire d'apprécier d'abord la recevabilité de ce moyen.

100. Dans son mémoire en réponse, la Commission, soutenue par l'intervenante, indique que le Tribunal a clairement rejeté l'argument explicite des requérantes selon lequel la définition de la pratique litigieuse utilisée par elle dans le mémoire en défense qu'elle a déposé devant le Tribunal différait de celle figurant dans la décision. La Commission conteste alors la recevabilité, devant le Tribunal, et en conséquence dans le présent pourvoi, de tout argument tiré d'une divergence entre la décision et la communication des griefs. Elle affirme que, en vertu de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, rien ne justifiait qu'un tel argument soit invoqué au stade de la réplique déposée devant le Tribunal, parce qu'il est difficile de soutenir qu'une prétendue différence entre la communication des griefs et la décision est apparue seulement au cours de la procédure devant le Tribunal. En conséquence, la Commission affirme que, en vertu de l'article 113, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour, qui indique que «le pourvoi ne peut modifier l'objet du litige devant le Tribunal», il doit également être considéré comme irrecevable devant la Cour.

101. Les requérantes affirment que *c'est seulement à la lecture du mémoire en défense déposé par la Commission devant le Tribunal qu'il leur est apparu clairement que la Commission avait modifié son affirmation initiale concernant les taux inférieurs aux coûts figurant dans la com-*

munication des griefs. On va voir pourquoi nous soulignons cet argument. Les requérantes se réfèrent, d'abord, à leur requête initiale devant le Tribunal où, pour démontrer qu'elles n'avaient pas subi de pertes, elles affirmaient que la Commission avait abandonné dans la décision le reproche fait au point 23 de la communication des griefs, selon lequel les membres de Cewal avaient subi des pertes. Elles se réfèrent aussi à l'argument subsidiaire développé dans leur réplique devant le Tribunal, selon lequel, si la décision devait être interprétée comme étant basée sur ce qu'elles décrivent comme une «nouvelle» définition, les parties pertinentes devaient être annulées parce que les compagnies membres de Cewal y étaient condamnées pour une pratique dont elles n'avaient pas été accusées dans la communication des griefs. En conséquence, elles soutiennent que, puisque leur moyen subsidiaire était tiré de la violation d'une forme substantielle par la Commission, le Tribunal aurait dû le soulever d'office, étant donné qu'il s'agissait d'un moyen d'ordre public [65]. Elles affirment que le Tribunal n'a, cependant, pas même vérifié la recevabilité de ce moyen.

d) Analyse

102. Il nous semble que nous devons d'abord examiner le grief concernant le rejet par le Tribunal du principal argument de procédure des requérantes, relatif à la réinterprétation supposée de la décision à laquelle elles prétendent que la Commission aurait procédé dans son mémoire en défense. En bref, si la décision parle de «pertes de revenus» alors que la communication des griefs invoque des «pertes», cette divergence est-elle de nature à porter gravement atteinte aux intérêts des requérantes?

103. A notre avis, c'est manifestement à juste titre que, au point 141 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a interprété la décision comme étant basée sur des pertes de revenus plutôt que sur des pertes nettes. Cela ressort du point 73 de la décision, où la Commission parle de «diminution des revenus» et indique que les membres de Cewal acceptaient la possibilité de «pertes de revenus», et du point 74, qui évoque les «financial losses of the 'fighting vessel'» [«pertes financières du 'navire de combat'»]. La Commission était fondée à nier, dans son mémoire en défense devant le Tribunal, que la décision présupposait que les «tarifs de combat» en question généraient de véritables pertes.

104. Cependant, les requérantes se plaignent maintenant d'une différence significative prétendue entre la communication des griefs et le mémoire en défense, différence sur laquelle se fondait l'argument qu'elles ont développé à titre subsidiaire devant le Tribunal, alors qu'elles estimaient initialement qu'il n'y avait pas de différence. Nous nous rallions à la thèse que la Commission a développée dans son mémoire en duplique devant le Tribunal et qu'elle a réitérée dans son mémoire en réponse devant la Cour, selon laquelle, dans

65 — Les requérantes citent, notamment, l'arrêt du 20 février 1997, Commission/Daffix (C-166/95 P, Rec. p. I-983).

la mesure où les requérantes ont soutenu, dans leur mémoire en réplique devant le Tribunal, qu'une différence supposée entre la communication des griefs et le mémoire en défense avait porté atteinte à leur droit à un procès équitable, ce moyen était un «moyen nouveau» dont, en vertu de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, la production en cours d'instance est interdite, à moins qu'il ne «se fond[e] sur des éléments de droit et de fait qui se sont révélés pendant la procédure». En conséquence, nous faisons nôtre l'opinion de la Commission selon laquelle ce moyen est également irrecevable devant la Cour, en vertu de l'article 113, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour. Toutefois, puisque, en dépit de l'article 48, paragraphe 2, troisième alinéa, du règlement de procédure du Tribunal, qui prévoit que «l'appréciation de la recevabilité du moyen reste réservée à l'arrêt mettant fin à l'instance», le Tribunal n'a pas vérifié la recevabilité de ce moyen, il appartient, selon nous, à la Cour d'expliquer les raisons justifiant son irrecevabilité.

105. Nous pensons aussi, comme la Commission, que les requérantes ne peuvent soutenir que la différence supposée entre la communication des griefs et la décision ne leur est apparue qu'à la lecture du mémoire en défense de la Commission devant le Tribunal.

106. Il incombe, cependant, à la Cour d'apprécier si «des éléments de droit et de fait... se sont révélés pendant la procédure», éléments qui puissent justifier que les requérantes n'aient invoqué la différence en question que dans leur mémoire en réplique devant le Tribunal. Nous estimons que tel n'est pas le cas. Il ressort très clairement du point 80 de la décision que, dans cette dernière, la Commission a appliqué au comportement des requérantes une qualification juridique distincte de celle correspondant à la situation examinée par la Cour dans l'arrêt AKZO. Les requérantes avaient parfaitement le droit de contester cette décision comme de se plaindre de la violation de leur droit à un procès équitable intervenue lors de la procédure administrative devant la Commission dans leur requête initiale devant le Tribunal.

107. A notre avis, les arguments des requérantes ne sont pas convaincants et sont défectueux sur le plan de la logique. Les arguments concernant la violation des droits de la défense apparaissent pour la première fois dans leur mémoire en réplique devant le Tribunal et sont donc d'emblée irrecevables. A cela, elles répondent qu'elles n'ont pris conscience de la nature de l'abus qui leur était reproché qu'en lisant le mémoire en défense de la Commission, en raison des différences existant entre ce mémoire en défense et la décision. Le Tribunal a jugé que ces différences étaient inexistantes et nous nous rallions à cette prise de position. Les requérantes ne peuvent donc continuer à invoquer une telle différence prétendue pour justifier le caractère tardif du moyen, soulevé pour la première fois dans leur mémoire en réplique, selon lequel il y avait des différences non pas entre la décision et le mémoire en défense, comme elles l'avaient soutenu, mais entre la communication des griefs et

la décision. Ce moyen est manifestement irrecevable.

108. En réponse à l'affirmation de la Commission selon laquelle leur moyen concernant l'éventuelle divergence entre la communication des griefs et la décision est irrecevable, les requérantes invoquent, dans leur mémoire en réplique devant la Cour, un moyen tiré de la violation de leur droit à un procès équitable résultant, selon elles, de l'insuffisance de la motivation, moyen «d'ordre public qui peu[t], et même doi[t], être soulev[é] d'office par le juge communautaire» [66]. La Cour a poursuivi en indiquant que, «l'examen de tels moyens pouvant donc avoir lieu à tout stade de la procédure, le requérant ne saurait être forclos à s'en prévaloir au seul motif qu'il ne les a pas soulevés dans sa réclamation» [67].

109. D'autre part, en l'espèce, le préjudice que les requérantes prétendent avoir subi au cours de la procédure administrative résulterait du fait que la décision n'était pas basée sur ce qu'elles considèrent comme la seule interprétation juridique correcte de la notion de «prix prédatoires», expression utilisée dans la communication des griefs. Au mieux, le préjudice pourrait découler du fait que les requérantes ont considéré l'expression «prix prédatoires» figurant dans la communication des griefs comme faisant référence exclusivement à l'application de prix inférieurs aux coûts et que, lorsqu'elles ont préparé leur réponse à cette communication, elles se sont bornées à développer des arguments juridiques faisant valoir que leurs «tarifs de combat» n'étaient pas inférieurs aux coûts. Elles ne soutiennent cependant pas que la Commission a introduit un quelconque élément nouveau qui leur est préjudiciable et auquel elles n'ont pu répliquer. Au contraire, toutes les différences prétendues (désignation et non programmation des navires de combat; prix égaux ou inférieurs et non simplement inférieurs; pertes de revenus et non pertes; omission du terme «prédatoire») impliquent une moindre gravité du comportement abusif imputé aux requérantes. Sur cette base, les requérantes ont affirmé, lors de la procédure administrative, que l'on ne pouvait les déclarer coupables d'abus. Le fait que la Commission les aient, néanmoins, déclarées coupables n'implique pas une violation des droits de la défense. En réalité, lorsque les requérantes ont développé de manière très détaillée devant le Tribunal et devant la Cour leur argumentation juridique essentielle, selon laquelle leur comportement n'aurait pas dû être qualifié d'abusif parce qu'elles n'avaient pas appliqué de taux inférieurs aux coûts, elles n'ont pas démontré qu'elles avaient subi un préjudice.

110. Dans ces conditions, rien ne justifierait que la Cour soulève d'office le moyen tiré du préjudice supposé que l'usage de l'expression «prix prédatoires» pourrait avoir causé aux requérantes lorsqu'elles préparaient leur réponse initiale à la communication des griefs de la Commission.

66 — Arrêt Commission/Daffix (déjà cité à la note 65 ci-dessus, point 24).

67 — Ibidem, point 25.

iii) *Caractère abusif du comportement litigieux*

a) Problèmes soulevés

111. Selon l'arrêt attaqué (point 139), «la Commission a retenu trois éléments constitutifs de la pratique des navires de combat menée par les membres de Cewal en vue de l'éviction du concurrent G et C, à savoir: la désignation comme navires de combat de navires des membres de la conférence dont le départ était le plus proche du départ des navires de G et C, sans altération des horaires prévus; la fixation en commun de prix de combat qui dérogeaient au tarif normalement pratiqué par les membres de Cewal de façon à être égaux ou inférieurs aux prix annoncés par G et C; la diminution des revenus en résultant, qui était prise en charge par les membres de Cewal».

112. On peut soutenir que la question qui, dans le cadre du présent pourvoi, revêt, d'une manière générale, la plus grande importance porte sur la justesse de la thèse de la Commission — que le Tribunal a reprise à son compte — selon laquelle, bien qu'elle n'implique pas de pertes nettes, la pratique des navires de combat adoptée par les membres de Cewal constitue un abus contraire à l'article 86 du traité et non, comme les requérantes le soutiennent, la réaction raisonnable d'une entreprise dominante à l'entrée sur son marché d'un nouveau concurrent. La Commission a fondé sa décision (voir points 72 et 73) non sur des pertes, mais sur des diminutions de revenus résultant pour les membres de Cewal du comportement litigieux. Nous pouvons donc aborder l'élément central du présent pourvoi en nous basant sur le fait que, contrairement au cas de vente à des prix inférieurs aux coûts examiné par la Cour dans l'arrêt AKZO, les tarifs de combat appliqués par Cewal étaient supérieurs aux coûts, mais entraînaient une «diminution des revenus» des membres de la conférence [68].

113. Les points pertinents de l'arrêt attaqué sont les suivants:

«146 Ainsi qu'il a déjà été rappelé, selon une jurisprudence constante, si l'existence d'une position dominante ne prive pas une entreprise placée dans cette position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés, et si cette entreprise a la faculté, dans une mesure raisonnable, d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts, on ne peut cependant admettre de tels comportements lorsqu'ils ont pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser (notamment arrêt BPB Industries et British Gypsum/Commission, précité, point 69) [69].

68 — Point 139 de l'arrêt attaqué.

69 — Le Tribunal renvoie ici à l'arrêt British Gypsum (déjà cité à la note 47 ci-dessus).

147 A cet égard, le Tribunal estime que, au vu notamment des procès-verbaux du Special Fighting Committee cités en note à la page 2, sous le point 32 de la Décision, et notamment du procès-verbal du 18 mai 1989 dans lequel il est question de 'se débarrasser' de l'armateur indépendant, la Commission a démontré à suffisance de droit que cette pratique avait été menée dans le but d'évincer l'unique concurrent de Cewal sur le marché pertinent. En outre, le Tribunal estime que, si la seule dénomination de la pratique utilisée par les membres de Cewal ne peut suffire à qualifier une infraction à l'article 86, c'est à juste titre que la Commission a pu considérer que l'utilisation, par des professionnels du transport maritime international, d'une dénomination bien connue dans ce secteur d'activité et la création au sein de la conférence d'un Special Fighting Committee sont révélatrices de l'intention de mettre en œuvre une pratique destinée à altérer le jeu de la concurrence.

