CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. JOSEPH GAND, PRÉSENTÉES LE 10 JUIN 1970

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

Les recours formés par la société néerlandaise ACF Chemiefarma sous le n° 41-69 et par les sociétés allemandes Buchler et Boehringer Mannheim, respectivement sous les n^{os} 44 et 45-69, vous conduiront pour la première fois à vous prononcer sur une décision par laquelle la Commission des Communautés européennes, après avoir constaté que des entreprises ont commis une infraction aux dispositions de l'article 85 du traité de Rome, inflige une amende à ces entreprises.

C'est dire l'importance de l'arrêt que vous allez rendre. Du point de vue juridique d'abord, parce que vous aurez notamment à préciser les conditions de procédure auxquelles sont soumises les décisions de l'espèce, à dire si et dans quel délai se prescrivent les infractions à la concurrence, mais aussi parce que, eu égard à la compétence de pleine juridiction que vous attribue l'article 17 du règlement n° 17 du Conseil, vous êtes saisis de l'ensemble du litige, que votre pouvoir d'appréciation des faits est entier, et qu'au vu de la conviction que vous vous serez faite quant à l'existence des infractions reprochées et à leur gravité il vous appartiendra de maintenir l'amende ou de la supprimer, de la réduire ou, le cas échéant, de la majorer. Nous ajouterons que cette importance n'est pas moins grande en pratique en raison du montant élevé des amendes infligées par la décision attaquée.

Les rapports d'audience exposant de façon très complète les faits qui sont à la base de la décision, nous nous bornerons d'abord à rappeler brièvement comment est né le litige. Les services de la Commission ont été mis en possession au début de 1967 d'un certain nombre de documents et d'informations, d'origine américaine, sur l'activité de l'entente internationale de la quinine constituée entre l'entreprise NV Nederlandsche Combinatie voor de Chemische Industrie — généralement connue sous le nom de Nedchem et actuellement dénommée Chemiefarma — les sociétés Boehringer Mannheim et Buchler, un groupe de trois entreprises françaises et deux entreprises anglaises, Carnegies et Lake and Cruickshank. Ces services ont procédé, en juillet et en novembre 1967, dans les conditions prévues à l'article 14 du règlement n° 17, à des vérifications auprès des six entreprises qui avaient leur siège dans le marché commun; des vérifications ont été également effectuées auprès d'entreprises belges et italiennes acheteuses de quinine. Au vu du résultat de ces diverses opérations, la Commission a engagé une procédure d'office et a communiqué le 30 juillet 1968 aux entreprises les griefs qu'elle avait relevés. Celles-ci ont fourni des observations écrites et ont été entendues les 11 et 12 février 1969. Puis, après que le Comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes eut émis son avis, la Commission a pris le 16 juillet 1969 la décision attaquée qui a été publiée au Journal officiel du 5 août 1969 (n° L 192, p. 5 et s.).

L'exposé des motifs de cette décision s'articule en quatre parties. La Commission rappelle d'abord les phases successives de la conclusion et de l'application des différents accords passés entre les entreprises (I). Elle relève ensuite que ces accords ont eu pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun par différents procédés qu'elle énumère (fixation des prix de vente de la quinine et de la quinidine — répartition des marchés — fixation de

quotas de livraison et d'un mécanisme de compensation entre les quantités livrées — limitation de la fabrication de la quinidine), que ces accords étaient de nature à affecter le commerce entre États membres, et qu'ils entraient ainsi dans le champ d'application de l'article 85, paragraphe 1 (II). En revanche, faute d'avoir été notifiés à la Commission avant le 1er novembre 1962, ils ne peuvent bénéficier des dispositions du paragraphe 3 du même article (III). Enfin, la Commission affirme la possibilité de prononcer des amendes à la charge des entreprises en raison des infractions qu'elles ont commises entre le 13 mars 1962 et le début de février 1965, date qui lui paraît marquer la fin de l'activité de l'entente, et elle expose les raisons qui la conduisent à différencier le montant des amendes infligées selon les intéressés (IV).

C'est en se fondant sur ces motifs que la Commission, dans l'article 1 de sa décision, constate que les entreprises incriminées ont commis jusqu'au début de février 1965 une infraction aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité, pour avoir conclu et appliqué la convention sur les exportations des 8 et 14 juillet 1959, les conventions additionnelles de 1960, les gentlemen's agreements du 9 avril 1960, ainsi que les accords mettant à exécution ou complétant ces conventions. Elle leur inflige, dans l'article 2, des amendes dont le montant s'échelonne de 210 000 à 10 000 u.c.

Les trois entreprises françaises, de loin les moins importantes et les moins lourdement frappées, se sont inclinées devant cette décision. Il n'en est pas de même de Chemiefarma, de Buchler et de Boehringer qui vous saisissent toutes trois d'un recours tendant à l'annulation de la décision du 16 juillet 1969 dans la mesure où elle les vise et, dans le cadre du recours de pleine juridiction, à la suppression ou à la réduction de l'amende qui leur a été infligée.

Si les conclusions sont identiques, les moyens invoqués par les requérantes et l'argumentation qui les appuie sont sur bien des points substantiellement les mêmes. D'autre part, une ordonnance du 9 avril 1970 a joint les trois affaires aux fins de la procédure orale. Nous nous permettrons donc de présenter à leur sujet des conclusions communes en indiquant, s'il y a lieu, à propos de chaque question, l'aspect particulier sous lequel elle est présentée par l'une ou l'autre des requérantes.

Nous examinerons les divers moyens soulevés dans l'ordre suivant que nous avons adopté pour des raisons où la commodité a autant de part que la logique :

— la compétence de la Commission;
— la procédure suivie par elle et la motivation de la décision attaquée, c'est-à-dire sa régularité en la forme;
— l'existence d'une infraction aux règles de la concurrence, qui constitue le point central du débat;
— la possibilité d'infliger une amende aux entreprises et la justification du montant de celle-ci. En dépit de sa priorité logique, c'est alors seulement que nous examinerons la question de la prescription, puisqu'elle est liée en fait à la date à laquelle se sont terminées les infractions reprochées.

I — La compétence de la commission

Ce moyen n'a été soulevé que par Chemiefarma (41-69). Cette entreprise soutient que la Commission aurait été incompétente parce que les ententes ont été notifiées au Bundeskartellamt et au ministère néerlandais des affaires économiques qui n'auraient élevé aucune objection. La requérante vous demande d'examiner dans quelle mesure les articles 88 et 89 du traité et, le cas échéant, le règlement n° 17, refuseraient actuellement à la Commission le pouvoir d'apprécier les ententes ainsi notifiées.

La réponse nous paraît simple. En premier lieu, depuis l'entrée en vigueur

le 13 mars 1962 du règlement n° 17, c'est ce dernier texte qui délimite les pouvoirs respectifs de la Commission et des autorités nationales pour l'application de l'article 85 du traité. Aux termes de l'article 9,3 de ce règlement, la compétence des autorités des États membres ne subsiste qu'aussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure en application des articles 2, 3 ou 6 de ce texte. Elle est donc subsidiaire par rapport à celle de la Commission, et la circonstance qu'il n'en ait pas été fait usage dans un cas donné ne peut avoir pour effet de soustraire l'entente au contrôle des autorités communautaires. Nous savons d'autre part que les gentlemen's agreements qui constituaient la pièce essentielle du dispositif à l'intérieur du marché commun n'ont été notifiés — et pour cause — ni aux autorités néerlandaises, ni au Bundeskartellamt. Le moyen doit donc être écarté.

II — Les moyens de procédure et de forme

Ils nous retiendront plus longtemps. En effet, comme il est naturel en raison de la nouveauté et de l'importance de la matière sur laquelle il n'existe encore ni jurisprudence, ni même pratique administrative établie, bien des questions peuvent être ici soulevées et l'ont été en fait par les requérantes. Au risque d'être long, il convient de leur donner des réponses précises, non seulement pour la solution de la présente affaire, mais aussi pour définir le cadre dans lequel peut se mouvoir la Commission.
Les textes applicables sont le règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962 (JO du 21 février 1962, p. 204) et le règlement d'application n° 99/63 de la Commission du 25 juillet 1963 (JO du 20 août 1963, p. 2268), pris conformément à l'article 24 du règlement précédent. Sur la plupart des points, les moyens soulevés critiquent la façon dont ces textes ont été appliqués à l'espèce; parfois aussi les requérantes — en particulier Chemiefarma — contestent la légalité de certaines dispositions des règlements ou invoquent des principes généraux de procédure qu'elles entendent déduire, soit du droit de l'ensemble des États membres, soit du droit de l'un d'entre eux.
Dans l'examen de ces différents moyens, qu'il n'est pas toujours facile de classer, nous suivrons le déroulement des phases successives de la procédure : communication des griefs et audition des entreprises — procès-verbal de cette audition — avis du Comité consultatif — adoption de la décision par le collège des commissaires — nous terminerons enfin par les moyens portant sur la motivation de cette décision.

A — Communication des griefs et audition des entreprises

L'article 19 du règlement n° 17 dispose qu'avant de prendre ses décisions, notamment celles prévues aux articles 3 et 15 par lesquelles elle enjoint aux entreprises de mettre fin à des infractions ou leur inflige des amendes, la Commission donne aux intéressés l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs qu'elle a retenus. C'est à ce sujet principalement que les requérantes invoquent la violation des droits de la défense.

1. En premier lieu, elles critiquent en des termes assez analogues l'insuffisante précision ou le caractère incomplet de la communication des griefs. Ce document, pratiquement identique pour toutes les entreprises concernées, comporte une cinquantaine de pages; elles lui reprochent de ne pas indiquer en détail les faits auxquels la Commission se référait ainsi que ses moyens de preuve.
D'autre part, à la suite de cette communication, elles ont demandé, selon des modalités diverses, à prendre connaissance du dossier de la Commission; tout en refusant la communication intégrale de celui-ci, la Commission a admis la consultation des pièces qui

étaient mentionnées dans la communication des griefs. A l'exception de Boehringer, les entreprises ont fait usage de la possibilité qui leur était ainsi donnée. Elles soutiennent aujourd'hui devant vous qu'il y a eu de ce fait violation des droits de la défense et qu'elles auraient dû pouvoir prendre connaissance de toutes les pièces qui se trouvaient dans le dossier. Il en serait ainsi notamment parce que la procédure engagée pouvait aboutir à une amende.

De façon plus précise, leur critique porte sur les résultats des investigations faites auprès d'entreprises italiennes et belges, qui sont joints au mémoire en défense de la Commission, mais qui ne leur avaient pas été communiqués à l'époque. Ces investigations sont ainsi mentionnées à la page 1 de l'exposé des griefs : « Il a, en outre, été procédé à des vérifications auprès d'entreprises italiennes et belges ». Leur résultat est consigné à la page 37 du même document dans les termes suivants : « Les prix fixés en commun furent pratiqués de façon uniforme par les membres de l'entente à l'intérieur du marché commun, d'une part pour les exportations dans les pays ne disposant pas d'une production nationale de quinine, à savoir la Belgique, le Luxembourg et l'Italie... ».

Pour répondre à ces critiques, sous leurs différents aspects, il faut prendre parti sur le caractère de la procédure devant la Commission et sur l'étendue des « droits de la défense » que peuvent revendiquer les entreprises à ce stade.

Vous avez déjà eu à faire application à l'article 19 du règlement n° 17 dans l'affaire Gründig et vous avez jugé que la procédure devant la Commission est une procédure *administrative* impliquant que les intéressés soient mis préalablement en mesure de présenter leurs observations sur les griefs que la Commission estime devoir retenir contre eux, qu'à cet effet ils doivent être informés des éléments de fait sur lesquels ces griefs sont fondés, qu'il n'est pas nécessaire cependant que la totalité du dossier leur soit communiquée.

Cet arrêt a été rendu dans un cas où seule l'application de l'article 85 du traité était en cause, mais la solution vaut également, semble-t-il, lorsque la Commission inflige des amendes en vertu de l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17. Quelle que soit la décision qu'elle prend (injonction de mettre fin à une infraction — décision accordant le bénéfice de l'article 85, paragraphe 3 — amende), la Commission agit toujours en tant qu'autorité administrative et la procédure fixée par les règlements 17 et 99/63 est pratiquement identique dans tous les cas.

Cela étant, la lecture de l'exposé des griefs montre qu'il indique de façon claire les faits qui, d'après la Commission, sont constitutifs de l'infraction reprochée aux requérantes; en particulier il relève qu'elles ont continué jusqu'au début de 1965 à appliquer une politique commune de prix et à se communiquer des renseignements sur leurs ventes en vue d'une compensation éventuelle; qu'elles ont ainsi prolongé après 1962 leur entente à l'intérieur du marché commun. De telles indications nous paraissent informer sans équivoque les entreprises de ce qui leur est reproché et les mettre à même de prendre parti.

Reste à dire sur un point plus particulier si les entreprises, qui n'avaient pas droit à la communication intégrale du dossier, pouvaient exiger de se voir alors communiquer les résultats des vérifications opérées auprès des entreprises italiennes et belges. La réponse nous paraît devoir être négative, car le « grief » et les « éléments de fait » sur lesquels il est fondé — pour reprendre les termes de l'arrêt Gründig — c'est d'avoir restreint la concurrence en appliquant de façon uniforme les prix communs aux exportations à destination de la Belgique et de l'Italie. Ce point, nous l'avons dit, avait été communiqué aux entreprises qui pouvaient le contester et s'expliquer à son sujet, ne fût-ce qu'en indiquant dans leurs observations écrites les transactions effectuées et les conditions de celles-ci. Quant aux résultats des

vérifications opérées, ce sont des *éléments de preuve;* à ce titre, et si la décision est contestée, ils doivent être communiqués au cours de l'instance juridictionnelle, mais ils ne nous semblent pas rentrer dans les prévisions de l'article 19 du règlement n° 17. Le moyen nous paraît donc devoir être écarté.

D'autres moyens concernant la régularité de la procédure à ce stade ont été soulevés par Chemiefarma :

2. Les modalités de l'audition des intéressés ont été fixées par le règlement 99/63 de la Commission, ainsi que celle-ci avait été habilitée à le faire par l'article 24 du règlement n° 17 du Conseil. La requérante doute que cette délégation soit régulière, alors que « l'activité déployée en l'occurrence est législative et non exécutive »; elle serait de ce fait contraire tant à l'article 87 qu'aux dispositions combinées des articles 155 et 4 du traité; en outre, le Parlement européen n'a pas eu à s'exprimer sur la question de savoir s'il était possible et souhaitable que le Conseil délègue ses pouvoirs en ce domaine.

Le moyen ne paraît pas devoir être retenu.

Si l'article 87 charge le Conseil d'arter « tous règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86 », il ne s'ensuit pas que cette institution ne puisse, après avoir elle-même adopté des règles générales en ce domaine, déléguer à la Commission le pouvoir de prendre les mesures nécessaires pour l'exécution de ces règles. C'est bien l'idée qu'exprime l'article 155 du traité, lorsqu'il dit que la Commission « exerce les compétences que le Conseil lui confère pour l'exécution des règles qu'il établit », car cet article n'exclut pas que cette compétence puisse s'exercer en matière réglementaire. En d'autres termes, si le Conseil ne peut se décharger sur la Commission du soin de fixer les principes régissant une matière quelconque, rien ne s'oppose à ce qu'il la charge de préciser les modalités d'application de ces principes.

En fait, l'article 19 du règlement n° 17 reconnaît le droit des entreprises de faire connaître leur point de vue avant que soient prises par la Commission toutes décisions les concernant et règle ainsi ce qui est essentiel : le principe des droits de la défense. Cela étant acquis, les modalités d'audition que la Commission a définies dans le règlement 99/63, pour importantes qu'elles soient, ne constituent qu'une mesure d'*exécution* de la règle posée par le Conseil. Par ailleurs, les travaux préparatoires du règlement n° 17 montrent que le texte qui a fait l'objet d'un avis favorable du Parlement contenait une disposition semblable à celle qui figure à l'article 24. L'exception d'illégalité que la requérante soulève contre cet article n'est donc pas fondée.

3. Une autre exception d'illégalité est soulevée par la même requérante, mais cette fois contre l'article 9, paragraphe 1, du règlement 99/63, aux termes duquel « il est procédé aux auditions par les personnes que la Commission mandate à cet effet ». Cette disposition violerait le principe général de la continuité dans la composition de l'organe administratif saisi d'une affaire susceptible de donner lieu à une sanction.

Mais un principe aussi rigide existe-t-il dans un domaine qui relève surtout de l'organisation pratique? On peut en douter. L'instruction d'une affaire administrative — surtout lorsqu'elle est aussi complexe que celle qui nous occupe — suppose nécessairement la collaboration d'un certain nombre de fonctionnaires, agissant tantôt seuls, tantôt en équipe. Il n'est pas possible de l'extérieur de délimiter le travail de chacun, ni d'exiger que chacun participe à l'ensemble des travaux. C'est affaire d'organisation interne des services qu'il appartient à la Commission de fixer dans le cadre de ses responsabilités. Et il en est ainsi, alors même que la procédure engagée est susceptible de donner lieu à

des amendes, car elle n'en garde pas moins un caractère administratif.