148 Dès lors que la pratique avait pour objet d'évincer l'unique concurrent, le Tribunal considère que les requérantes ne peuvent utilement faire valoir qu'elles se sont limitées à réagir à une violation par G et C du monopole légalement octroyé à Cewal, à compenser une discrimination dont elles auraient été l'objet de la part de l'Ogefrem, à suivre une guerre des prix engagée par le concurrent ou encore à répondre à une attente de leur clientèle. Ces circonstances, à les supposer établies, ne sauraient en effet rendre raisonnable et proportionnée la riposte mise en œuvre par les membres de Cewal.»

114. Les requérantes font essentiellement valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit en refusant de reconnaître qu'une entreprise dominante peut, en réaction à la concurrence sur les prix exercée par une nouvelle entreprise entrant sur son marché, concevoir un plan visant à éliminer cette entreprise en pratiquant des réductions de prix sélectives, du moment que les prix qu'elle offre ne sont pas abusifs, au sens défini par la Cour dans l'arrêt AKZO. Selon elles, le Tribunal a confirmé à tort la décision en se fondant exclusivement sur des documents compromettants découverts par la Commission et prouvant que les membres de Cewal souhaitaient éliminer leur concurrent, attitude qui n'est pas, en soi, anticoncurrentielle.

115. La Commission estime que la pratique des navires de combat, utilisée, comme elle l'a constaté, par les requérantes, diffère de la pratique «classique» des prix prédatoires, terme, en fait, non utilisé par la Cour, que la Commission considère comme impliquant que l'entreprise concernée a subi des pertes, comme dans l'affaire AKZO. La Commission dit, en fait, qu'une entreprise dominante qui s'écarte du tarif qu'elle a publié en consentant des réductions de prix sélectives dans le cadre d'une stratégie visant à éliminer un concurrent du marché n'exerce pas une concurrence normale. Le fait que les tarifs de combat offerts par Cewal aient constitué une simple réaction à la concurrence sur les prix exercée par un nouveau concurrent ne les justifie pas, en particulier lorsqu'une entreprise dominante comme Cewal jouit virtuellement d'un monopole sur le marché. Selon la Commission, une concurrence normale sur les prix aurait consisté pour les membres de Cewal à réduire systématiquement les tarifs conférentiels publiés.

b) Analyse

— Caractère multilatéral de l'abus

116. Au point 80 de la décision, la Commission déclare que «le caractère multilatéral et intentionnel montre la nature abusive d'un comportement consistant à établir un prix exceptionnel concerté ayant pour but d'évincer un concurrent». Cependant, en l'espèce, la pertinence du comportement concerté se limite à son rôle dans l'établissement de la position dominante collective, permettant à Cewal d'agir unilatéralement. Le caractère «multilatéral» de la méthode de fixation des prix en cause est sans incidence sur l'abus. Il s'ensuit, selon nous, que c'est à juste titre que le Tribunal a ignoré la référence faite par la Commission au point 80 de la décision.

117. Le présent pourvoi comporte certaines caractéristiques originales du point de vue des règles de concurrence. C'est la première fois que la Cour est invitée à analyser la pratique des navires de combat, mais aussi, plus particulièrement, les circonstances dans lesquelles une méthode de fixation des prix, dont il s'est avéré qu'elle ne débouchait pas sur l'application de prix inférieurs aux coûts, peut néanmoins être considérée comme constituant un abus de position dominante. Ce dernier problème doit naturellement être abordé avec prudence. La concurrence sur les prix est une composante essentielle de la concurrence libre et ouverte que la politique communautaire vise à instaurer sur le marché intérieur. Elle favorise les entreprises les plus efficaces et est bénéfique pour les consommateurs à la fois à court terme et à long terme. Les entreprises dominantes non seulement peuvent, mais doivent être encouragées à la concurrence sur les prix. Plus habituellement, leur puissance sur le marché tend à leur permettre de maintenir des prix supérieurs à ceux pratiqués dans un régime de concurrence. Il convient donc d'examiner, premièrement, les faits qui ont amené la Commission à conclure à un abus et, deuxièmement, la manière dont les principes juridiques pertinents ont été appliqués.

118. Il y a lieu d'examiner soigneusement la structure et les caractéristiques juridiques et économiques du marché spécifique concerné, en étant attentif au fait que, naturellement, la conclusion concernant la position dominante n'est pas elle-même en cause. Comme l'agent de la Commission l'a déclaré lors de l'audience, il s'agit en l'espèce d'une conférence maritime et les pratiques de fixation des prix convenues dans ce cadre entre les diverses compagnies bénéficient, très exceptionnellement, d'une exemption de groupe (prévue par un règlement du Conseil) dérogeant à l'interdiction énoncée à l'article 85, paragraphe 1. Par définition, les conférences maritimes supposent un certain degré de concertation entre un certain nombre de compagnies maritimes. Ainsi, la Commission peut faire référence aux réunions de comités créés par la conférence pour démontrer l'objectif d'un type particulier de comportement ou à un accord prévoyant la mise en commun des recettes, de manière à prouver que le coût des navires de combat était subventionné avec les taux normaux. D'autre part, les requérantes invoquent l'effet stabilisateur généralement admis, du point de vue

des chargeurs, de la présence des conférences maritimes sur le marché du transport maritime international et la nécessité de tenir compte des inconvénients qu'elles subissent lorsqu'elles concurrencent des compagnies maritimes ne faisant pas partie d'une conférence, comme l'obligation d'offrir des services réguliers. Nous abordons maintenant les composantes de la pratique des navires de combat telle qu'observée par la Commission et décrite brièvement par le Tribunal. Les faits ne sont pas contestés — seule la conclusion juridique l'est.

— Intention d'exclure la concurrence

119. Le comportement abusif des membres de Cewal, tel que constaté par la Commission, consiste essentiellement en une stratégie comportant l'application sélective et ciblée de taux réduits en réponse à la menace nouvelle que représentait la concurrence de G & C, *cette stratégie ayant pour but avoué d'éliminer ce concurrent*. Bien que les requérantes reprochent à la fois à la décision et à l'arrêt attaqué de fonder la conclusion concernant l'intention d'exclure la concurrence sur les descriptions faites par les membres de Cewal de leur comportement lors des diverses réunions du Special Fighting Committee, chargé de superviser la mise en œuvre de la méthode des navires de combat par Cewal, elles n'ont pas tenté de contester l'intention d'exclure la concurrence qui leur est attribuée. En effet, une telle attitude serait illogique, étant donné qu'elles revendiquent le droit de se fonder sur l'accord Ogefrem pour atteindre cet objectif consistant dans l'exclusion de la concurrence. Au lieu de cela, elles soutiennent que, du fait qu'elles n'ont pas appliqué de prix prédatoires, tels que définis dans l'arrêt AKZO, une telle intention ne peut être considérée comme suffisant à constituer un abus de position dominante, mais qu'elle doit être conçue comme étant une réaction concurrentielle normale à la guerre des prix engagée par un nouveau concurrent.

120. Les requérantes reprochent au point 147 de l'arrêt attaqué de conclure que les procès-verbaux de la réunion du Special Fighting Committee du 8 mai 1989, auxquels la décision se réfère et où il est question de «se débarrasser» de G & C, combinés avec le simple usage de l'expression «navires de combat», terme usuel dans le secteur du transport maritime international, suffisent à justifier la conclusion de la Commission selon laquelle les membres de Cewal avaient l'intention d'éliminer G & C. On ne peut conclure à l'existence d'un abus que si les faits sont dûment prouvés [70]. Cependant, ni l'arrêt attaqué ni la décision qui est à l'origine de l'affaire n'étaient fondés exclusivement sur la dénomination du comportement en cause. Comme le Tribunal l'indique, les requérantes n'ont pas contesté les trois critères appliqués par la Commission dans la décision comme prouvant l'adoption de la pratique des navires de combat — à savoir la désignation des navires de combat, la fixation de taux de combat inférieurs aux taux normaux de Cewal et le partage des pertes de revenus résultant de cette pratique. En conséquence, l'objection formulée par les requérantes à l'encontre de la

70 — Les requérantes font référence aux arrêts du 5 décembre 1963, Usines Émile Henricot e.a./Haute Autorité de la CECA (23/63, 24/63 et 52/63, Rec. p. 439), et Suiker Unie (déjà cité à la note 28 ci-dessus, points 203, 482 et 541).

constatation figurant au point 147 de l'arrêt attaqué et concernant leur « intention de mettre en œuvre une pratique destinée à altérer le jeu de la concurrence » est dénuée de fondement.

— Application de taux s'écartant du tarif de la conférence

121. Le caractère sélectif des réductions de prix est un élément important de l'abus constaté. Combiné avec la volonté d'exclusion de Cewal, il consistait dans l'application de réductions *exclusivement* pour les départs devant concurrencer ceux de G & C. Au point 81 de la décision, la Commission, parlant du caractère abusif du « recours » par les entreprises dominantes « à des comportements qui impliquent des moyens différents de ceux qui gouvernent une concurrence normale par les mérites », a, il est vrai, indiqué que « tel [était] le cas des fighting ships d'autant plus que, Cewal étant une conférence maritime, ses membres sont tenus de respecter le tarif commun ». En dépit de l'obligation lui incombant en vertu de l'article 5, paragraphe 4, du règlement de 1986, Cewal a négligé de mettre son tarif à la disposition du public. Cependant, la Commission, en attirant l'attention sur cette circonstance, ne faisait que réaffirmer un élément central de la pratique considérée comme abusive, à savoir le caractère sélectif, et non général, des réductions de prix. Si une politique de réduction générale — et non sélective — des prix avait été adoptée, il aurait été beaucoup plus difficile de conclure à l'existence d'un abus, à supposer que les taux réduits ne soient pas inférieurs aux coûts. Le plan ou l'intention de l'entreprise dominante auraient été associés à des prix réduits mais non inférieurs aux coûts et il n'y aurait pas eu besoin d'un système spécial de partage des pertes de revenus. En l'absence de quelque élément additionnel, tel que l'existence de barrières élevées à l'entrée sur le marché, il ne serait pas évident qu'une telle réaction à l'entrée d'un nouveau concurrent doive être traitée autrement que comme une concurrence par les mérites.

— Partage des pertes de revenus

122. La constatation de la Commission selon laquelle « la diminution des revenus résultant » de l'application des « tarifs de combat » était « prise en charge par tous les membres de la conférence Cewal » (point 73 de la décision) n'a jamais été contestée par les requérantes, qui se sont bornées à affirmer qu'une telle répartition des risques était couverte par l'exemption. Naturellement, aucune exemption ne peut couvrir le partage des coûts résultant d'un comportement abusif. Selon la Commission, le caractère abusif du comportement des membres de Cewal découlait non seulement de leur intention d'éliminer la menace concurrentielle créée par G & C, mais aussi, en particulier, du fait que les membres de Cewal étaient en mesure de « subventionner le coût des fighting rates avec les taux normaux, conférentiels obtenus sur les autres voyages » et que ce comportement anticoncurrentiel pourrait avoir pour effet, même si G & C était aussi efficace que Cewal, d'éliminer « du marché une entreprise qui est peut-être aussi effi-

cace que la conférence dominante mais qui, en raison de sa capacité financière moindre, est incapable de résister à la concurrence qui lui est faite d'une manière concertée et abusive par un groupe puissant d'armateurs réunis dans une conférence maritime» [71].

— Jurisprudence relative aux «prix prédatoires»

123. Bien que la Commission ait tenté de faire une distinction nette entre le présent cas et des cas classiques de fixation de prix «prédatoires» inférieurs aux coûts, comme dans l'affaire AKZO, il est nécessaire de vérifier si c'est à juste titre que le Tribunal a confirmé la conclusion de la Commission selon laquelle la pratique des navires de combat était abusive même s'il n'y avait pas vente à des prix inférieurs aux coûts. L'expression usuelle «prix prédatoires» n'a, évidemment, pas de portée juridique spécifique. Le seul critère justifié par l'article 86 consiste à voir s'il existe un abus.

124. En matière d'abus de position dominante, il faut partir de l'arrêt Hoffmann-La Roche [72], où la Cour s'est exprimée comme suit:

«... la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui... ont pour effet de faire obstacle... au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence».

125. Dans l'affaire AKZO [73], la Commission a affirmé que l'article 86 «ne fait pas des coûts le critère décisif en vue de déterminer le caractère abusif des réductions de prix opérées par une entreprise dominante», car il faut aussi tenir compte «de la nécessité d'empêcher les atteintes à une structure effective de la concurrence dans le marché commun» [74]. Une réduction de prix pourrait être anticoncurrentielle, «indépendamment du point de savoir si l'agresseur fixe ses prix au-dessus ou au-dessous de ses coûts, quelle que soit la manière dont ceux-ci sont entendus» [75]. Selon la Commission, «l'analyse détaillée des coûts de l'entreprise dominante» pourrait seulement jouer un «rôle considérable» s'il n'est pas évident que la pratique adoptée en matière de fixation des prix vise à l'élimination d'un concurrent [76].

126. Comme les requérantes le soulignent, il est significatif que, dans l'arrêt AKZO, la Cour n'ait pas fait sienne la conception de la Commission. Il faut, toutefois, dire qu'elle ne l'a pas non plus expressément

71 — Voir point 82 de la décision.