4. Chemiefarma invoque encore la violation d'un principe général de droit selon lequel l'organe administratif, chargé d'une procédure, aurait l'obligation de corriger en commun avec les intéressés les imprécisions, de « faire compléter les arguments insuffisants » et de permettre aux intéressés d'être entendus sur tous les éléments essentiels de l'affaire. Or, en l'espèce, faute d'avoir tenu compte des observations faites par la requérante dans sa réponse à la communication des griefs, la Commission aurait laissé subsister dans sa décision un certain nombre d'inexactitudes qu'énumère Chemiefarma.
Si cette dernière entend reprendre sous une autre forme le moyen tiré de la violation des droits de la défense, il suffit de lui répondre que ceux-ci n'ont pas été méconnus. S'il subsiste, malgré cela, des inexactitudes dans la décision attaquée, ce n'est plus la régularité de la procédure, mais le fond même qui est en jeu, et il vous appartiendra de voir si sa validité s'en trouve affectée.

B — Procès-verbal de l'audition des parties

Aux termes de l'article 9,4 du règlement n° 99/63 : « Les déclarations essentielles de chaque personne entendue sont consignées dans un procès-verbal qui est approuvé par elle après lecture. »
En fait, lors des auditions des 11 et 12 février 1969, il a été admis que le procès-verbal serait rédigé et envoyé après coup aux intéressés pour rectification éventuelle et approbation. Il n'a été adressé aux entreprises que le 10 juin, avec prière de faire parvenir leurs observations dans un délai de 3 semaines : Buchler a respecté ce délai, Boehringer a obtenu une prorogation jusqu'au 7 juillet, Nedchem n'a pas réagi.
C'est cependant celle-ci qui, dans le recours 41-69 reproche à la Commission d'avoir méconnu l'article 9,4 du règlement en laissant s'écouler un laps de temps trop long entre l'audition et l'envoi du procès-verbal, en ne lui donnant qu'un délai insuffisant pour présenter ses observations et en omettant de s'assurer de son accord sur le texte. Quelles que soient les difficultés qu'ait pu présenter la rédaction du projet de procès-verbal, on est en droit de s'étonner qu'elle ait nécessité quatre mois, mais il n'y a dans ce retard rien qui puisse préjudicier aux droits des intéressés. Cela dit, le délai de trois semaines accordé pour y apporter des rectifications apparaît suffisant. La requérante qui n'a ni proposé d'amendement, ni demandé pour ce faire une prolongation du délai, comme l'a fait Boehringer, est mal fondée à se plaindre de l'insuffisance du temps qui lui était donné et à reprocher à la Commission de ne pas s'être assurée de son accord.
La même requérante fait remarquer en outre que le texte de ce procès-verbal ne lui a été communiqué qu'en allemand et en français, mais non dans sa langue nationale, le néerlandais, d'où une violation du principe de l'égalité des langues qui résulte de l'article 217 du traité et du règlement n° 1 du Conseil.
Sur ce point, la Commission plaide coupable. Elle reconnaît avoir, par inadvertance, commis une erreur qu'elle aurait réparée si l'entreprise la lui avait signalée. Mais cette erreur n'a pas, d'après elle, empêché la requérante de prendre connaissance de façon suffisante de la version allemande du projet de procès-verbal et n'a donc pas altéré son droit de recours. Cette opinion paraît d'autant plus fondée que la règle invoquée par Chemiefarma n'est pas d'ordre public, et qu'en ne demandant pas que lui fût communiquée une version en langue néerlandaise, la requérante a implicitement renoncé à s'en prévaloir. Le moyen doit donc être écarté.

C — Procédure devant le Comité consultatif

Cet organisme, institué par l'article 10 du règlement n° 17 en vue d'assurer la

liaison avec les autorités des États membres, doit être consulté préalablement à la plupart des décisions prises par la Commission dans le domaine des articles 85 et suivants, en particulier avant que soient infligées des amendes. Il est composé de fonctionnaires compétents en matière d'ententes et de positions dominantes, chaque État désignant un fonctionnaire qui le représente et qui peut être remplacé en cas d'empêchement. Il est consulté au cours d'une réunion commune sur l'invitation de la Commission et au plus tôt 14 jours après l'envoi de la convocation. A celle-ci doivent être annexés un exposé de l'affaire avec indication des pièces les plus importantes et un avant-projet de décision pour chaque cas à examiner. Le résultat de sa consultation fait l'objet d'un compte rendu écrit qui est joint au projet de décision mais n'est pas rendu public.

Chemiefarma, qui voit dans le Comité consultatif une « institution obscure et hybride », émet des doutes sur le point de savoir si les dispositions prévues assurent des garanties juridiques suffisantes (il n'y a par exemple aucune garantie d'unité et de continuité dans sa composition). Il ne semble pas cependant qu'elle soutienne formellement qu'en raison de son caractère insuffisant l'article 10 serait entaché d'illégalité.

En revanche, les trois requérantes sont d'accord pour soutenir qu'en fait l'avis a été émis par un Comité insuffisamment informé :

— parce qu'il n'a pas eu entre les mains le procès-verbal définitif des auditions, mais seulement un procès-verbal provisoire qui aurait nécessité des modifications substantielles (recours 41-69, 44-69 et 45-69);

— parce que l'avant-projet de décision qui lui était soumis n'aurait pas indiqué le montant des amendes envisagées (recours 41-69 et 45-69);

— parce qu'il n'a pas disposé d'un délai suffisant pour étudier l'affaire dont il était saisi (recours 41-69).

Aussi les parties ont-elles demandé qu'il fût enjoint à la Commission de présenter le dossier complet soumis au Comité consultatif. Vous avez renoncé à cette production après que l'agent de la défenderesse eut énuméré les pièces qui le composaient, mais, sur votre invitation, il a indiqué par la suite dans quelles conditions l'organisme saisi a eu connaissance du montant des amendes envisagées. Nous aurons à apprécier la valeur des justifications apportées.

La Commission estime que ce moyen ne peut être pris en considération parce que le Comité consultatif est destiné à assurer la liaison avec les États membres et non à garantir aux entreprises la protection de leurs droits. Les requérantes ne seraient donc pas habilitées à attaquer la procédure suivie devant le Comité, « cela étant de la compétence exclusive de celui-ci ». L'objection n'est pas pertinente, ne serait-ce que parce qu'on ne voit pas comment cet organisme pourrait attaquer une décision prise à l'encontre d'une entreprise au motif qu'il aurait été irrégulièrement consulté. On ne peut exclure au contraire que, lorsqu'une formalité de procédure où la consultation d'un organisme est prévue par un texte avant que soit prise une décision, l'omission ou l'accomplissement irrégulier de la formalité puisse constituer dans certains cas une violation des formes substantielles entachant la validité de la décision.

En l'espèce, cependant, le moyen n'apparaît pas fondé.

— Il n'est pas contesté d'abord que le Comité consultatif n'a eu à sa disposition qu'un texte provisoire de procès-verbal, qui ne comportait pas les modifications proposées par Buchler et Boehringer; mais ce fait ne constituerait un vice de procédure de nature à réagir sur la décision attaquée que si la version soumise au Comité pouvait donner à celui-ci une vue inexacte des déclarations des intéressés. Tel n'a certainement pas été le cas. Lors de l'audience, l'agent de la Commission vous a indiqué à titre d'exemple les rectifications qui avaient été demandées par Buchler; elles sont de peu d'impor-

tance. Vous avez au dossier le projet de procès-verbal et le procès-verbal définitif qui comporte toutes les modifications qui avaient été demandées par les diverses entreprises. La comparaison de ces deux documents montre que, s'il y avait dans le texte primitif d'inévitables erreurs de détail, elles ne touchent pas la substance. Or, d'après l'article 9,4 du règlement 99/63, ce qui doit être consigné au procès-verbal, ce sont les « déclarations essentielles » des personnes entendues. Le Comité consultatif n'a donc pas été inexactement informé sur ce point.

— Qu'en est-il d'autre part des informations dont le Comité a disposé sur le montant des amendes envisagées? La Commission n'avait abordé cette question dans les mémoires qu'en termes enveloppés, affirmant qu'elle avait choisi une procédure qui évitait que ce montant ne fût divulgué trop tôt. Ses dernières productions permettent de se faire une vue plus précise de la situation.

En même temps que l'avant-projet de décision adressé le 30 mai 1969, qui mentionnait les critères servant à différencier l'importance des amendes à infliger, mais non le montant de celles-ci, les membres du Comité ont reçu une lettre leur communiquant la proportion approximative des amendes prévues pour les différentes entreprises, et les informant que le montant chiffré serait précisé verbalement lors de la réunion du 23 juin. C'est effectivement ce qui fut fait. Des extraits du compte rendu de la consultation indiquent le montant global des amendes envisagées, auquel il suffisait d'appliquer la clé de répartition figurant dans la lettre du 30 mai pour obtenir le chiffre proposé pour chacune des entreprises en cause, chiffre qui fit d'ailleurs l'objet de remarques critiques de la part d'un membre du Comité. Il est ainsi établi que cet organisme a eu connaissance, sinon par l'avant-projet de décision, du moins par des informations écrites et verbales du montant de l'amende envisagé à ce stade de la procédure pour chacune des entreprises.