72 — Arrêt déjà cité à la note 17 ci-dessus, point 91.

73 — Décision 85/609/CEE de la Commission, du 14 décembre 1985, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/30.698 — ECS/AKZO Chemie) (JO L 374, p. 1).

74 — Voir point 77 de la décision 85/609 et point 64 de l'arrêt AKZO.

75 — Voir point 79 de la décision 85/609 et point 64 de l'arrêt AKZO.

76 — Voir point 80 de la décision 85/609 et point 65 de l'arrêt AKZO.

rejetée. Se référant à l'arrêt Hoffmann-La Roche, la Cour a estimé que l'article 86 interdisait à une entreprise dominante d'éliminer un concurrent et de renforcer ainsi sa position en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites et que, par conséquent, «toute concurrence par les prix ne peut... être considérée comme légitime» [77]. Dans les deux points suivants (points 71 et 72), la Cour a énoncé les principes suivants quant à l'application de prix inférieurs aux coûts par une entreprise dominante:

«71 Des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire de ceux qui varient en fonction des quantités produites) par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs. Une entreprise dominante n'a, en effet, aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (c'est-à-dire de ceux qui restent constants quelles que soient les quantités produites), et une partie, au moins, des coûts variables afférents à l'unité produite.

72 Par ailleurs, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. Ces prix peuvent, en effet, écarter du marché des entreprises, qui sont peut-être aussi efficaces que l'entreprise dominante mais qui, en raison de leur capacité financière moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite.»

127. Donc, des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (ou des coûts marginaux à court terme) sont effectivement présumés être abusifs. Bien qu'il soit habituellement raisonnable de vendre à des prix supérieurs aux coûts variables, parce que cela assure une certaine rentabilité du capital, lorsque le marché ne permet pas un prix plus élevé, il n'est pas habituellement raisonnable de vendre à des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables. Il n'est pas nécessaire de supporter les coûts marginaux et un opérateur économique n'a pas intérêt à supporter ces coûts de manière à subir des pertes. Une entreprise dominante aura, toutefois, la faculté de renverser cette présomption en démontrant que cette méthode de fixation des prix ne faisait pas partie d'un plan visant à éliminer un concurrent.

128. En outre, même des prix supérieurs à la moyenne des coûts variables (mais encore inférieurs à la moyenne des coûts totaux ou des coûts marginaux à long terme; voir arrêt AKZO, point 17), bien qu'ils ne soient pas présumés être «prédatoires», «doivent être» considérés comme abusifs s'il est établi qu'ils font partie d'un

77 — Point 70 de l'arrêt AKZO.

plan visant à éliminer un concurrent. A la lumière des faits, la Cour, dans la suite de son arrêt, a tenu compte de la circonstance que les prix avaient été réduits dans une mesure plus importante que celle nécessaire pour obtenir des commandes et que ces réductions avaient été appliquées de manière sélective aux seuls clients du concurrent, ce qui permettait de compenser les ventes à perte par des ventes rentables, pour établir l'existence de l'intention requise [78]. Bien qu'une entreprise dominante puisse réagir à la concurrence en «procéd[ant] à des alignements défensifs, même sur les prix [de son concurrent], pour conserver les clients qui ont été les siens depuis le départ» [79], il lui est interdit de tenter de conserver, en offrant de manière sélective des réductions de prix, la clientèle qu'elle a enlevée à ses concurrents en appliquant des prix inférieurs aux coûts, «sans... étendre le bénéfice [de ces alignements] à sa propre clientèle» [80].

129. Dans l'arrêt Tetra Pak II, la Cour a confirmé l'arrêt du Tribunal, où celui-ci avait appliqué la conception développée dans l'arrêt AKZO dans des circonstances où les abus constatés avaient eu lieu non sur le marché où Tetra Pak était dominante, mais sur un marché où elle occupait une position prééminente [81]. La requérante dans cette affaire a contesté — en se référant largement à la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis [82] — le refus du Tribunal de demander à la Commission «d'établir que Tetra Pak pouvait raisonnablement escompter récupérer les pertes ainsi consenties» [83]. La Cour a confirmé la conclusion selon laquelle la requérante avait appliqué des prix prédatoires inférieurs aux coûts, mais a jugé que, «*dans les circonstances de la présente espèce*, il ne serait pas opportun d'exiger en outre, à titre de preuve supplémentaire, qu'il soit démontré que Tetra Pak avait une chance réelle de récupérer ses pertes» [84]. Nous reviendrons (voir point 136 ci-après) sur la signification de cette formule dans le contexte du présent pourvoi.

130. Les catégories de pratiques abusives de fixation des prix visant à exclure la concurrence n'ont pas été définies de manière exhaustive dans l'arrêt AKZO. Dans cet arrêt, la Cour n'a pas exclu nettement l'application de l'article 86 aux cas où une entreprise dominante consent de manière sélective des réductions de prix ciblées, tout en maintenant ses prix à un niveau supérieur à ses coûts totaux. Nous nous rallions à l'avis exprimé par l'avocat général M. Ruiz-Jarabo Colomer dans ses conclusions sous l'arrêt Tetra Pak II, selon lequel, dans l'arrêt AKZO, la Cour a considéré que «la concurrence fondée sur les prix n'est pas toujours légitime et elle [a] identifi[é] ensuite *deux cas* de prix éliminatoires contraires à l'article 86» [85]. En effet, avant l'arrêt AKZO, la Cour avait, par

78 — Arrêt AKZO, points 102 et 115.

79 — Arrêt AKZO, point 156.

80 — Arrêt AKZO, point 155.

81 — Arrêt déjà cité à la note 56 ci-dessus.

82 — Brooke Group v Brown & Williamson Tobacco 509 US 209 (1993).

83 — Arrêt Tetra Pak II (déjà cité à la note 56 ci-dessus, point 39).

84 — Arrêt Tetra Pak II (déjà cité à la note 56 ci-dessus, point 44; souligné par nous). La Cour ne paraît pas être allée aussi loin que l'avocat général M. Ruiz-Jarabo Colomer, qui avait recommandé (point 78 de ses conclusions) à la Cour de ne pas faire «de la possibilité de récupération des pertes une nouvelle condition pour la constatation de prix éliminatoires incompatibles avec l'article 86», notamment parce que, selon lui, «la récupération des pertes est le résultat cherché par l'entreprise dominante, mais les prix prédatoires constituent en eux-mêmes une pratique anticoncurrentielle, indépendamment du point de savoir s'ils atteignent ou non leur objectif».

85 — Point 73 des conclusions (souligné par nous).

exemple, jugé dans l'arrêt Ahmed Saeed que le fait pour un transporteur aérien détenant une position dominante sur une ligne donnée d'imposer à d'autres transporteurs aériens opérant sur cette route des tarifs correspondant soit à « un taux excessivement élevé, soit [à] un taux *excessivement réduit* ayant pour objet d'éliminer du marché des entreprises [concurrentes] qui sont extérieures à l'accord [de fixation des prix] » constitue un abus de position dominante [86]. Parmi les critères permettant d'apprécier si le taux utilisé était excessif, la Cour cite celui consistant à vérifier si les tarifs présentent « un rapport raisonnable avec l'ensemble des coûts supportés à long terme par le transporteur, tout en prenant en considération à la fois les besoins des consommateurs, la nécessité d'une rémunération satisfaisante du capital, la situation concurrentielle du marché, y compris les tarifs pratiqués par d'autres transporteurs exploitant la liaison, et la nécessité d'empêcher tout dumping » [87]. La Commission a affirmé expressément en l'espèce (voir, en particulier, le point 73 de la décision) que les tarifs de combat de Cewal n'étaient pas fixés par référence à ses coûts, mais, en fait, uniquement par référence aux tarifs offerts par G & C. Il faut donc voir si les circonstances de la présente affaire, où aucune vente à des prix inférieurs aux coûts n'a été constatée et où, en outre, les tarifs réduits de manière sélective étaient fixés (excepté dans un cas) de manière à être identiques, mais non inférieurs, à ceux du concurrent, permettent de conclure à un abus.

86 — Arrêt déjà cité à la note 20 ci-dessus, point 43 (souligné par nous).

87 — Ibidem, point 43. Dans l'arrêt Ahmed Saeed, la Cour ne pouvait prendre appui, à cet égard, sur la directive 87/601/CEE du Conseil, du 14 décembre 1987, sur les tarifs des services aériens réguliers entre États membres (JO L 374, p. 12). Il n'existe pas de législation comparable concernant les taux conférentiels appliqués dans le secteur du transport maritime international.

— Caractère abusif de la pratique des navires de combat

131. Il est évident que l'abus dont les requérantes ont été déclarées coupables ne figure pas dans la liste non exhaustive contenue dans l'article 86, sous a) à d) [88]. Dans l'arrêt Continental Can, la Cour a confirmé (dans le contexte de l'acquisition d'une entreprise concurrente) que les pratiques interdites par l'article 86 étaient non seulement celles qui sont « susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs... en portant atteinte à une structure de concurrence effective », mais aussi celles qui ont pour conséquence le renforcement de la position dominante de l'entreprise concernée « au point que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante » [89]. Dans l'arrêt AKZO, la Cour a fait observer (point 70) que « toute concurrence par les prix ne peut... être considérée comme légitime », en raison des obligations particulières incombant aux entreprises dominantes. Cependant, la réalisation de l'objectif défini à l'article 3, sous g), du traité — consistant dans la création d'un marché intérieur où la concurrence n'est pas faussée — risquerait d'être gravement compromise si la Cour en venait à considérer un seuil comme celui constitué par la moyenne des coûts totaux (ou des coûts marginaux à long terme) comme un étalon au regard duquel toutes les éventuelles méthodes de fixation des prix abusives ou visant à l'exclusion de la concurrence

88 — Arrêt Continental Can (déjà cité à la note 16 ci-dessus, point 26).

89 — Ibidem.

devraient être appréciées. Dans l'arrêt Tetra Pak II, la Cour a approuvé l'idée formulée dans cette affaire par le Tribunal selon laquelle «le champ d'application matériel de la responsabilité particulière pesant sur une entreprise dominante doit être apprécié au regard des circonstances spécifiques de chaque espèce, démontrant un affaiblissement de la concurrence» [90].

132. D'autre part, nous admettons que, normalement, les réductions de prix non discriminatoires offertes par une entreprise dominante sans que cela implique des ventes à des prix inférieurs aux coûts ne soient pas considérées comme anticoncurrentielles [91]. Premièrement, même si elles ne valent que pour une courte durée, elles sont profitables aux consommateurs et, deuxièmement, si les concurrents de l'entreprise dominante sont aussi ou plus efficaces qu'elle, ils seront en mesure de réagir à cette concurrence avec les mêmes armes. Le droit communautaire de la concurrence ne doit donc pas offrir aux entreprises moins efficaces un abri sûr contre une concurrence énergique, même si elle émane d'entreprises dominantes [92]. D'autres considérations peuvent cependant valoir lorsqu'une entreprise qui détient une position dominante et bénéficie d'un quasi-monopole, particulièrement sur un marché où des réductions de prix peuvent être pratiquées en faisant plus ou moins abstraction des coûts, met en œuvre une politique de réductions de prix sélectives dans le but — démontrable — d'éliminer toute concurrence. Dans ces circonstances, si l'on admettait que toute vente à des prix supérieurs aux coûts est automatiquement acceptable, cela pourrait donner à l'entreprise en question la possibilité d'éliminer toute concurrence en mettant en œuvre une politique de prix sélective, ce qui lui permettrait, à long terme, de majorer ses prix et d'écarter les entreprises susceptibles d'entrer sur le marché, qui redouteraient de subir le même traitement ciblé [93].

90 — Arrêt déjà cité à la note 56 ci-dessus, point 24.

91 — La question de savoir si les prix prédatoires sont nécessairement inférieurs aux coûts est largement débattue parmi les spécialistes; on trouvera une synthèse de beaucoup des positions prises sur ce point dans Mastromanolis: «Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform», dans *ECLR*, 1998, 211; voir, en particulier, p. 216 à 218. Ainsi, par exemple, Areeda et Turner: «Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act», dans *Harv. L. Rev.*, t. 88, 1975, p. 697, article qui a suscité un intense débat théorique et a influencé l'évolution de la jurisprudence aux États-Unis et où est exprimée l'idée que «l'exclusion obtenue grâce à l'application de prix équivalents aux coûts moyens relève aussi de la concurrence par les mérites — seuls les concurrents qui ne peuvent survivre à un prix qui est le fruit de l'efficacité sont tenus à l'écart» (p. 706). Cette thèse a été réaffirmée plus récemment par Areeda et Hovenkamp: *Antitrust Law*, vol. III, paragraphe 748: «même des réductions de prix importantes qui n'atteignent pas le niveau des prix prédatoires ne sont pas d'emblée illicites» (p. 462). Cette conception a été contestée; voir, notamment, Scherer: «Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment», dans *Harv. L. Rev.*, t. 89, 1976, p. 868, qui a défendu la thèse suivante: «l'application de prix supérieurs aux coûts mais trop bas pour permettre à des concurrents de taille modeste d'accroître leur présence sur le marché et de réaliser ainsi des économies d'échelle» doit être considérée comme «susceptible d'exclure la concurrence» (p. 880 et 881). Au Royaume-Uni, la Monopolies and Mergers Commission a estimé que, lorsqu'une entreprise dominante est «en mesure de faire obstacle — en supportant des coûts relativement peu élevés — à la pénétration de nouvelles entreprises sur le marché et à la concurrence sur les prix qui y est associée, grâce à une politique de réductions sélectives», cela montre «à quel point une politique de réductions sélectives importantes peut être utilisée par des entreprises établies sur le marché pour préserver leur position dominante» et, à son avis, un tel comportement peut constituer une «barrière à l'entrée», contraire à l'intérêt public; voir *Report of the Monopolies and Mergers Commission on the Supply of Concrete and Roofing Tiles* (1981-1982) H.C., paragraphe 10.57.