On peut se demander si le secret que voulait préserver la Commission était à ce point indispensable qu'il fût nécessaire d'employer des procédés aussi compliqués; ce qu'il faut admettre en revanche, c'est que le Comité a pu se prononcer en connaissance de cause. Nous voulons bien croire avec les requérantes que l'élément le plus important d'une décision telle que celle de l'espèce est le montant de l'amende infligée, qui doit être fonction de la durée et de la gravité de l'infraction reprochée. Sur ces deux aspects de la question, l'avant-projet de décision exposait le point de vue de la Commission, et l'annexe jointe le matérialisait par une clé de répartition fixant la responsabilité imputée respectivement à chacune des entreprises. Dès ce moment, les membres du Comité consultatif étaient en mesure de se préparer à prendre parti sur le fond de l'affaire et, à moins de mettre en doute leurs capacités, il faut penser qu'en fonction des éléments dont ils disposaient déjà, ils ont pu se prononcer en connaissance de cause sur l'amende proposée, alors même que le montant chiffré de celle-ci ne leur a été indiqué qu'en séance.

— Enfin, les considérations qui précèdent, jointes au fait que le délai de 14 jours qui doit s'écouler entre la convocation du Comité et sa réunion a été largement respecté, permettent d'écarter l'objection de Chemiefarma selon laquelle l'organisme consulté n'aurait pas eu le temps d'étudier convenablement l'affaire.

Quel que soit l'aspect sous lequel ils sont présentés, les griefs dirigés contre la régularité de la procédure devant le Comité consultatif nous paraissent donc devoir être rejetés.

D — Conditions d'adoption de la décision par la Commission

Celle-ci s'est prononcée le 16 juillet 1969, après qu'une communication lui ait été faite sur l'affaire par le Commissaire chargé des questions de concurrence, mais sans avoir entendu les intéressés.

Boehringer, et plus nettement encore Buchler, posent la question de savoir si la garantie des droits fondamentaux d'une personne menacée de sanctions aussi graves n'exige pas que l'audition ait lieu en présence de ceux qui doivent décider de l'amende. S'il faut voir là l'énoncé d'un moyen qui reviendrait à contester la légalité de l'article 9, paragraphe 1, du règlement 99/63, on peut répondre qu'aucun principe n'exige cette audition personnelle.

Les mêmes requérantes contestent en outre la régularité de la décision du fait que la Commission n'aurait été qu'insuffisamment informée : ses membres n'auraient pas eu entre les mains le procès-verbal définitif — mais nous avons dit plus haut qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte de ce fait — et l'ensemble du dossier ne leur aurait pas été communiqué.

La défenderesse n'a pas tort de souligner le caractère inéluctable de la division du travail dans un organisme collégial — et non juridictionnel — tel que la Commission. Pour que celle-ci ait été en mesure de prendre valablement sa décision, il faut et il suffit que chacun de ses membres ait été informé de manière complète des éléments essentiels de l'affaire — à cela répondaient la note introductive et la communication verbale du Commissaire chargé de la concurrence — et que l'ensemble du dossier lui soit accessible. C'est ainsi qu'il a été procédé en l'espèce, et le grief ne peut donc être retenu.

E — Moyens portant sur la motivation de la décision

1. Boehringer, qui voyait dans l'insuffisante précision de l'exposé des griefs une violation de l'article 19, paragraphe 4, du règlement n° 17, formule à l'égard de la décision attaquée la même critique qu'elle fonde cette fois sur l'article 190 du traité. Nous pensons qu'elle appelle la même réponse. Il suffit en effet pour que soit respecté l'article invoqué que les motifs indiquent de façon suffisamment précise les faits qui constituent les infractions reprochées; or, la lecture de la décision, qui suit d'ailleurs de très près l'exposé des griefs, montre qu'il en est bien ainsi en l'espèce; le moyen ne peut donc être retenu.

2. Chemiefarma invoque également contre la décision de la Commission la violation des formes substantielles et formule à ce sujet plusieurs griefs.

— Elle reproche d'abord à cette décision d'avoir omis de répondre à des parties importantes des observations qu'elle avait présentées à la suite de la communication des griefs, spécialement sur les caractéristiques particulières du marché des produits pharmaceutiques et sur le défaut d'objet de la protection territoriale.

Si, en vertu de l'article 190 du traité, la Commission doit motiver ses décisions, les exigences de cet article sont satisfaites d'après votre jurisprudence, lorsque les motifs indiquent de façon claire et cohérente les considérations essentielles de fait et de droit sur lesquelles s'appuie la décision, sans que l'auteur de l'acte soit tenu de reprendre tous les points qui ont été discutés au cours de la procédure administrative.

En l'espèce, l'entente concernait uniquement le commerce des produits de base — quinine et quinidine — servant à la fabrication de produits pharmaceutiques, et non celui des spécialités pharmaceutiques; il n'y avait donc pas à mentionner des éléments étrangers au litige. Quant à la protection territoriale, la lecture de la décision montre que celle-ci comporte l'exposé des raisons sur lesquelles s'appuie la Commission pour reprocher aux membres de l'entente d'avoir procédé à une répartition des marchés nationaux.

— Elle soutient d'autre part que les motifs de la décision sont entachés de contradictions en ce qui concerne notamment la compensation des quantités et l'échange de chiffres d'exportation, mais il s'agit là d'une simple allégation que rien ne vient expliciter d'une

façon claire et qui ne peut donc être retenue.
— Elle reproche enfin à la Commission de se borner sur certains points à affirmer sans justifier ses affirmations. Il en serait ainsi par exemple de l'allégation selon laquelle l'entente aurait présenté des inconvénients pour les acheteurs, mais il s'agit là d'un fait qui n'entre pas en ligne de compte dans la décision attaquée. Lorsque par ailleurs Chemiefarma soutient que la référence à la convention additionnelle de décembre 1964 ne suffit pas à établir qu'il y avait encore à cette époque une politique commune des prix, elle soulève là un point contesté entre les parties, qui se rapporte étroitement à l'existence de l'infraction reprochée et qui ne peut donc être utilement traité que lors de l'examen du bien-fondé de la décision.

3. La même requérante soutient encore que la décision attaquée diffère sur certains points de l'exposé des griefs, et elle voit là une violation de l'article 4 du règlement n° 99/63. Si, d'après cet article, la Commission ne peut retenir dans sa décision que les griefs au sujet desquels les entreprises ont eu l'occasion de faire connaître leur point de vue, il n'en résulte pas que cette décision doive reproduire exactement l'exposé originaire. Elle ne peut certes relever des infractions différentes de celles que contenait celui-ci, mais elle peut les présenter différemment pour tenir compte des aspects révélés par la discussion qu'il a ouverte. En l'espèce, la comparaison des deux documents montre que la décision ne comporte pas de différence essentielle par rapport à l'exposé des griefs, qu'en tout cas, si elle abandonne certains griefs d'abord retenus, elle ne contient aucun grief qui n'ait déjà figuré dans l'exposé. Le moyen doit donc être écarté.

4. On peut enfin rattacher à ce moyen de violation des formes substantielles le grief fait par Chemiefarma à la décision attaquée d'avoir violé un principe général de droit selon lequel l'attention des justiciables doit être attirée sur les possibilités de recours et sur les délais impartis à cette fin, ce qui n'a été fait ni dans la décision elle-même, ni dans la lettre qui l'accompagnait.
Sans doute suffirait-il de répondre à la requérante que, puisqu'elle a introduit son recours dans les délais, elle est sans intérêt à soulever ce moyen; mais nous pensons qu'il est préférable de trancher complètement la question. Si la règle invoquée existe en Allemagne, elle n'est pas connue de façon générale dans les autres États membres; on ne peut donc la considérer comme un « principe général » qui serait applicable en droit communautaire en l'absence de texte.

III — L'existence d'une infraction à l'article 85, paragraphe 1

Après ces explications un peu longues, nous pouvons maintenant aborder le point central du débat : les accords qu'ont passés les requérantes et la coopération qu'ils ont fait naître entre elles constituent-ils des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 85, paragraphe 1?
Il faut, pour en décider, indiquer les domaines dans lesquels devait jouer cette coopération à l'intérieur du marché commun, préciser les accords conclus, et voir quelles en étaient la portée et la nature.
Nous aurons ensuite à examiner si l'entente, une fois instaurée, s'est maintenue entière et sur tous les points jusqu'au mois de février 1965, comme le dit la Commission, ou si, au contraire, elle a disparu ou s'est modifiée, totalement ou partiellement, et, le cas échéant, à quelle date.

A — L'exposé très complet fait par le rapport d'audience des divers aspects que présentait l'entente nous permettra de ne rappeler ici que l'essentiel. Il faut cependant souligner tout de suite la complexité du réseau d'accords passés

entre les membres de cette entente et l'extrême solidité des liens qui existaient ainsi entre eux.