92 — Korah, An: *Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Londres, 5e éd., 1994, p. 106, qui met en garde contre l'application des règles de concurrence «pour protéger des entreprises de taille petite ou moyenne au détriment d'entreprises efficaces ou plus importantes».

93 — Voir, sur ce point, l'examen des dangers des réductions de prix sélectives fait par Andrews: «Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? — The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach» dans *ECLR*, 1998, 49.

133. Certains marchés, tels que celui du transport maritime, ont des caractéristiques particulières, si bien que les coûts peuvent ne pas offrir une base fiable pour vérifier si les stratégies concurrentielles adoptées par les entreprises dominantes sont ou non raisonnables. En premier lieu, une fois qu'un navire a été désigné pour appareiller un jour donné, si la capacité est disponible, le coût du transport d'un conteneur supplémentaire, chargé à la suite d'une offre de taux réduit, peut être voisin de zéro [94]. Plus généralement, les taux de fret sont déterminés dans une large mesure non par le coût marginal supporté par la compagnie maritime pour la prestation de service concernée, mais par l'élasticité de la demande du produit chargé par rapport au prix [95].

134. La question fondamentale qui se pose en l'espèce est de savoir si, à l'époque concernée, les effets négatifs potentiels sur la structure de la concurrence sur le marché en cause du comportement adopté par les membres de Cewal, en réaction à la menace que représentait l'entrée sur le marché d'un nouveau concurrent, à savoir G & C, étaient tels que, étant donné l'étendue de la puissance dont ces compagnies disposaient collectivement sur le marché, ils suffisaient à constituer un abus.

135. Il est utile de rappeler certains traits spécifiques de la pratique des navires de combat et de l'utilisation qui en a été faite en l'espèce. Cewal non seulement détenait une position dominante, mais jouissait, comme elle le dit, d'un monopole de fait. L'adoption de cette pratique découlait de la prétention injustifiée de Cewal de conserver sur le marché en cause un monopole dont elle avait tenté d'imposer le respect grâce à l'accord Ogefrem et qui visait incontestablement non seulement à l'emporter sur son concurrent, mais à l'éliminer. En même temps, Cewal était en mesure d'élaborer un plan prévoyant la désignation sélective de départs pour lesquels des taux réduits étaient offerts. La perte de revenus qui en résultait était répartie entre les membres de la conférence. A la fois à cause du caractère sélectif des réductions et de leur très importante part de marché, les membres pouvaient étaler et absorber la perte de revenus. En outre, comme la Commission l'indique (point 82 de la décision), le simple

94 — Temple Lang: «European Community Antitrust Law: Innovation Markets and High Technology Industries», dans *Fordham Corporate Law Institute*, 1996, 519, a souligné que «si l'on n'ajoute rien aux critères dégagés dans l'arrêt AKZO, les entreprises dominantes vendant des produits ou des services dont le coût variable est voisin de zéro, ce qui est relativement courant dans les industries de haute technologie, ont largement les moyens d'éliminer la concurrence en pratiquant ce qui est généralement considéré comme une politique de prix prédatoires»; voir p. 575, note 117. Il recommande l'utilisation du critère suivant: «Dans les industries où le coût marginal de la production additionnelle est voisin de zéro, nous estimons que le critère à utiliser consiste à vérifier si une entreprise applique, pour des biens ou des services, un prix qui, tout en étant supérieur au coût variable moyen de la fourniture des biens ou services pour lesquels le prix en question est payé, est si bas que les recettes globales correspondant à l'ensemble des biens ou services en question sont inférieures au coût variable moyen qu'elle supporte pour les fournir si elle a vendu la même proportion de sa production au même prix sur une base permanente, même si aucune intention d'éliminer un concurrent n'est établie».

95 — Voir, par exemple, Rakovsky: «Sea Transport under EEC Competition Law», dans *Fordham Corp. Law Institute*, 845 et 847, et Pirrong: «An Application of Core Theory to the Analysis of Ocean Shipping Markets», dans *J. Law and Econ.*, t. 35, 1992, 89, 107.

fait que Cewal était en mesure de fixer les taux de combat à un niveau égal ou supérieur aux coûts semble en soi indiquer que les taux normaux étaient largement supérieurs au coût ou, dirions-nous, que le coût marginal était, en tout cas, très bas.

136. Le partage des pertes de revenus nous incite à revenir brièvement sur l'éventuelle nécessité de prouver une intention ou une possibilité de récupération. Le partage des pertes de revenus est essentiellement une forme de récupération. L'objectif stratégique des taux de combat implique, sans que cela soit dit, que les taux ne soient pas réduits pour tous les départs, actuels ou futurs, lorsque cela n'est pas nécessaire pour réagir à la concurrence. En outre, une fois le concurrent éliminé, ces réductions ne sont manifestement plus justifiées. Ainsi, dans la mesure où cela est nécessaire, nous croyons que le présent cas satisfait au critère de la récupération. En même temps, nous dirions qu'une telle exigence doit être intégrée au critère utilisé pour vérifier si une entreprise dominante applique des prix abusivement bas. Cette exigence est implicitement formulée dans le premier point de l'extrait de l'arrêt AKZO que nous avons cité (voir point 126 ci-dessus). Elle est inhérente au critère appliqué dans l'arrêt Hoffmann-La Roche (voir point 124 ci-dessus). S'il faut empêcher les entreprises dominantes de faire obstacle au maintien de la concurrence, notamment en éliminant un concurrent, c'est parce qu'elles seraient alors en mesure d'appliquer des prix abusivement *élevés*. Ainsi, un monopole inefficace serait rétabli et les consommateurs n'en tireraient profit qu'à court terme. Si la stratégie adoptée par une entreprise dominante ne vise pas ce résultat, il est probable que l'on soit en présence d'une situation de concurrence normale.

137. Cela étant, le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit lorsqu'il a estimé que la réaction des membres de Cewal à l'entrée sur le marché de G & C n'était pas « raisonnable et proportionnée » [96]. A notre avis, on ne peut interpréter l'article 86 comme permettant aux monopoleurs ou quasi-monopoleurs d'exploiter la très importante puissance sur le marché que leur confère leur position très nettement dominante pour empêcher l'émergence d'un concurrent nouveau ou supplémentaire. Lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises dont le comportement doit s'apprécier globalement dispose d'une position éminemment dominante proche du monopole, comparable à celle qui existait en l'espèce à l'époque où G & C a pénétré sur le marché pertinent, l'obligation spéciale particulièrement lourde qu'a une telle entreprise dominante de ne pas porter atteinte à la structure de la faible concurrence existante fait obstacle à ce que cette entreprise réagisse, même à la concurrence sur les prix agressive d'une entreprise entrant sur le marché, en adoptant une politique de réductions de prix ciblées et sélectives, visant à éliminer ce concurrent. Contrairement à l'affirmation des requérantes, le simple fait que ces prix ne soient pas fixés à un niveau effectivement inférieur (ou dont on puisse prouver qu'il est inférieur) aux coûts moyens totaux (ou aux

96 — Point 148 de l'arrêt attaqué.

coûts marginaux à long terme) ne légitime pas, à notre avis, l'application d'une telle politique des prix.

138. En l'espèce, le Tribunal a, à juste titre selon nous, confirmé la conclusion de la Commission selon laquelle les membres de Cewal avaient mis au point une stratégie ayant pour objectif unique et exclusif d'éliminer G & C, leur seul concurrent. La Commission a montré que les requérantes ont tenté, en proposant pour leurs départs qui correspondaient à ceux de G & C des taux de combat égaux ou inférieurs à ceux offerts par cette dernière, de causer à celle-ci un préjudice maximal, tout en minimisant les pertes de revenus subies de ce fait grâce à leur système de partage des recettes. A notre avis, la Commission a eu manifestement raison d'estimer que, même si G & C était une compagnie maritime aussi efficace que les membres de Cewal, on ne pouvait s'attendre à ce qu'elle « résist[e] à la concurrence qui lui est faite d'une manière concertée et abusive par un groupe puissant d'armateurs réunis dans une conférence maritime » (point 82). En d'autres termes, la pratique des navires de combat était destinée à exclure G & C du marché avec un coût minimal pour les membres de Cewal, de manière à ce que ces derniers soient rétablis dans leur situation antérieure de monopole virtuel et aient, par conséquent, la faculté de fixer à nouveau les taux au niveau prévu par le tarif publié de la conférence.

139. En conséquence, nous recommandons à la Cour de rejeter intégralement le pourvoi dans la mesure où il vise la décision prise par le Tribunal de confirmer la constatation de la Commission concluant au caractère abusif de la pratique des navires de combat adoptée par les membres de Cewal.

C — *Obligation de conclure des contrats de fidélité à 100 %*

i) *Introduction*

140. L'argumentation développée par les requérantes à l'encontre de la décision prise par le Tribunal de confirmer la constatation de la Commission relative à ce troisième abus comporte deux branches. Premièrement, les requérantes affirment que le Tribunal a commis une erreur de droit parce que, en concluant que les accords de fidélité étaient imposés, il s'est mépris sur la signification de l'article 5, paragraphe 2, du règlement de 1986, qui exempte les accords de ce type. Deuxièmement, elles affirment que le règlement de 1986, et surtout son article 8, faisait obstacle à ce que la Commission inflige des amendes destinées à sanctionner des abus sans retirer préalablement l'exemption.

ii) *Contenu*

141. Avant d'examiner ces moyens de pourvoi de manière plus détaillée, il est nécessaire de rappeler les éléments pertinents de la décision de la Commission.

142. L'article 2 de la décision constate que les membres de Cewal «ont abusé de leur position dominante conjointe... en établissant des accords de fidélité imposés à 100 % (y compris sur les marchandises vendues franco à bord) allant au-delà des dispositions de l'article 5 point 2 du règlement (CEE) n° 4056/86, avec l'utilisation spécifique décrite dans la présente décision faite des listes noires de chargeurs infidèles». Il convient de faire deux importantes remarques générales au sujet de cette constatation. Premièrement, les membres de Cewal ne sont pas accusés de trois types d'abus distincts; les divers éléments cités, consistant dans l'«établissement» des accords, l'inclusion des marchandises vendues franco à bord et l'usage des listes noires, sont plutôt considérés globalement comme revenant à «imposer unilatéralement un accord de fidélité» (point 85 de la décision). Deuxièmement, chose plus importante, l'élément essentiel du comportement abusif consiste en ce que, comme les deux autres, il visait à «obtenir l'élimination du principal concurrent indépendant sur le trafic en cause» (article 2). Les faits et le raisonnement sous-tendant cette conclusion figurent aux points 28, 29 et 84 à 88 de la décision.

143. D'après la décision, les chargeurs expédiant des marchandises entre l'Europe et le Zaïre n'avaient qu'occasionnellement la possibilité d'utiliser les services de compagnies n'appartenant pas à la conférence. Puisqu'ils n'avaient pas d'autre option véritable que d'utiliser les services de Cewal pour la majeure partie de leurs livraisons, offrir des ristournes exclusivement subordonnées à une fidélité à 100 % (valant même pour les ventes fob) revenait à imposer ces contrats (points 84 à 86 de la décision). La Commission a aussi constaté que Cewal avait aggravé les conditions imposées en utilisant des listes noires dans le but d'infliger aux chargeurs des sanctions «liées à l'offre ou la qualité du service» (point 86). Sur ce point, la Commission invoquait des extraits des procès-verbaux du Zaïre Pool Committee, établissant que Cewal avait utilisé des listes noires dans le cadre d'une stratégie défensive visant à faire en sorte que les chargeurs faisant appel aux services de l'unique concurrent ne puissent plus bénéficier des avantages offerts par le contrat de fidélité, ni d'un service adéquat normal de la part de la conférence Cewal (point 29). La Commission a conclu que la comportement de Cewal était globalement abusif si bien que Cewal ne pouvait se prévaloir de l'exemption fondée sur le règlement de 1986 pour «éviter l'application de l'article 86» (point 87).