1. A l'origine, on trouve un accord d'exportation pour la quinine et la quinidine passé en juillet 1959 entre Boehringer et Nedchem, qui exclut formellement de son champ d'application les pays du marché commun. A cet accord Buchler vient s'agréger en mars 1960; puis, le 7 avril 1960, est conclu entre les trois requérantes d'une part, les entreprises françaises et les deux entreprises anglaises d'autre part, un accord qui règle les conditions d'adhésion, en ce qui concerne la quinine, des entreprises françaises et anglaises à l'accord précédent. Celui-ci, qualifié de convention d'exportation (Export Agreement) est publié. Mais le même jour la réunion des membres de l'entente approuve le texte de deux gentlemen's agreements, conclus respectivement entre les requérantes et le groupe français d'une part, et, d'autre part, soit Carnegies, soit Lake and Cruickshank. Ils étendent à l'ensemble des ventes à l'exportation, donc à celles à destination des pays du marché commun, les clauses de la convention d'exportation. Leur contenu est identique, ce qui fait que nous parlerons désormais du gentlemen's agreement. Ils sont écrits, datés du 9 avril 1960, mais non signés, et surtout ils restent secrets. Par la suite, pour mettre à exécution ces accords, les entreprises ont été conduites, soit dans leurs réunions communes, soit par échange de lettres, à en passer d'autres, par exemple pour fixer en commun la date et l'importance des hausses de prix. Il faut ajouter enfin que, non plus dans le domaine des ventes, mais dans celui des achats, les entreprises ont passé des accords relatifs à l'achat en commun d'écorce de quinquina (« bark pool ») et à l'achat de quantités de quinine provenant des réserves stratégiques américaines (« stockpile agreement »).

2. Quant aux points sur lesquels l'entente entre les entreprises serait contraire aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1, la Commission en relève quatre qui, tous, trouvent leur origine directe ou indirecte dans la convention d'exportation et dans les gentlemen's agreements.

— Le premier point est la politique des prix. En vertu de la convention, les prix à l'exportation de la quinine et de la quinidine devaient être fixés par un vote à la majorité. Ce système s'est trouvé étendu par le gentlemen's agreement aux exportations à destination du marché commun. Vous savez qu'en outre ont été établies des « directives » pour préciser et uniformiser les modalités de calcul des prix, les conditions de livraison et de paiement, les renseignements à fournir par les membres de l'entente sur les quantités vendues et les recettes réalisées. En conséquence de quoi furent établis jusqu'à la fin de 1964 des barèmes uniques, communs à tous.

— En second lieu vient la répartition du marché par l'attribution de quotas d'exportation et l'institution d'un mécanisme de compensation. L'accord du 7 avril 1960 attribue, en ce qui concerne la quinine, un quota à chaque membre. Pour la quinidine au contraire, que se sont réservée les trois requérantes, elles conservent les quotas qui résultaient de l'accord passé entre elles le mois précédent. Ces quotas ont été étendus à l'ensemble des ventes à l'exportation par l'effet du gentlemen's agreement. Il en fut de même de la règle qui permettait à l'entreprise ayant livré moins que son quota d'offrir à celle qui avait dépassé le sien de lui vendre la quantité correspondante à un prix déterminé. L'existence de deux accords, l'un officiel et l'autre secret, rendait difficile le fonctionnement d'un mécanisme de compensation; le problème fut résolu de la façon décrite dans la « Note about the equalization » du 19 février 1960. Chaque membre devait communiquer périodiquement à Nedchem la valeur et le volume de toutes les ventes effectuées par lui au cours de la période de

référence d'une part, de toutes les ventes visées par la convention d'exportation d'autre part. Nedchem calculait les quantités à compenser pour chacune de ces deux catégories d'opérations et la compensation effective avait lieu sur la base du gentlemen's agreement.

— Le troisième point sur lequel porte l'entente est la protection des marchés nationaux au profit des fabricants de ces pays. Le principe avait été soutenu avec insistance par les entreprises françaises au cours des négociations qui avaient précédé leur adhésion; il fut accepté et, lors de la réunion des membres de l'entente du 2 mars 1960, le représentant de Nedchem fit même adopter les modalités selon lesquelles cette protection pourrait être assurée sans exposer à des curiosités indiscrètes de la part des autorités chargées de la concurrence.

— Enfin, dernier aspect des accords passés entre les divers participants : dans le gentlemen's agreement les entreprises anglaises se sont engagées à ne pas produire de quinidine, et les entreprises françaises ont pris le même engagement pour la production de quinidine synthétique.

Le rappel des points sur lesquels a porté l'entente montre l'étroite liaison qui existait entre la convention d'exportation et le gentlemen's agreement. Dans le temps d'abord : un premier accord sur les exportations passé en 1958 entre les trois requérantes s'étendait au marché commun, et ce n'est qu'en raison des représentations du Bundeskartellamt que l'accord de 1969 a reçu un champ d'application plus restreint, mais aussitôt ont commencé les études pour réaliser les intentions premières par la voie plus discrète du gentlemen's agreement. Les négociations pour l'établissement de celui-ci se sont poursuivies parallèlement aux discussions sur l'adhésion à la convention d'exportation des entreprises françaises et anglaises. Liaison dans le fond aussi, puisque le gentlemen's agreement avait précisément pour objet d'étendre les diverses clauses de cette convention aux exportations à destination des territoires qu'elle ne pouvait légalement atteindre, et liaison si forte que, d'après les propres termes du gentlemen's agreement, la non exécution de celui-ci constituait aussi par elle-même une rupture des accords officiels; on sait le parti que Nedchem a tenté de tirer de cette clause en novembre 1962.

Deux questions se posent alors.

3. En premier lieu, faut-il considérer le gentlemen's agreement comme un accord, ce que fait la décision attaquée — ou comme une pratique concertée? Bien que l'un et l'autre soient visés par l'article 85 du traité, la distinction n'est pas sans intérêt, au moins sur le terrain de la preuve de l'infraction. En effet, en vertu de l'arrêt Grundig (56 et 58-64, Recueil XII-1966, p. 496), lorsqu'il apparaît qu'un accord a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence, il n'y a pas, aux fins de l'application de l'article 85, à prendre en considération ses effets concrets. Il en est sans doute autrement pour une pratique concertée, laquelle, dans l'opinion dominante, suppose que la concertation se traduise concrètement de sorte qu'il faut établir à la fois un comportement de fait des intéressés et d'autre part l'existence d'un lien entre ce comportement et un plan préétabli.

Pour considérer le gentlemen's agreement du 9 avril 1960 comme un accord au sens de l'article 85, paragraphe 1, la décision attaquée se fonde sur ce qu'en dépit de sa dénomination insuffisamment précise, il prévoit expressément par écrit des dispositions obligatoires pour les parties concernant leur comportement sur le marché. Même si nous attachons moins d'importance que la Commission au fait que soit prévue la possibilité de régler les litiges dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, la reconnaissance du caractère obligatoire du gentlemen's agreement se trouve nettement exprimée dans la clause qui stipule que sa violation constitue ipso facto une violation de la convention

d'exportation. Il est dit dans la « Note about the equalization » du 19 février 1960 que le premier de ces actes l'emporte sur le second; il serait paradoxal dans ces conditions de lui refuser la même nature. On ajoutera que la jurisprudence du Bundeskartellamt tend à considérer des « arrangements » de ce type comme de véritables accords au sens de la législation de la concurrence.
Nous considérons donc le gentlemen's agreement comme un véritable accord qui a pour objet, de toute évidence, de restreindre la concurrence.