144. Le Tribunal a expliqué que l'abus constaté par la Commission consistait «dans le fait d'avoir imposé des contrats de fidélité à 100 %, d'avoir inclus les marchandises vendues fob et d'avoir utilisé des listes noires de chargeurs infidèles, en vue de sanctionner ceux-ci» [97]. Le Tribunal s'est rallié à l'opinion de la Commission

97 — Point 173.

selon laquelle «le fait pour les membres de Cewal, détenant à l'époque des faits plus de 90 % du marché, de ne proposer aux chargeurs que des contrats de fidélité à 100 % ne laissait aucun choix entre l'obtention d'une ristourne, si le chargeur acceptait de faire transporter la totalité de ces marchandises par Cewal, ou aucune ristourne dans tous les autres cas, et revenait en fait à imposer de tels contrats» [98]. Il a donc jugé que la pratique adoptée par Cewal ne pouvait être considérée comme exemptée au titre de l'article 85 du traité, parce que l'article 5, paragraphe 2, sous b), i), du règlement de 1986 permet d'offrir des accords de fidélité à 100 %, mais non de les imposer. Il a aussi confirmé la conclusion de la Commission selon laquelle les clauses incluaient les ventes fob, ce qui conduisait «le vendeur à supporter une obligation de fidélité alors même qu'il n'a pas la responsabilité d'expédier les marchandises» [99]. Enfin, il a constaté que Cewal disposait de listes noires de chargeurs infidèles, qui «n'étaient pas simplement... établies à des fins statistiques» et que l'établissement de telles listes ne pouvait être considéré comme exempté «par l'une quelconque des dispositions du règlement n° 4056/86» [100]. En conséquence, il a estimé, en se référant à l'arrêt Hoffmann-La Roche, que c'est à bon droit que la Commission avait conclu que «cette pratique, prise dans son ensemble, avait pour effet de restreindre la liberté des usagers et, par conséquent, d'affecter la position concurrentielle de l'unique concurrent de Cewal sur le marché» [101].

98 — Point 183.
99 — Point 184.
100 — Point 185.
101 — Point 186.

iii) *Première branche: interprétation incorrecte du règlement de 1986 — fidélité «imposée»*

145. Les requérantes interprètent l'arrêt attaqué comme concluant que, l'existence de menaces ou de pressions similaires visant les chargeurs n'étant pas établie, les accords de fidélité ont été imposés simplement du fait de la position dominante collective détenue par Cewal. Puisque les compagnies membres de conférences détiennent presque invariablement une position dominante, le règlement de 1986 doit être interprété comme permettant et encourageant l'usage de contrats de fidélité à 100 % dans les circonstances particulières du transport maritime, au point même de permettre aux compagnies de sanctionner le non-respect de ces contrats, comme le prévoit le dixième considérant du règlement de 1986, ce qui nécessite l'échange d'informations concernant les chargeurs, c'est-à-dire l'établissement de listes noires de chargeurs. En outre, elles contestent que ces conditions aient été imposées dans le cas des expéditions fob.

146. Nous ne pensons pas qu'il soit utile d'analyser cet argument de manière très détaillée. Selon nous, il est basé sur une interprétation fondamentalement erronée de la décision de la Commission et de l'arrêt attaqué. Il néglige de prendre en considération les deux éléments cruciaux de la décision que nous avons expliqués au point 142 ci-dessus. Les requérantes soulignent, inutilement, que l'interprétation lit-

térale, téléologique et systématique de l'article 5, paragraphe 2, du règlement de 1986 démontre que les accords de fidélité à 100 % sont autorisés, même dans le cas d'une compagnie maritime dominante appartenant à une conférence, mais cela ne fait aucun doute. La conclusion selon laquelle les accords étaient imposés — conclusion que le Tribunal a confirmée dans le passage de son arrêt que nous avons cité ci-dessus au point 144 — ne découle pas, comme l'affirment les requérantes, de la position dominante de Cewal. L'élément clé n'est pas la position dominante, mais l'offre de contrats de fidélité à 100 % ne laissant *aucune autre option* au chargeur, si bien que ce dernier perd la totalité de sa ristourne pour un seul acte d'« infidélité ». Les requérantes n'ont pas abordé cet aspect du raisonnement. Cette méprise sur la signification de l'arrêt attaqué suffit à justifier le rejet de la première branche de ce moyen de pourvoi; un moyen de pourvoi fondé sur une interprétation incorrecte de l'arrêt attaqué doit être écarté. Cependant, nous analyserons deux arguments subsidiaires développés dans le cadre de cette branche.

a) Premier argument subsidiaire — ventes fob

147. A titre de premier argument subsidiaire visant à réfuter l'idée que les accords de fidélité étaient imposés, les requérantes contestent que, comme le Tribunal l'a affirmé (point 184), le vendeur ait supporté une obligation de fidélité alors même qu'il n'avait pas la responsabilité d'expédier les marchandises. Elles soutiennent que, en cas de vente fob, le chargeur n'est pas le vendeur ou exportateur, mais l'importateur et qu'elles n'ont pas compris que l'extension des accords aux ventes fob leur était également reprochée par la Commission. Cet argument doit être écarté pour plusieurs raisons.

148. Premièrement, contrairement à ce que les requérantes affirment, l'inclusion des marchandises faisant l'objet d'une vente fob n'était pas simplement mentionnée une fois au point 85 comme elles le prétendent, mais trois fois dans la décision, et notamment dans le dispositif (article 2). En outre, les requérantes doivent avoir compris la phrase « qui échappent, de ce fait, au contrôle des exportateurs » comme signifiant que l'extension aux ventes fob avait pour but de priver les chargeurs de la ristourne à moins qu'ils ne fassent en sorte que les importateurs soient eux aussi fidèles à la conférence. Néanmoins, l'argumentation qu'ils ont développée devant le Tribunal a consisté à dire que ces accords étaient inévitables et non qu'ils n'existaient pas. Donc, comme la Commission le souligne, cet argument est irrecevable, parce qu'il a été invoqué pour la première fois au stade du pourvoi. Deuxièmement, cet argument ne tient pas compte de la substance de la conclusion de la Commission, telle que

confirmée par le Tribunal. Il ne s'agit pas, comme les requérantes le soutiennent, d'un abus autonome. C'est un élément de la conclusion générale selon laquelle les accords de fidélité étaient imposés et, en outre, de la constatation selon laquelle, « prise dans son ensemble » (point 186 de l'arrêt attaqué), cette pratique avait pour effet de restreindre la liberté des usagers et d'affecter l'unique concurrent de Cewal. Troisièmement, ces conclusions du Tribunal sont fondées sur les effets concurrentiels de ces pratiques sur le marché et non sur la possibilité de mettre légalement en œuvre une interprétation particulière des contrats de fidélité. Donc, en principe, la constatation du Tribunal est une constatation de fait, et non de droit, et ne peut être contestée dans le cadre du présent pourvoi. Nous proposons, pour ces motifs, à la Cour de déclarer cet argument irrecevable.

b) Deuxième argument subsidiaire — listes noires

149. A titre de deuxième argument subsidiaire, les requérantes contestent que, comme l'affirme le Tribunal, les listes noires de chargeurs infidèles établies par Cewal ne pouvaient bénéficier de l'exemption prévue par le règlement de 1986.

150. Les requérantes affirment aussi que le Tribunal a ignoré l'argument qu'elles ont développé en première instance, selon lequel tous les clients qui avaient conclu un contrat de fidélité à 100 % avec Cewal, mais qui avaient fait transporter du fret par G & C ont néanmoins bénéficié de la ristourne bien qu'ils aient été « infidèles ». Il s'agissait d'une réaction au propos de la Commission (point 88 de la décision) selon lequel le maintien en vigueur des listes noires était en contradiction directe avec les affirmations de Cewal. Dans son mémoire en réponse, la Commission soutient que, en citant (point 185 de l'arrêt attaqué) les procès-verbaux du Zaïre Pool Committee indiquant que le « système des listes noires fonctionn[ait] », le Tribunal a effectivement confirmé la position prise par elle dans la décision. Nous nous rallions à cette interprétation de l'arrêt attaqué. Nous sommes convaincu que le Tribunal ne songeait pas seulement à la contradiction relevée par la Commission au point 88 de la décision, mais aussi à l'appréciation de fait formulée par cette dernière au point 29 de la décision et fondée sur les procès-verbaux précités, selon laquelle les chargeurs qui faisaient appel aux services de G & C « ne pouvaient plus bénéficier des avantages offerts par le contrat de fidélité, ni d'un service adéquat normal de la part de la conférence Cewal ». A notre avis, cela est confirmé par la phrase suivante du point 185 de l'arrêt attaqué, où le Tribunal a estimé que les listes noires n'étaient pas utilisées seulement « à des fins statistiques ». Il s'agit d'une conclusion de fait. En outre, il est indifférent que Cewal ait finalement accordé la ristourne à tous les chargeurs qui faisaient appel aux services de G & C, une fois qu'il est démontré que les listes noires étaient un élément de la stratégie visant à les dissuader de le faire.

151. Les requérantes font aussi valoir que l'utilisation de telles listes ne peut être

considérée comme abusive. Elle font référence au dixième considérant du règlement de 1986, qui permet expressément aux compagnies membres de conférences de «sanctionner ceux [des usagers] qui éluderaient abusivement l'obligation de fidélité qui est la contrepartie de ristournes». Selon elles, il y aurait un abus du type visé par cette disposition si un usager concluait un accord de fidélité à 100 % avec une compagnie membre d'une conférence, pour obtenir une ristourne, tout en recourant simultanément aux services de compagnies indépendantes pour le transport de certaines cargaisons. En conséquence, il n'y a aucun abus à vouloir veiller au respect même d'une obligation de fidélité à 100 %. A notre avis, cet argument ignore certaines caractéristiques déterminantes des listes noires mentionnées à la fois dans la décision et dans l'arrêt attaqué. Au point 86 de la décision, la Commission a manifestement estimé que l'incidence concrète sur les chargeurs de l'obligation de fidélité à 100 % était «aggravée» par l'usage des listes noires qui «leur impos[ait] même des sanctions liées à l'offre ou la qualité du service». La Commission cite, dans une note sous le point 29 de la décision, des éléments de preuve établissant que les listes noires avait pour fonction directe d'exclure la concurrence. Le Tribunal a expressément confirmé la conclusion de la Commission (synthétisée au point 182 de l'arrêt attaqué), au point même de citer la note dont nous venons de parler (point 185 de l'arrêt attaqué).

152. Les requérantes soutiennent que c'est à tort que le Tribunal a déclaré (point 185 de l'arrêt attaqué) que l'établissement de listes noires «ne peut être considéré comme exempté par l'une quelconque des dispositions du règlement n° 4056/86». Cependant, comme la Commission le signale à juste titre dans son mémoire en réponse, l'établissement de listes de chargeurs infidèles peut tout au plus être considéré comme bénéficiant de l'exemption des accords de fidélité à 100 % prévue par le règlement de 1986, si, conformément à la formule utilisée au dixième considérant, ces accords «ne restreignent pas de manière unilatérale la liberté des usagers et donc la concurrence dans le secteur des transports maritimes». Puisque nous nous rallions à la position adoptée par la Commission et confirmée par le Tribunal, selon laquelle les accords de fidélité de Cewal étaient effectivement imposés aux chargeurs, nous estimons que le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit lorsqu'il a affirmé que l'établissement de telles listes n'était pas exempté par l'une quelconque des dispositions du règlement de 1986. A notre avis, il est manifeste que les effets d'accords de fidélité abusivement imposés par une conférence maritime sont susceptibles d'être renforcés par l'établissement de listes noires de clients infidèles, puisque, en l'absence de ces listes, ces clients pourraient, en fait sinon en droit, bénéficier effectivement d'une possibilité de choix leur permettant de recourir, au moins occasionnellement, aux services de compagnies indépendantes. Il en résulte, à notre avis, que la Commission et le Tribunal étaient fondés à considérer l'effet global de l'établissement des listes noires comme contribuant à l'abus découlant des accords de fidélité effectivement imposés par les membres de Cewal.

153. Enfin, dans la mesure où les requérantes affirment pour la première fois dans

leur mémoire en réplique devant la Cour que la Commission a violé leur droit à un procès équitable en ce qui concerne le rôle potentiel joué par les listes noires, consistant à faciliter l'application de sanctions non financières, parce que cette possibilité n'était pas mentionnée dans la communication des griefs, l'argument est irrecevable en vertu de l'article 42, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour, puisqu'il s'agit manifestement d'un moyen nouveau qui aurait pu être invoqué devant le Tribunal.

154. En conclusion, nous proposons à la Cour de confirmer l'arrêt du Tribunal dans la mesure où il a estimé que les accords de fidélité à 100 % étaient imposés (point 183). Nous considérons aussi que c'est à bon droit que la Commission et le Tribunal ont considéré cette pratique «dans son ensemble» (point 186), lorsqu'ils ont conclu qu'elle ne pouvait être exemptée «au titre de l'article 85 du traité» (point 183).

155. Maintenant, il est important de faire une distinction entre les divers manquements à l'«obligation» liée à l'exemption de groupe qui faisaient l'objet de la recommandation adressée par la Commission (article 5 de la décision) conformément à l'article 7 du règlement de 1986, qui a été confirmée par le Tribunal et n'a pas été contestée dans le cadre du présent pourvoi.

156. Comme la Commission l'indique à l'article 2 de la décision, les contrats de fidélité à 100 % imposés allaient au-delà de l'article 5, paragraphe 2, du règlement de 1986. Les accords de fidélité sont autorisés dans le cadre d'un système de ristournes immédiates ou différées. Comme il ressort du dixième considérant du règlement de 1986, ils ne sont permis que «selon des modalités qui ne restreignent pas de manière unilatérale la liberté des usagers et donc la concurrence dans le secteur des transports maritimes». Dans la mesure où le même considérant envisage la possibilité de «sanctionner ceux [des usagers] qui éluderaient abusivement l'obligation de fidélité», il est évident que cette obligation est la contrepartie des «ristournes, taux de fret réduits ou commissions qui leur sont accordés par la conférence». Il est absolument interdit d'utiliser des ristournes dans le but d'exclure des concurrents du marché, objectif qui, comme nous l'avons déjà indiqué, est l'élément central des trois types d'abus constatés par la Commission. La circonstance que Cewal poursuivait cet objectif est très éloquemment établie par l'extrait des procès-verbaux du Zaïre Pool Committee qui est cité dans la seconde note figurant sous le point 29 de la décision et qui parle de la «stratégie défensive [qui] doit consister essentiellement à dissuader les clients en établissant une liste noire de chargeurs/consignataires dont les autres cargaisons expédiées vers le Nord grâce aux navires de la conférence ne bénéficieront plus d'un service adéquat normal de la part de la conférence». Les accords de fidélité imposés ne peuvent donc bénéficier d'aucune exemption au titre du règlement de 1986.

iv) *Deuxième branche: la Commission ne peut infliger des amendes avant de retirer l'exemption*

157. Les requérantes soutiennent que, si leurs accords de fidélité étaient «imposés» au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous b), i), du règlement de 1986, ce comportement aurait simplement constitué un manquement à l'une des «obligations dont est assortie l'exemption» prévue à l'article 3. Dans ce cas, la Commission doit suivre la procédure décrite à l'article 7, paragraphe 1. Ainsi, elle serait tenue de retirer le bénéfice de l'exemption de groupe prévue par l'article 3 avant d'infliger des amendes. Selon les requérantes, le Tribunal n'a pas fait de distinction entre le non-respect d'une «condition», qui rend l'exemption automatiquement inapplicable, et le manquement à une «obligation». Elles soutiennent que le règlement de 1986 est un acte adopté au titre de l'article 87, paragraphe 2, sous c), du traité CE et visant à définir le champ d'application à la fois des articles 85 et 86 dans le secteur du transport maritime et qu'il reconnaît effectivement deux types d'abus: les abus résultant d'un comportement pour lequel les conférences maritimes bénéficient de l'exemption de groupe et les autres abus. Dans le premier cas, l'article 8, paragraphe 2, du règlement de 1986 oblige la Commission à retirer l'exemption avant d'infliger les amendes.

158. La Commission souligne que, en vertu de l'article 8, paragraphe 1, du règlement de 1986, «l'exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86 du traité est interdite, aucune décision préalable n'étant requise à cet effet». Il en résulte que l'article 8, paragraphe 2, du règlement de 1986 doit être interprété comme laissant à la Commission le pouvoir d'apprécier les mesures à prendre lorsqu'un comportement en principe exempté s'avère être abusif [102]. A titre subsidiaire, la Commission réaffirme la position qu'elle a adoptée au point 87 de la décision, selon laquelle, même si le comportement des membres de Cewal en ce qui concerne leurs contrats de fidélité était «couvert par l'exemption de groupe de l'article 6 du règlement (CEE) n° 4056/86» [103], malgré les manquements aux diverses «obligations» imposées par l'article 5, paragraphe 2, du règlement de 1986, ce règlement ne pouvait empêcher «l'applicabilité de l'article 86 du traité à des accords et pratiques autorisés par une exemption par catégorie», de manière à permettre d'«éviter l'application de l'article 86». Elle invoque donc le principe, bien établi et confirmé par le Tribunal, selon lequel il ne peut exister d'exemption visant simultanément les articles 85 et 86.

159. C'est manifestement à juste titre que le Tribunal a estimé que le règlement de 1986 ne pouvait être considéré comme prévoyant une exemption visant des comportements contraires à l'article 86 du

102 — A cet égard, l'agent de la Commission a souligné à l'audience que cette dernière considérait le retrait de l'exemption de groupe comme l'«option nucléaire», l'application d'amendes étant une mesure moins grave.

103 — Dans les mémoires qu'elles ont déposés à la fois devant le Tribunal et devant la Cour, les requérantes ont supposé, malgré la référence faite par la Commission à «l'exemption de groupe de l'*article 6* du règlement (CEE) n° 4056/86» (souligné par nous) qu'aucune distinction ne devait être faite entre l'exemption de l'article 3 et celle de l'article 6 du règlement en ce qui concerne les pouvoirs conférés à la Commission par l'article 8, paragraphe 2, du règlement.

traité ou à l'article 8, paragraphe 1, du règlement de 1986. La Cour a jugé, dans l'arrêt Ahmed Saeed, que «l'abus d'une position dominante n'est susceptible d'aucune exemption, de quelque façon que ce soit» [104]. Comme la Commission le signale à juste titre dans sa duplique, ce principe a été récemment confirmé sans équivoque par l'arrêt British Gypsum [105], où la Cour a fait sienne la position adoptée par l'avocat général, selon laquelle une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, ne vaut pas «simultanément exemption de l'interdiction de l'abus de position dominante»; ainsi, même si les accords de fidélité de Cewal bénéficiaient de l'exemption de groupe, ils ne seraient pas à l'abri d'une application immédiate de l'article 86 du traité [106].

160. Dans la mesure où les requérantes soutiennent que le fait que l'exemption en cause en l'espèce est conférée par un règlement du Conseil adopté au titre de l'article 87, paragraphe 2, sous c), du traité peut affecter l'application du principe précité, cette affirmation est le fruit d'une méprise. Le règlement de 1986 est fondé à la fois sur les articles 84, paragraphe 2, et 87 du traité. En ce qui concerne la première de ces dispositions, la Cour a jugé, dans l'arrêt Commission/France [107], que, loin d'écarter l'application du traité aux transports maritimes (et aériens), elle prévoit seulement que les dispositions spécifiques du titre relatif aux transports ne s'y appliquent pas de plein droit et que, par conséquent, ces modes de transport «restent, au même titre que les autres... soumis aux règles générales du traité» [108], parmi lesquelles figurent, évidemment, les règles de concurrence [109]. L'arrêt Ahmed Saeed, où la Cour a déclaré que, malgré l'absence de règles adoptées sur la base de l'article 87, «l'interdiction prévue par l'article 86 du traité s'applique pleinement à l'ensemble du secteur de la navigation aérienne» [110], fait apparaître clairement que l'article 87, et en particulier le pouvoir conféré au Conseil par le paragraphe 2, sous c), de «préciser, le cas échéant, dans les diverses branches économiques, le champ d'application des dispositions des articles 85 et 86», a pour objectif de permettre au Conseil non de déterminer le champ d'application matériel de l'article 86, mais, plutôt, de prévoir les modalités d'application de ces règles de concurrence. A notre avis, il ressort clairement d'une lecture attentive du règlement de 1986 que tel est précisément l'objectif qu'a poursuivi le Conseil.

161. Nous examinerons maintenant le point de savoir si, comme les requérantes le prétendent, la Commission ne pouvait

104 — Arrêt déjà cité à la note 20 ci-dessus, point 32.

105 — Arrêt déjà cité à la note 47 ci-dessus.

106 — Voir le point 67 des conclusions de l'avocat général M. Léger, dont la Cour a, entre autres, repris expressément le raisonnement à cet égard au point 11 de son arrêt. L'avocat général se fondait sur le point 25 de l'arrêt du Tribunal du 10 juillet 1990, Tetra Pak Rausing/Commission (T-51/89, Rec. p. II-309, ci-après l'«arrêt Tetra Pak I»).

107 — Arrêt du 4 avril 1974 (167/73, Rec. p. 359).

108 — Ibidem, point 32. La Cour a ultérieurement confirmé cette prise de position dans son arrêt du 30 avril 1986, Asjes e.a. (209/84 à 213/84, Rec. p. 1425, en particulier point 42, ci-après l'«arrêt Nouvelles Frontières»).

109 — Arrêt Nouvelles Frontières (déjà cité à la note 108, point 45).

110 — Arrêt déjà cité à la note 20 ci-dessus, point 33.

infliger des amendes pour sanctionner un abus de position dominante sans retirer à Cewal l'exemption que lui conférait l'article 3.

162. Il est important de se souvenir de la nature de l'abus reproché aux requérantes, consistant à imposer des accords de fidélité à 100 % (valant aussi pour les ventes fob), sans possibilité d'option pour un autre pourcentage, accords mis en œuvre grâce à l'établissement de listes noires, cela «*en vue d'obtenir l'élimination du principal concurrent indépendant*» de Cewal (souligné par nous).

163. A notre avis, ce comportement n'était pas ni ne pouvait être exempté de l'application de l'article 86. En outre, pour autant que cela soit pertinent, il ne pouvait être décrit comme consistant dans un manquement à une simple obligation prévue par l'article 5 du règlement, manquement qui serait du même ordre que ceux visés au point 178 de l'arrêt attaqué. On ne peut, sans forcer le sens, interpréter l'interdiction des accords de fidélité à 100 % imposés unilatéralement comme décrivant une obligation. L'article 5, paragraphe 2, sous b), i), indique ce qui n'est pas permis.

164. Cependant, du fait, à la fois, de sa formulation directe et claire et de sa structure, l'article 8 nous permet de répondre à l'affirmation des requérantes. L'article 8, paragraphe 1, est si explicite lorsqu'il indique que l'exploitation abusive d'une position dominante est interdite sans qu'«aucune décision préalable [soit] requise à cet effet» que, pour le contredire, il faudrait une autre disposition très clairement formulée. En outre, cette formule sans équivoque est en parfaite harmonie avec les principes concernant l'effectivité de l'article 86 et l'impossibilité d'une exemption.

165. L'article 8, paragraphe 2, du règlement de 1986 ne contredit nullement l'article 8, paragraphe 1, ni n'en restreint la portée. Il permet à la Commission «soit d'office soit à la demande d'un État membre ou d'une personne physique ou morale» de prendre une mesure distincte consistant dans le retrait de l'exemption expressément prévue par l'article 3. Il n'impose aucune restriction au pouvoir qu'a la Commission d'infliger des amendes dans les circonstances décrites en particulier à l'article 19, paragraphe 2, du règlement de 1986. L'abus reproché aux requérantes a consisté à *imposer* abusivement des contrats de fidélité à 100 % et non à bénéficier de l'exemption prévue par l'article 3. Nous ne voyons aucune raison de conclure que la condamnation de ces contrats présuppose la mesure extrême que constitue le retrait de l'exemption.

166. Nous proposons à la Cour d'écarter, dans son intégralité, le moyen de pourvoi concernant les contrats de fidélité à 100 % imposés par Cewal.

VI — Amendes

A — *Introduction*

167. Les requérantes invoquent, sous des rubriques diverses, un grand nombre de moyens subsidiaires concernant la décision du Tribunal de confirmer pour l'essentiel les amendes qui leur ont été infligées. Puisque l'amende de loin la plus élevée a été infligée à CMB (voir points 3 et 4 ci-dessus), tous les moyens soulevés par CMB ne le sont pas aussi par Dafra.

B — *Compétence de la Cour*

168. Les requérantes soutiennent que, en annulant l'arrêt attaqué, la Cour peut, en usant du pouvoir que lui confère l'article 54, premier alinéa, du statut CE de la Cour de justice, de «statuer elle-même définitivement sur le litige, lorsque celui-ci est en état d'être jugé», exercer, en ce qui concerne les amendes, la compétence de pleine juridiction qui lui est attribuée par l'article 172 du traité CE et par l'article 21 du règlement de 1986. Si la Cour rejette, comme nous le lui recommandons, tous les moyens de pourvoi relatifs à l'abus, elle doit, néanmoins, selon nous, annuler aussi intégralement les amendes sur la base de l'un des moyens invoqués.

169. Quant aux moyens subsidiaires invoqués par les requérantes en ce qui concerne les amendes, il convient, d'abord, de souligner que c'est le Tribunal qui dispose maintenant de la «compétence de pleine juridiction» prévue par l'article 172 du traité et attribuée initialement à la Cour par l'article 21 du règlement de 1986 en ce qui concerne les amendes infligées au titre de ce dernier. Cette compétence a été conférée au Tribunal conformément à l'article 168 A du traité CE et à l'article 3, paragraphe 1, sous c), de la décision 88/591/CECA, CEE, Euratom du Conseil, du 24 octobre 1988, instituant un Tribunal de première instance des Communautés européennes [111]. Ensuite, il faut se souvenir que l'article 168 A du traité et l'article 51 du statut CE de la Cour de justice limitent tous deux clairement le pouvoir qu'a la Cour de contrôler les constatations faites par le Tribunal dans l'exercice de cette compétence: il vise uniquement les erreurs de droit éventuellement commises par le Tribunal lorsqu'il a confirmé ou annulé les conclusions de la Commission relatives aux amendes. Ainsi, dans l'arrêt Ferriere Nord/Commission, la Cour a déclaré, en réponse à un moyen faisant valoir que l'amende infligée dans cette affaire était injuste, qu'il ne lui appartient pas, lorsqu'elle se prononce sur des questions de droit, de «substituer, pour des motifs d'équité, son appréciation à celle du Tribunal statuant, dans l'exercice de sa pleine juridiction, sur le montant des amendes infligées à des entreprises en raison de la violation, par celles-

111 — JO L 319, p. 1.

ci, du droit communautaire» [112]. En outre, elle a jugé que sa compétence se limitait à «examiner si le Tribunal a répondu à suffisance de droit à l'ensemble des arguments invoqués par la requérante tendant à la suppression ou à la réduction de l'amende» [113].