4. La seconde question est également délicate : il s'agit de savoir si les liens qui existent entre la convention d'exportation et le gentlemen's agreement ont pour conséquence de faire tomber la première sous le coup de l'article 85, paragraphe 1. Les requérantes le contestent. Elles reprochent à la Commission — c'est plus particulièrement le fait de Boehringer — de ne pas avoir considéré séparément des actes et des situations différentes, alors surtout que, d'après l'arrêt Grundig, l'infraction ne peut être constatée que dans les seuls éléments de l'accord frappés par l'interdiction. Cela vaudrait, à plus forte raison, lorsque l'on se trouve en présence de deux accords distincts, de contenu et de portée différents. A supposer qu'il y ait eu des faits punissables dans le gentlemen's agreement dans la mesure où il étendait au marché commun des clauses de la convention d'exportation, celle-ci, en tant que telle, échappait en tout cas à l'article 85, paragraphe 1. En toute hypothèse, les entreprises la tenaient pour licite, ce qui fait qu'elles ne contrevenaient pas de propos délibéré à l'interdiction.
Laissons de côté pour le moment ce dernier aspect qui a trait à l'amende. Pour le reste, la Commission rejette avec énergie la thèse des requérantes et refuse de considérer séparément la convention d'exportation en raison du lien indissoluble existant entre les différents accords qui ne différaient que par la forme. Le système, dit-elle, était tout d'une pièce; elle n'avait donc d'autre solution que de considérer les accords comme des éléments d'un ensemble élaboré intentionnellement et de constater également à propos de la convention d'exportation qu'elle tombait sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1. Elle ajoute que les entreprises participant à l'entente internationale de la quinine représentaient ensemble 70 % de la production mondiale et que la proportion des exportations à destination des pays tiers dans les ventes totales était très forte; l'entente ne serait donc pas comparable aux accords qui ont fait antérieurement l'objet d'attestations négatives comme ne restreignant pas sensiblement la concurrence à l'intérieur du marché commun.
Le gentlemen's agreement est à proprement parler incompréhensible si on ne le rapproche pas de la convention d'exportation; la Commission ne pouvait donc examiner l'un sans examiner l'autre. S'ensuit-il que cette convention pouvait faire l'objet de la constatation prévue à l'article 85, paragraphe 1, et être frappée d'interdiction? C'est plus douteux, mais on peut l'admettre. Non pas tant en raison de la part considérable de la production mondiale que représentent les entreprises participant à l'entente, car s'il n'est pas exclu qu'un accord d'exportation vers les pays tiers puisse avoir des répercussions à l'intérieur du marché commun, la Commission ne tente pas de démontrer qu'il en est ainsi en l'espèce; mais en raison de l'évidente filiation entre les deux accords, de l'ensemble indivisible qu'ils constituaient. Si l'arrêt Grundig auquel se réfèrent les requérantes a annulé pour partie la décision d'interdiction, c'est parce que la situation reconnue incompatible avec l'article 85, paragraphe 1, ne résultait pas « de l'action conjuguée de toutes les clauses de l'accord et de l'effet global de celui-ci ». Il a bien fallu ici la conjugaison des deux accords pour aboutir à la situation sanctionnée par la décision attaquée.
On pouvait relever dans une publication

récente et sous une plume particulièrement autorisée la remarque suivante : « Les expériences faites par le Bundeskartellamt avec le cartel international de la quinine incitent en outre à s'assurer que les cartels internationaux à l'exportation notifiés ne soient pas utilisés comme cadres pour de plus amples restrictions illégales » [1]. C'est parce que la convention a été le *cadre* dans lequel est venu se placer le gentlemen's agreement qu'il ne nous paraît pas anormal qu'il soit l'objet du même traitement.

B — Ainsi se présentait à l'origine la coopération entre les entreprises au sein de l'entente internationale de la quinine. Toutefois, si les requérantes admettent que le gentlemen's agreement était contraire aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1, si elles ne contestent pratiquement pas qu'il était encore appliqué le 13 mars 1962, date prise en considération pour la fixation des amendes, elles soutiennent en revanche qu'il y a été mis fin expressément et définitivement à la réunion du 29 octobre 1962, qu'après une interruption quasi totale la convention d'exportation elle-même a été mise « en sommeil » lors de la réunion du 14 octobre 1963, et n'a été appliquée en 1964 que de façon sporadique, que si des déclarations d'octobre et novembre 1963 ont garanti de nouveau la protection des marchés nationaux, il s'agit tout au plus d'une pratique concertée qui n'a entraîné aucune restriction sensible de la concurrence, car la pénurie de matières premières excluait à cette époque toute possibilité supplémentaire de livraison. La Commission conteste au contraire qu'il ait été mis fin au gentlemen's agreement, tout au plus a-t-il été mis en sommeil comme la convention d'exportation, et s'il fallait admettre que, du fait de cette mise en sommeil, on ne se trouve plus en présence que d'une pratique concertée, les entreprises ne s'en seraient pas moins entendues pour que leur comportement respectif restât conforme aux accords. En bref, la décision attaquée considère que, sur les quatre points que nous avons indiqués, la politique de l'entente est restée inchangée jusqu'au début de février 1965.

1. Il faut donc examiner si et comment l'entente a évolué. Toute la controverse, amorcée dans la procédure écrite et poursuivie à la barre, repose sur des interprétations contradictoires des procès-verbaux des réunions de l'entente et de la correspondance de ses membres en 1962-1963. Avant de retracer cette discussion, nous voudrions rappeler le contexte dans lequel se déroulaient les événements.

Sur le plan général, l'entrée en vigueur du règlement n° 17 imposant la notification avant le 1er novembre de certains accords nécessitait des choix difficiles. Fallait-il ne rien faire et accepter le risque d'amende, ou mettre fin à l'entente, ou notifier certains accords, et, si oui, lesquels? Après une consultation demandée à un spécialiste sur l'initiative d'un membre français, les juristes des entreprises se concertèrent et l'affaire fut discutée à la réunion de l'entente du 21 septembre 1962, puis à celle du 29 octobre. Mais il se posait aussi des problèmes internes dus à des oppositions d'intérêts : certains membres réclamaient l'augmentation de leur quota, tandis que Nedchem et Boehringer se heurtaient sur les conditions d'établissement d'un nouveau bark-pool.

Le moins que l'on puisse dire est que l'analyse faite par la décision attaquée (n° 10) de la réunion du 29 octobre 1962 est une interprétation très libre du procès-verbal qui figure au dossier. Il est bien exact que, comme le dit la Commission, la réunion se divisa en deux parties : au cours de la première, consacrée aux questions juridiques, on

1 — Kurt Markert : L'application de la loi contre les restrictions à la concurrence aux restrictions internationales à la concurrence, in : *Zehn Jahre Bundeskartellamt*, p. 224.

discuta en particulier de l'impossibilité de soumettre aux autorités communautaires le gentlemen's agreement, de l'éventualité d'un abandon de l'export agreement contre lequel se prononcèrent notamment Nedchem et le groupe français, et le procès-verbal résume ainsi les conclusions de cette partie : « After a discussion it proves that the export agreement is not cancelled, that all members intend to live in accordance with the gentlemen's agreement and that the meeting hopes to reach an understanding on a new purchase agreement »[1].

Restait à élaborer les clauses de cet accord. C'est ce qui fut impossible en raison de l'opposition des points de vue entre Nedchem et Boehringer; le premier soupçonnait le second de vouloir garder intégralement la disposition de ses approvisionnements du Congo et posait comme condition préalable de la conclusion la suppression de l'interdiction d'exporter l'écorce — interdiction qui favorisait Pharmakina, filiale congolaise de Boehringer. L'atmosphère s'envenima plus encore lorsque Cruickshank, soutenu par Boehringer, demanda la révision des quotas, à laquelle s'opposèrent Buchler, le groupe français et Nedchem.

Le procès-verbal résume la conclusion de cette deuxième partie dans les termes suivants : « A general discussion follows in view of the opposing standpoints in particular as regard quota revision. It is found that no useful purpose would now be served by the lawyers drawing up a purchase agreement and the bark-pool has come to an end. Therefore the original intention to live according to the gentlemen's agreement cannot be kept. Nobody however proposed to cancel the export cartel, apart from this all are free »[2].

La Commission estime que « ces déclarations imprécises... ne permettent pas de formuler une conclusion certaine », ce qui signifierait que rien n'a été changé au gentlemen's agreement. Elles nous paraissent au contraire aussi précises que contradictoires, et puisqu'elles traduisent les conclusions de deux discussions qui se sont succédé, la seconde doit logiquement l'emporter sur la première. La défenderesse a plus ou moins nettement laissé entendre à l'audience que ce procès-verbal avait été rédigé par Nedchem selon ses intérêts et qu'il avait cherché à intimider ceux qui demandaient la révision des quotas en menaçant de mettre un terme au gentlemen's agreement. C'est une supposition gratuite, et l'on peut se demander alors pourquoi Nedchem n'aurait pas « aménagé » aussi la première partie pour atténuer la contradiction qu'elle présentait par rapport à la seconde. Enfin, la Commission a cherché à appuyer sa thèse sur un échange de correspondance de Nedchem avec Boehringer et Lake and Cruickshank au cours des semaines suivantes. Dans une lettre circulaire du 2 novembre, Nedchem soutenait que ses deux partenaires avaient violé le gentlemen's agreement et par voie de conséquence la convention d'exportation. Il n'était donc pas exact pour lui de dire à la fin de la réunion du 29 octobre qu'il ne serait plus tenu compte du premier, mais que la seconde resterait valable. Quant à Lake and Cruickshank, il reprochait encore à Nedchem, au milieu du mois de novembre, d'avoir violé le gentlemen's agreement en pratiquant le 5 novembre une baisse de prix en Grande-Bretagne. Mais cet échange de griefs, énoncés dans une intention polémique, nous paraît présenter encore moins de

1 — Il résulte de la discussion qu'il n'est pas mis fin à la convention d'exportation, que tous les membres entendent se conformer au gentlemen's agreement et que l'assemblée espère aboutir à un nouvel accord sur les achats (d'écorce).

2 — Suit une discussion sur les points de vue en présence, en particulier sur la révision des quotas. Il est établi que le projet d'accord préparé par les juristes est maintenant dépourvu de sens et que le bark-pool est venu à expiration. Par conséquent l'intention initiale de poursuivre l'exécution du gentlemen's agreement ne peut être maintenue. En revanche, personne ne propose de supprimer la convention d'exportation. A part cela, tout le monde est libre.

garantie de sincérité que le procès-verbal de la réunion. Aussi bien l'usage était-il d'envoyer ce document aux membres de l'entente pour qu'ils puissent y apporter leurs rectifications dans la quinzaine, et le dossier montre qu'ils l'ont fait parfois. Il ne nous a jamais été dit que l'un d'entre eux avait protesté contre ce qui était présenté comme une décision unanime; nous considérons donc qu'il n'y a pas de raison de douter de l'exactitude de cette déclaration.
Ajoutons que, d'après la décision attaquée (n° 12), on aurait été d'accord, lors de la réunion des membres de l'entente du 14 octobre 1963, pour maintenir la convention d'exportation et les *gentlemen's agreements*, tout en en suspendant l'exécution. Il est certain que ces deux positions ont été adoptées quant à la convention, mais il ne nous paraît aucunement résulter du procès-verbal qu'il en ait été de même pour le gentlemen's agreement.

2. Cela étant, la déclaration qui figure à la fin du procès-verbal de la réunion du 29 octobre 1962 ne nous paraît pas pouvoir être raisonnablement interprétée d'une autre façon que comme impliquant la fin du gentlemen's agreement. Depuis cette date, il n'existe plus formellement d'accord concernant une entente à l'intérieur du marché commun. Si une coopération continue cependant à s'y exercer, comme le soutient la Commission, elle se présente comme une pratique concertée. Il vous appartient donc de rechercher quel a été jusqu'au début de février 1965 le comportement des entreprises dans les quatre domaines qui étaient visés par les accords et que retient la décision. D'après celle-ci, la coopération s'est poursuivie jusqu'à la date indiquée sur les quatre points suivants : la fixation des prix de vente de la quinine et de la quinidine — la répartition des marchés nationaux au profit des producteurs membres de ces pays — la fixation des quotas de livraison et l'existence d'un système de compensation des quantités livrées — enfin les limitations apportées à la fabrication de la quinidine. Ce sont les quatre points que nous devrons examiner successivement.
A vrai dire, ce qui étonne, c'est qu'au stade où est parvenue l'affaire, il subsiste encore autant de controverses, voire d'incertitudes sur les faits. Le débat est resté longtemps cantonné au terrain des principes, et il a fallu les réponses données par la Commission à un certain nombre de questions que vous avez posées et les échanges de notes qui ont suivi pour que la discussion prenne un tour concret. Ce sont pour une large part les pièces produites au cours des dernières semaines qui nous permettront de nous prononcer avec un degré suffisant de certitude.

3. La première infraction aux règles de l'article 85 que la décision impute aux entreprises — celle aussi qui pose les questions les plus délicates — est d'avoir pratiqué jusqu'au début de 1965 une politique commune de prix pour leurs exportations dans certains pays du marché commun où aucune d'elles n'avait son siège : la Belgique, le Luxembourg et l'Italie.
En vertu des dispositions de la convention d'exportation, étendues à toutes les ventes par le gentlemen's agreement, les prix devaient être fixés à la majorité, et pendant la période où la convention était en sommeil il fut convenu que rien ne serait changé unilatéralement. Par la suite, les prix ont été modifiés à deux reprises, le 12 mars et le 28 octobre 1964, par une décision commune.
Ce système, d'après la décision attaquée, a été intégralement appliqué aux pays que nous venons d'énumérer; la Commission refuse de voir dans les augmentations analogues et simultanées des prix des décisions autonomes que leurs auteurs auraient adoptées en raison de leurs intérêts nécessairement identiques en ce qui concerne l'approvisionnement en matières premières car, depuis la cessation du bark-pool, leurs positions sur ce marché étaient divergentes, sinon antagonistes. Les requérantes contestent avoir eu la politique commune qu'on

leur attribue. A vrai dire, elles n'avaient guère réagi au cours de la procédure administrative lorsque la Commission avait énoncé le grief; il a fallu que la défenderesse produise avec la duplique une liste de 72 opérations à destination de ces États, comparant les prix pratiqués avec les prix à l'exportation fixés en commun : dans la quasi totalité des cas, il y avait identité. Par la suite, d'autres listes ont été communiquées par certaines des requérantes.

Vous disposez maintenant de matériaux plus abondants, mais la solution reste cependant délicate pour deux raisons. La première est une question de classification. Pour apprécier si une transaction doit se voir appliquer tel ou tel prix, il faut définir le produit, ses caractéristiques, sa pureté plus ou moins grande; en outre, la quantité expédiée, les modalités d'emballage, peuvent justifier des augmentations ou des réfactions des prix de base, toutes choses qu'il est difficile de juger au cas où l'on ne dispose pas de la facture. La seconde est une question de mesure : à quelles conditions peut-on dire qu'une entreprise ne se conforme pas à un barème de prix? Suffit-il pour cela de quelques cas aberrants ou faut-il au contraire, comme nous serions porté à le croire, des divergences assez nombreuses et que rien ne peut logiquement expliquer?

Quoi qu'il en soit, en réponse aux critiques de la Commission et au tableau joint à la duplique, les requérantes ont adopté l'attitude suivante :

— Chemiefarma s'est bornée à apporter quelques rectifications qui concernaient surtout l'octroi ou le refus de remises.

— Buchler a fourni une liste de 49 livraisons à l'exportation, toutes comprises dans la période octobre 1964 à mars 1965. Sur ces transactions, 36 sont conclues avec des acheteurs de pays tiers et nous paraissent donc hors du débat. Il reste 13 transactions intéressant le marché commun. L'une qui est du mois de mars 1965, doit être écartée en raison de sa date. Une autre comporte un rabais de 10 % par rapport au barème, mais ce rabais était convenu entre les participants. Toutes les autres transactions sont conformes au prix d'exportation.

— Quant à Boehringer, elle a discuté contradictoirement avec la défenderesse une liste de 70 livraisons pour la période allant du 9 avril 1964 au 29 janvier 1965, à l'appui desquelles étaient fournies les factures correspondantes. Nous n'entrerons pas dans le détail de cette discussion pour nous en tenir aux conclusions qui s'en dégagent : pour cinq livraisons seulement, on constate par rapport aux prix à l'exportation vers les pays tiers des écarts importants qui restent inexplicables.

Remarque étant faite qu'aucune des requérantes n'a fait porter la discussion sur une date antérieure à 1964, le nombre des écarts par rapport aux prix d'exportation est assez faible pour que l'on puisse estimer qu'elles ont effectivement, comme le dit la décision attaquée et pour la période qu'elle indique, appliqué les prix fixés en commun aux exportations à destination des pays que nous avons dits.

4. Le second reproche que fait aux entreprises la décision attaquée est d'avoir réservé les marchés nationaux aux fabricants de ces pays. Cette protection fut l'œuvre du gentlemen's agreement, mais elle fut renouvelée dans des lettres échangées en octobre-novembre 1963 entre les membres de l'entente. Si l'on ne veut pas voir dans cette correspondance un accord — qui aurait pour objet de cloisonner les marchés nationaux — elle constitue en tout cas la base d'une pratique concertée. Mais alors il faut répondre à l'objection suivante faite en particulier par Boehringer. Selon elle, ces déclarations n'étaient qu'un simple geste de courtoisie, sans aucune portée réelle, car la situation extrêmement tendue de l'approvisionnement en matières premières rendait impossible tout accroissement des expor-

tations auquel s'opposaient également des obstacles juridiques et psychologiques. A cela la Commission répond que la situation sur le marché des matières premières ne s'est pas essentiellement modifiée, au cours de la période prise en considération pour infliger des amendes, car le fléchissement des exportations d'écorces a coïncidé avec l'achat du stockpile américain; de même le prix d'achat des écorces est resté à peu près stable jusqu'en 1965. Sans doute la requérante s'est-elle appuyée sur des notes internes de 1964 émanant de son département de la quinine pour établir qu'il y avait pénurie grave de matières premières et qu'elle aurait été obligée de contingenter les livraisons de quinine et de quinidine; la Commission lui oppose d'autres notes du même service sensiblement plus optimistes. On admettra que l'approvisionnement pouvait constituer un souci permanent en raison de son irrégularité, mais il n'y avait pas pénurie. D'autre part, les obstacles législatifs et psychologiques allégués ne permettent d'expliquer ni que le volume des échanges soit resté si peu important après octobre 1962, ni que, pour leurs livraisons, les producteurs non nationaux se soient alignés sur les prix intérieurs. Il faut donc admettre que la clause de protection des marchés nationaux a continué à s'appliquer pour la période retenue par la Commission.

5. Le troisième grief retenu par la décision a trait au système des quotas et au mécanisme de compensation qui en est le corollaire.

On connaît le principe et ses conditions de fonctionnement. Le quota, établi à l'origine en fonction des ventes effectuées au cours des trois années précédentes, maintient le rapport des forces tel qu'il existait au moment de la constitution de l'entente, mais en même temps il exclut toute politique individuelle de vente des membres de celle-ci puisqu'ils ne peuvent modifier les uns par rapport aux autres leur position sur les marchés d'exportation.