170. Au cas où, cependant, la Cour constate une erreur de droit qui n'affecte que partiellement l'arrêt attaqué, une question supplémentaire se pose alors, à savoir celle de l'étendue et de la nature de cette compétence résiduelle de la Cour. En vertu de l'article 54, premier alinéa, du statut CE de la Cour de justice, la Cour, lorsqu'elle juge que le pourvoi est fondé, doit annuler la décision du Tribunal, mais, en plus, elle peut «statuer elle-même définitivement sur le litige, lorsque celui-ci est en état d'être jugé». Il en résulte, à notre avis, que, dans ces circonstances, la compétence de pleine juridiction prévue par l'article 172 du traité en ce qui concerne les amendes, initialement attribuée à la Cour, mais transférée ensuite au Tribunal, est réactivée. Si le Tribunal commet une erreur de droit lorsqu'il exerce la compétence que lui confère l'article 172 du traité, il est essentiel que, lorsqu'elle estime opportun de statuer elle-même, la Cour puisse, dans l'intérêt à la fois de l'économie de la procédure et des droits des requérantes, exercer une compétence de pleine juridiction en ce qui concerne les amendes.

112 — Arrêt du 17 juillet 1997 (C-219/95 P, Rec. p. I-4411, point 31; ci-après l'«arrêt Ferriere Nord»).

113 — Ibidem.

C — *Argumentation des requérantes*

171. Les requérantes invoquent toutes deux les moyens suivants:

i) elles affirment que la nature (ou la gravité) des infractions n'était pas telle que l'on puisse les qualifier de graves ou même d'intentionnelles;

ii) elles se plaignent de ce que la Commission, en leur infligeant les amendes à elles plutôt qu'à Cewal, a violé leur droit à un procès équitable;

iii) pour diverses raisons, elles affirment que les amendes étaient fondées sur une appréciation erronée de l'importance de leur participation au trafic sur la route desservie par Cewal;

iv) elles se plaignent de ce que leur coopération avec la Commission n'ait pas été prise en considération en tant que facteur susceptible d'entraîner une réduction du niveau des amendes;

v) elles affirment que la durée relativement brève des infractions n'a pas été adéquatement prise en compte;

vi) elles soutiennent que, contrairement à ce que prétend la Commission, le comportement litigieux ne leur a pas permis de conserver une part de marché importante;

vii) elles se plaignent de ce que la Commission a insuffisamment tenu compte de la nouveauté des infractions en tant que facteur susceptible d'entraîner une réduction du niveau des amendes;

viii) enfin, elles soutiennent que le contexte réglementaire de l'Ogefrem aurait dû aussi être pris en considération.

De plus, CMB affirme aussi que l'amende qui lui a été infligée est d'un niveau très élevé et sans précédent jusqu'alors et qu'elle lui a été infligée abusivement pour parvenir à un équilibre politique avec l'amende infligée à une autre compagnie membre d'une conférence par une autre décision de la Commission. Enfin, les requérantes, invoquant ce qui est, en fait, un moyen autonome, soutiennent que le taux d'intérêt (13,25 %) prévu par l'article 7 de la décision, pour le cas où les amendes ne seraient pas payées dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la décision, est excessivement élevé.

D — *Analyse*

172. Puisque nous nous rallions à l'opinion de la Commission selon laquelle beaucoup des arguments développés par les requérantes en relation avec leurs divers moyens concernant les amendes tendent essentiellement au réexamen de constatations de fait du Tribunal ou sont manifestement infondés, nous renonçons à analyser tous ces points dans le détail.

i) Violation du droit à un procès équitable

173. Les requérantes affirment que le Tribunal a commis une erreur de droit en confirmant que la Commission était fondée à leur infliger des amendes alors que c'est à Cewal et non à l'un quelconque de ses membres que la communication des griefs menaçait d'infliger des amendes. Au point 232 de son arrêt, le Tribunal s'est exprimé comme suit:

«En deuxième lieu, s'agissant du calcul de l'amende, le Tribunal considère que, en l'absence de personnalité juridique de la conférence, la Commission a pu infliger une amende aux membres de Cewal, plutôt qu'à la conférence elle-même. A cet égard, il y a lieu de souligner que, outre Cewal, chacun des membres de la conférence a été

destinataire de la communication des griefs. Dans ces conditions, et compte tenu de l'absence de personnalité juridique de Cewal, le Tribunal considère que, même si la communication des griefs ne faisait état que de la possibilité d'infliger une amende à Cewal au regard des pratiques abusives, les requérantes ne pouvaient ignorer qu'elles encouraient le risque qu'une amende éventuelle leur soit infligée, plutôt qu'à la conférence. »

174. Les requérantes soutiennent que, si la Commission n'avait pas l'intention d'infliger des amendes à Cewal, parce qu'elle n'avait pas la personnalité juridique, elle devait leur dire que des amendes leur seraient infligées. Elles invoquent le préjudice suivant, découlant, selon elles, de cette omission:

— si l'amende avait été infligée à Cewal, elle ne pouvait être basée que sur le chiffre d'affaires de Cewal et non sur celui de ses membres, le premier, qui ne concerne que la route du Zaïre, étant moins élevé que le second;

— même si les amendes auraient été finalement payées par les membres de Cewal individuellement, leurs contributions auraient été proportionnelles à leur part dans le pool [114];

— CMB ignorait qu'elle ferait l'objet d'un traitement particulier et supporterait une part disproportionnée des amendes en raison du rôle particulièrement actif qu'elle avait joué dans les abus.

Les requérantes concluent que la Commission n'a pas respecté l'exigence fondamentale voulant que la communication des griefs informe les parties des reproches qui leur sont adressés et, en particulier, de l'identité de celles d'entre elles qui supporteront finalement la charge financière résultant de l'amende infligée [115].

175. La Commission n'affirme pas que les membres de Cewal ont été informés des amendes, mais soutient qu'il aurait dû leur paraître évident que, « dans cette communication 'Cewal' était censée désigner le groupe d'entreprises constituant la conférence », puisqu'une liste des membres était annexée à la communication des griefs. Elle soutient aussi que c'est à bon droit que le Tribunal a estimé qu'il aurait été illogique d'infliger une amende à Cewal, puisqu'elle n'avait pas la personnalité juridique. La Commission soutient qu'il est très « improbable » qu'elles aient « manqué d'imagination au point d'être surprise[s] qu'une amende [leur] soit infligée ». En outre, la Commission affirme que, puisqu'il était envisagé que des amendes soient infligées

114 — Dans son pourvoi, CMB indique que l'amende qui lui a été infligée ne pouvait donc correspondre à 95 % du total.

115 — Elles citent, entre autres, les arrêts du 23 février 1994, CB et Europay/Commission (T-39/92 et T-40/92, Rec. p. II-49), et du 28 avril 1994, AWS Benelux/Commission (T-38/92, Rec. p. II-211).

aux membres de Cewal en considération des infractions à l'article 85 qui leur étaient imputées dans la communication des griefs, les membres de Cewal étaient informés que des amendes individuelles leur seraient infligées.

176. A notre avis, c'est à tort que le Tribunal a admis que la Commission avait le droit d'infliger des amendes aux membres de Cewal, parce que Cewal n'avait pas la personnalité juridique et parce qu'ils étaient tous destinataires de la décision. Cette erreur de droit découle de la méprise qu'il a commise en supposant que les requérantes ne pouvaient avoir ignoré qu'elles couraient le risque de se voir infliger des amendes.

177. Il est constant qu'une copie de la communication des griefs a été adressée aux requérantes, bien que ce soit trois mois seulement après qu'elle a été envoyée à Cewal. Cependant, la véritable question qui se pose est de savoir si les requérantes ont été adéquatement informées, par la copie de la communication des griefs qu'elles ont finalement reçue, accompagnée d'une lettre qui n'ajoutait rien à son contenu, qu'elles pouvaient se voir infliger des amendes individuelles dont la communication n'envisageait expressément l'application qu'à Cewal, avec toutes les conséquences susceptibles d'en découler quant au calcul du montant des amendes.

178. Premièrement, nous estimons inacceptable que la Commission fasse des suppositions dans une matière aussi importante. Selon une jurisprudence constante de la Cour, « la communication des griefs doit énoncer, de manière claire, tous les éléments essentiels sur lesquels la Commission se base à ce stade de la procédure » [116]. La garantie procédurale essentielle que constitue la communication des griefs est une « application d'un principe fondamental du droit communautaire qui exige le respect des droits de la défense dans toute procédure » [117]. Même si elles n'ont pas un caractère pénal [118], les amendes sont des sanctions. Il s'ensuit que la Commission est strictement tenue d'informer clairement les entreprises qu'elles sont susceptibles de se voir infliger des amendes.

179. Deuxièmement, il faut rappeler que l'article 19, paragraphe 2, du règlement de 1986, de même que la disposition correspondante de l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17, autorise la Commission à infliger des amendes à la fois aux entreprises et aux « associations d'entreprises ». Une conférence maritime, comme Cewal, est manifestement une telle association. De même, il est évident que les articles du traité relatifs à la concurrence s'appliquent généralement aux associations d'entreprises [119] et que ces dernières sont explicitement soumises au pouvoir d'investigation

116 — Arrêt du 7 juin 1983, Musique Diffusion française e.a./ Commission (100/80 à 103/80, Rec. p. 1825, point 14).

117 — Ibidem, point 10.

118 — A cet égard, voir l'article 19, paragraphe 4, du règlement de 1986.

119 — Voir, par exemple, l'arrêt du 8 novembre 1983, IAZ e.a./ Commission (96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, Rec. p. 3369, point 20).

de la Commission, qui implique celui d'infliger des amendes [120]. L'une des raisons qui, selon la Commission, justifient que les amendes aient été infligées aux membres de Cewal est que cette dernière n'avait pas la personnalité juridique. Ni elle ni le Tribunal n'ont dit que des amendes ne pouvaient être infligées à des entités, comme des associations, qui ne sont pas constituées en société, parce que cela est évidemment possible [121]. Si l'on se place au point de vue des membres de Cewal, il suffit de dire qu'ils n'avaient aucune raison de ne pas prendre la communication des griefs au pied de la lettre et de ne pas l'interpréter comme exprimant l'intention d'infliger une amende à Cewal et nous ne voyons aucun motif de dispenser la Commission de ce que nous considérons comme une obligation stricte. Dans l'arrêt AWS Benelux/Commission, le Tribunal a annulé des amendes parce que «la Commission n'a pas, en dépit de la contestation dont elle était ainsi saisie [au cours de la procédure administrative], clarifié sa position sur la question de l'imputabilité de l'infraction alléguée» [122], même si cet arrêt était fondé sur l'insuffisance de la motivation de la décision plutôt que sur une violation des droits de la défense.

180. Troisièmement, la circonstance que la Commission n'a pas informé les divers membres de Cewal qu'ils étaient susceptibles de se voir infliger des amendes ne constitue pas un simple vice de forme. CMB, en particulier, est en mesure d'invoquer un préjudice concret. Dans leur réplique, les requérantes ont souligné, sans être contredites sur ce point par la Commission, que, si l'on prenait le chiffre d'affaires réalisé par les membres de Cewal sur les routes en question (22 171 millions d'écus en 1991) comme référence pour le calcul du montant maximal de l'amende (10 %) susceptible d'être infligée, tel que prévu par l'article 19, paragraphe 2, du règlement de 1986, l'amende totale aurait été beaucoup moins élevée. En fait, elle n'aurait guère dépassé le quart de l'amende actuelle. Si la Commission avait l'intention de moduler les amendes en fonction de leur responsabilité individuelle, ces entreprises auraient dû être, à tout le moins, informées que, en tant qu'entités distinctes de Cewal, elles étaient susceptibles de se voir infliger des amendes.

181. Puisque la Commission a manqué à une exigence fondamentale, nous recommandons à la Cour d'annuler l'arrêt du Tribunal confirmant la décision, dans la mesure où les amendes infligées aux requé-

120 — Voir l'article 18, paragraphe 1, du règlement de 1986 et, par exemple, l'arrêt du 22 octobre 1997, SCK et FNK/Commission (T-213/95 et T-18/96, Rec. p. II-1739, points 253 et 254). A cet égard, voir aussi la récente communication de la Commission intitulée «Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15 paragraphe 2 du règlement n° 17 et de l'article 65 paragraphe 5 du traité CECA» [JO 1998, C 9, p. 3, en particulier point 5, sous c)].

121 — Dans l'arrêt IAZ e.a./Commission (déjà cité à la note 119 ci-dessus), la Cour a estimé qu'une association sans but lucratif (ANSEAU) qui regroupait 31 entreprises belges de distribution d'eau et qui avait pour mission de «défendre les intérêts communs de ces entreprises» (point 3) pouvait, en fait, se voir infliger une amende en ce qui concerne les recommandations formulées par elle en vue de faire en sorte que les entreprises membres de l'association ne connectent au réseau de distribution d'eau que des lave-vaisselle «agréés». En effet, l'amende principale a été infligée à l'association. Dans l'arrêt du 11 juillet 1989, Belasco e.a./Commission (246/86, Rec. p. 2117), Belasco, une association de producteurs belges de revêtements bitumés, et sept de ses membres se sont vu infliger des amendes pour avoir mis en œuvre une convention concernant les tarifs et les conditions de vente. L'amende de 15 000 écus infligée à Belasco était calculée en fonction de son chiffre d'affaires annuel (voir points 65 et 66).

122 — Arrêt déjà cité à la note 115 ci-dessus, point 27.

rantes sont concernées, et, en outre, d'annuler la décision en ce qui concerne ces amendes.

ii) Autres arguments

182. Outre ceux qui précèdent, les requérantes ont développé, à l'appui de leur pourvoi, un grand nombre d'arguments concernant les amendes, rangés sous diverses rubriques. Il s'agit, en majeure partie, d'arguments déjà avancés devant le Tribunal et d'arguments détaillés portant sur les faits. Une analyse exhaustive de tous ces points allongerait énormément les présentes conclusions, qui sont déjà très longues. Étant donné que nous avons reconnu le poids des arguments développés par les requérantes sous la deuxième rubrique, nous pensons pouvoir nous dispenser d'expliquer point par point chacun de ces autres arguments, d'autant plus que, après les avoir examinés, nous estimons qu'ils sont tous sans exception dépourvus de fondement.

183. La démarche correcte consiste, selon nous, à examiner toute erreur de droit identifiable contenue dans l'arrêt attaqué. Autrement, la Cour devrait appliquer le critère défini dans l'arrêt Ferriere Nord [123]. Il n'est pas nécessaire de reprendre l'examen de chacun de leurs arguments dans le détail.

123 — Arrêt déjà cité à la note 112 ci-dessus.

184. La Cour devra estimer que le Tribunal a usé de la compétence de pleine juridiction que lui confère le traité et a examiné adéquatement tous les points de fait et de droit soulevés par les requérantes lorsqu'elles ont contesté les amendes. A la lecture des points 208 à 251 de l'arrêt attaqué, il nous paraît évident que le Tribunal a, dans une mesure suffisante, soigneusement exercé son contrôle en ce qui concerne l'application, le niveau et la répartition des amendes. Nous nous proposons d'aborder très brièvement uniquement deux questions, concernant la gravité et la nouveauté des amendes, deux facteurs qui ont pour effet respectivement d'aggraver les amendes ou de les alléger. Pour le reste, les arguments développés concernent très largement l'application discrétionnaire des amendes basée sur l'évaluation des faits (par exemple, prétendue discrimination lors de la répartition des amendes entre les divers membres de Cewal).

185. Premièrement, les requérantes contestent que les infractions soient d'une particulière gravité. L'arrêt attaqué a, à bon droit, écarté cet argument (point 231) au motif que «ces pratiques [avaient] été mises en œuvre en vue d'évincer l'unique concurrent présent sur le marché». Les requérantes ne contestent pas que leur comportement ait été délibéré, mais invoquent une fois de plus le caractère prétendument non abusif de la pression exercée sur l'Ogefrem, de la pratique des navires de combat et des ristournes de fidélité. A notre avis, ce moyen de pourvoi est dépourvu de fondement.

186. Deuxièmement, les requérantes soutiennent que le Tribunal n'a pas donné

l'importance qu'elle méritait à la nouveauté supposée de chacun des abus sous des aspects qui sont abordés avec les arguments de fond sous chaque rubrique. Ces aspects sont, notamment, les suivants: l'abus lié à l'Ogefrem est le premier cas d'abus revêtant la forme d'une pression sur un gouvernement étranger; l'abus lié à la pratique des navires de combat implique une extension de la notion de prix prédatoires; les ristournes de fidélité soulèvent un nouveau problème d'interprétation du règlement de 1986.

187. En ce qui concerne la question de la nouveauté, le Tribunal souligne à juste titre que «l'objectif des pratiques abusives reprochées, à savoir évincer l'unique concurrent du marché, ne présente aucun caractère nouveau en droit de la concurrence» (point 248). Les requérantes n'ont pas démontré que cette conclusion était juridiquement erronée. Nous pensons que le Tribunal, après avoir rappelé qu'il dispose d'une «compétence de pleine juridiction», a répondu aux arguments des requérantes dans une mesure suffisante. De plus, nous pensons que c'est à bon droit que le Tribunal a renoncé à tenir compte des éléments de nouveauté concernant les divers abus, étant donné que ces comportements avaient manifestement pour objectif d'exclure la concurrence [124].

188. Nous avons eu quelque hésitation quant à la conclusion que le Tribunal tire ensuite (point 248), selon laquelle la notion de position dominante collective n'est nullement nouvelle. La décision de la Commission concernant le verre plat italien [125], citée pour réfuter la nouveauté de cette notion, a été publiée bien après la période couverte par la majeure partie des pratiques abusives en cause en l'espèce. D'autre part, le fait qu'un groupe d'entreprises ayant adopté un comportement prédatoire visant à exclure la concurrence ait espéré ou supposé que le droit communautaire ne s'appliquerait pas à elles collectivement a peu de poids au regard du caractère éminemment abusif de l'activité en cause. En conséquence, nous ne pensons pas que le Tribunal ait commis une erreur de droit sur ce point et nous proposons d'écarter ce moyen de pourvoi.

iii) Taux d'intérêt

189. Les requérantes reprochent au Tribunal de ne pas avoir admis que, comme elles le soutenaient, la Commission avait commis une erreur lorsque, à l'article 7 de la décision, elle a fixé le taux d'intérêt applicable au cas où les amendes infligées seraient payées avec retard par référence au «taux appliqué par le Fonds européen de coopération monétaire à ses opérations

124 — Nous fondons tout particulièrement cette conclusion sur l'arrêt Tetra Pak II (déjà cité à la note 56 ci-dessus). Il concernait l'application de l'article 86 aux abus commis par une entreprise dominante sur un marché connexe sur lequel elle détenait une position prééminente, mais non dominante. Tetra Pak soutenait que la nouveauté de cette application constituait un facteur justifiant une réduction de l'amende. La Cour a cependant confirmé le rejet de cet argument par le Tribunal, ce dernier ayant à juste titre basé sa décision sur le fait que Tetra Pak «ne pouvait manquer d'avoir conscience que les pratiques en cause étaient contraires aux règles du traité» et sur «le caractère manifeste et la gravité particulière des restrictions à la concurrence résultant des abus en cause» (point 48).

125 — Décision 89/93/CEE de la Commission, du 7 décembre 1988, relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CEE (IV/31.906, Verre plat) (JO 1989, L 33, p. 44).

en écus le premier jour ouvrable du mois au cours duquel la présente décision a été adoptée, majoré de trois points et demi, soit 13,25 %». Selon elles, ce taux est anormalement élevé. Elles ont fait valoir devant le Tribunal que, vu les taux d'intérêt qu'il était possible d'obtenir (vraisemblablement pour les dépôts) pour l'écu à l'époque concernée, le taux d'intérêt appliqué par la Cour aurait été plus approprié. Le Tribunal a estimé (point 250) que «les requérantes n'ont apporté aucun élément de nature à démontrer que... la Commission aurait commis une quelconque erreur».

190. Nous ne pensons pas que, en réagissant comme il l'a fait, le Tribunal a suffisamment répondu aux arguments avancés par les requérantes en ce qui concerne la majoration de trois points et demi. La Commission dispose évidemment d'une marge d'appréciation lorsqu'elle fixe le taux d'intérêt approprié. Ce taux vise à éviter que les entreprises ne se livrent à des manœuvres dilatoires. D'autre part, le taux fixé ne doit pas être si élevé qu'il oblige en fait les entreprises à payer les amendes même si elles estiment qu'elles ont de bonnes raisons juridiques pour contester la validité de la décision de la Commission [126]. Nous estimons que, lorsqu'elle fixe le taux des intérêts de retard, la Commission peut prendre un point de référence situé à un niveau plus élevé que le taux emprunteur moyen applicable sur le marché, dans la mesure nécessaire pour décourager les comportements dilatoires. Toutefois, une majoration de trois points et demi appliquée, sans aucune explication, à un taux déjà élevé n'est pas acceptable.

191. Nous estimons que, en confirmant la décision de la Commission sur ce point, sans vérifier si cette dernière avait quelque motif convaincant, juridique ou autre, d'appliquer cette majoration, le Tribunal a commis une erreur de droit et que son arrêt doit être annulé sur ce point.

E — *Synthèse des recommandations que nous faisons à la Cour*

192. Pour les motifs que nous avons indiqués (points 173 à 181), nous estimons que les amendes infligées à CMB et à Dafra à l'article 6 de la décision doivent être annulées puisque c'est à tort que le Tribunal a rejeté le moyen des requérantes selon lequel la Commission avait violé leur droit à un procès équitable en ce qui concerne l'application des amendes. En outre, bien que nous proposions de rejeter tous les autres moyens invoqués à propos des amendes, nous estimons que le Tribunal a également commis une erreur de droit en maintenant le taux d'intérêt fixé à l'article 7 de la décision en cas de paiement tardif des amendes infligées.

126 — Dans l'arrêt du 25 octobre 1983, AEG/Commission (107/82, Rec. p. 3151, point 141), la Cour a rejeté l'argument de la requérante selon lequel «une obligation de payer des intérêts de retard n'a aucune base légale en droit communautaire» et a estimé que ces intérêts étaient nécessaires pour éviter «l'introduction de recours manifestement non fondés, dont le seul but serait celui de retarder le paiement de l'amende». Voir aussi l'arrêt CB et Europay/Commission (déjà cité à la note 115 ci-dessus, points 48 et 49).

VII — CEDH

193. Les requérantes soutiennent aussi, en invoquant deux moyens de pourvoi autonomes, que des «nombreuses incertitudes et modifications dans les accusations» portées contre elles, dont le Tribunal et la Commission sont, selon elles, tous deux responsables en l'espèce, et de la circonstance que le Tribunal s'est fondé sur ce qu'elles décrivent comme des abus nouveaux, il résulte que le Tribunal a violé les principes consacrés par les articles 6, paragraphe 3, et 7, paragraphe 1, de la CEDH [127].

194. Étant donné que, comme nous l'avons déjà exposé aux sections V et VI ci-dessus, certains motifs s'opposent à ce que nous reconnaissions l'existence des diverses violations de leur droit à un procès équitable alléguées par les requérantes, nous ne pouvons admettre que (sauf en ce qui concerne la circonstance que la Commission n'a pas informé les membres de Cewal de son intention de leur infliger des amendes) la Commission ou le Tribunal ait manqué à l'obligation — dont nous reconnaissons qu'elle résulte autant des principes généraux du droit communautaire que de l'article 6, paragraphe 3, de la CEDH — d'informer clairement une personne accusée d'un comportement qui, sans être de nature criminelle, l'expose potentiellement à des sanctions de la nature de l'accusation (ou des accusations) portée(s) contre elle.

195. En ce qui concerne le principe «nullum crimen, nulla poena sine lege», étant donné que, comme nous l'avons déjà exposé à la section VI ci-dessus, certains motifs nous incitent à écarter les diverses affirmations des requérantes selon lesquelles c'était la première fois qu'un comportement tel que le leur était qualifié d'abusif et qu'elles ne pouvaient donc raisonnablement le prévoir, nous estimons que le Tribunal n'a nullement violé l'article 7, paragraphe 1, de la CEDH.

VIII — Dépens

196. En l'espèce, puisqu'il y a lieu, à notre avis, d'écarter l'ensemble des affirmations des requérantes mettant en cause le bien-fondé de la décision qu'a prise le Tribunal de confirmer la décision, de même que la majeure partie de leurs arguments concernant les amendes, nous considérons qu'elles ont en fait succombé, au sens des articles 69 et 122 du règlement de procédure de la Cour, et nous recommandons donc à la Cour de les condamner aux dépens de la partie défenderesse et de la partie intervenante.

127 — L'article 6, paragraphe 3, prévoit que «tout accusé» a droit à «être informé, dans le plus court délai... de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui», tandis que, en vertu de l'article 7, paragraphe 1, «nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international».

IX — Conclusion

197. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, nous recommandons, d'abord, à la Cour:

— d'annuler l'arrêt du Tribunal de première instance dans la mesure où il a confirmé les amendes infligées aux requérantes et le taux des intérêts de retard dont elles sont assorties;

— d'annuler les articles 6 et 7 de la décision 93/82/CEE de la Commission, du 23 décembre 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/32.448 et IV/32.450: Cewal, Cowac, Ukwal) et de l'article 86 du traité CEE (IV/32.448 et IV/32.450: Cewal), dans la mesure où ils concernent les requérantes.

Pour le surplus, nous recommandons à la Cour:

— de rejeter les pourvois dans leur intégralité;

— de condamner les requérantes aux dépens de la défenderesse et de Grimaldi & Cobelfret, partie intervenante.