D'après la décision, ce régime a continué à fonctionner même après 1962 et a joué un rôle déterminant jusqu'au début de 1965. En effet, même pendant la période de « mise en sommeil » des accords en octobre 1963, les entreprises ont continué à communiquer périodiquement les chiffres de leurs ventes, ce qui était la condition nécessaire pour que puisse jouer la compensation des quantités. Sans doute celle-ci ne constituait-elle plus qu'une obligation morale et non une obligation légale, sans doute encore ne jouait-elle pas en fait pendant cette période en raison des conditions du marché, mais elle était toujours susceptible de jouer pour peu que la situation de celui-ci se modifiât.

La Commission s'est cependant déclarée incapable d'établir qu'il y avait eu encore des livraisons de compensation pendant la période litigieuse, mais elle a ajouté que le contraire n'était pas prouvé non plus; ce qui importe, au regard de l'article 85, c'est que la compensation soit garantie, non pas qu'elle se réalise effectivement. Comme il est apparu par la suite qu'après octobre 1962 les seuls décomptes produits visaient les ventes aux pays tiers, la Commission répond qu'ils offrent aux intéressés une idée suffisante du respect ou du non respect des quotas.

Car c'est en définitive ce dernier point qui importe : si les ventes effectuées par chacun des membres se révèlent conformes au quota attribué pendant une période suffisante, on peut supposer que ce fait n'est pas dû au hasard, qu'il révèle l'existence d'une concertation pour maintenir la situation prévue au contrat, et peut-être, de ventes de compensation plus ou moins déguisées.

La Commission a produit à l'audience un tableau des ventes des requérantes destiné à appuyer sa thèse : on prend pour chacune des trois requérantes la part que représentent ses ventes par rapport au total des ventes effectives, et l'on mesure l'écart qu'il y a entre ce pourcentage et le quota qui lui était attribué. Par exemple, pour 1963, les ventes de quinine de Nedchem repré-

sentent 51,7 % du total des ventes effectuées, alors que son quota est de 57,3 %. L'écart est donc de — 5,6 %. Pour Boehringer, les chiffres sont respectivement de 30,8 % et 25,2 %, d'où un écart de + 5,6 %. Pour Buchler, les deux chiffres sont égaux : 17.5 %.
Les calculs faits sur les mêmes bases pour 1964 donnent pour Nedchem : 58,3 % et 57,3 %, écart + 1. Pour Boehringer 23,3 % et 25,2 %, écart — 1,9 %. Pour Buchler 18,4 % et 17,5 %, écart + 0,9 %.
La Commission estime que, compte tenu de ces chiffres qui ne révèlent que de très faibles différences, il faut admettre que le mécanisme a fonctionné et que les quotas ont été respectés.
Nous voulons bien admettre l'exactitude des chiffres ainsi fournis, mais la présentation qui en est faite est fallacieuse : l'écart doit être calculé en pourcentage du quota de chacun et non du total des quotas, comme le fait la Commission. Si, en 1963, les ventes de Boehringer sont de 30,8 % du total des ventes effectives, et son quota de 25,2 %, l'écart par rapport à ce quota, n'est pas de + 5,6 %, il est de + 12 %, ce qui est loin d'être négligeable.
Encore faut-il remarquer que le tableau produit par la Commission ne concerne que les ventes de quinine et que le même calcul effectué par Buchler pour la quinidine donne des écarts beaucoup plus sensibles.
En résumé : au cours de la période litigieuse, les membres de l'entente ne communiquaient que les chiffres des ventes aux pays tiers; il n'est pas établi qu'ils aient effectué entre eux des opérations de compensation; le chiffre de leurs ventes présente dans certains cas des écarts non négligeables par rapport au quota théorique. Il n'est donc nullement établi que les membres de l'entente aient continué à appliquer le système prévu par les accords; aucune infraction à l'article 85, paragraphe 1, ne peut leur être imputée de ce chef.

6. Nous ne mentionnerons enfin que pour mémoire le dernier chef d'infraction reproché aux membres de l'entente : l'interdiction faite aux participants anglais de produire de la quinidine et aux français de produire de la quinidine synthétique. Elle était, s'agissant au moins des entreprises françaises, la contrepartie de la reconnaissance du marché protégé de la quinine et il faut admettre qu'elle a duré autant que cette protection. Elle présentait un intérêt qui n'était pas purement théotique puisque, après la rupture des derniers liens de l'entente, une des entreprises françaises commença à produire de la quinidine synthétique.

7. Il nous paraît donc établi que, mis à part le système des quotas et de la compensation, les requérantes ont continué après la fin du gentlemen's agreement à mettre en œuvre les pratiques restrictives qui avaient été instaurées en 1960 à l'intérieur du marché commun. Il n'y a pas lieu d'ailleurs de s'en étonner puisqu'elles étaient toujours liées entre elles par un certain nombre d'accords. C'est ainsi que les prix qu'elles appliquaient de concert aux exportations à destination de la Belgique ou de l'Italie, elles s'étaient d'abord retrouvées dans les réunions de l'entente pour les fixer.
Que ces pratiques aient été de nature à affecter le commerce entre États membres, c'est ce qui ne paraît guère contestable, en dépit de ce qu'affirme Chemiefarma; la fixation des prix et la protection des marchés nationaux constituaient des entraves aux échanges qui empêchaient les acheteurs de bénéficier du comportement que les entreprises auraient pu adopter si elles ne s'étaient pas liées comme elles l'ont fait.
Qu'elles aient eu également pour effet d'empêcher ou de restreindre la concurrence, cela paraît non moins évident. Il est vrai que Chemiefarma se plaint que la décision attaquée ne permette pas d'établir quelle mesure de concurrence elle estime nécessaire. A cette question un peu théorique on pourrait répondre sous la forme négative qu'il

faut au moins un système qui ne cloisonne pas les marchés et n'impose pas des prix.
Il apparaît donc en définitive que les accords et pratiques concertées que nous avons décrits tombaient sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, du traité.

IV — L'amende

La décision attaquée trouve son fondement dans l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17 aux termes duquel la Commission peut infliger des amendes aux entreprises qui, de propos délibéré ou par négligence, commettent une infraction aux dispositions de l'article 85 du traité. Ce même article précise que, pour déterminer le montant de l'amende, il faut prendre en considération la gravité de l'infraction et sa durée et que les décisions de l'espèce n'ont pas de caractère pénal.

A — On rencontre aussitôt une question délicate, celle de la *prescription* des infractions aux règles de la concurrence. L'article 15 est muet sur ce point, mais les requérantes ont soutenu que le principe existant dans les législations plus ou moins analogues des États membres devait recevoir également application dans le droit communautaire, et la comparaison à laquelle elles se sont livrées de ces diverses législations les a conduites à penser que les infractions reprochées se trouvaient prescrites. La décision attaquée estime au contraire qu'en admettant même le principe, il s'est écoulé entre la fin de l'infraction — février 1965 — et les vérifications que la Commission a effectuées en 1967 auprès des membres de l'entente, en application de l'article 14 du règlement n° 17, un laps de temps qui n'est pas de nature à empêcher que les intéressés fassent l'objet de poursuites.
— Vous devez donc dire si, dans le silence du texte, l'existence de ce principe doit être reconnue en droit communautaire, et, dans l'affirmative, selon quelles modalités.

Constatons d'abord qu'en règle générale les divers systèmes juridiques, et non pas seulement ceux des États membres, font une place à la prescription. Cette institution traduit sur le plan du droit une vérité banale, à savoir que le temps a raison de tout, qu'après un délai plus ou moins long il arrive toujours un moment où, dans les rapports sociaux, ce qui est le passé ne doit plus être remis en cause et que, même si ce passé fut délictueux, mieux vaut encore passer l'éponge. Mais c'est toujours le législateur qui, en même temps qu'il introduit la prescription, fixe de façon précise ses modalités en fonction des conceptions morales et juridiques comme des nécessités pratiques et contingentes de la société dans laquelle elle doit s'appliquer.
Les raisons qui justifient cette institution sont également valables dans le système du droit européen qui est en train de s'élaborer et aucune considération propre à celui-ci n'impose son exclusion. Le silence du législateur communautaire ne pouvant être interprété comme traduisant son intention d'écarter un principe aussi généralement admis, vous ne pouvez qu'en reconnaître l'existence et, jusqu'à ce que la question ait été réglée en droit positif par l'autorité normalement compétente, il vous appartient de définir ses modalités d'application.
Il faut en premier lieu déterminer quel doit être le délai de prescription applicable en matière d'amendes.
Sur ce point trois solutions vous ont été présentées par les parties. Tantôt on a dit qu'il convenait d'appliquer à chaque entreprise sa loi nationale, comme l'a fait votre arrêt Nold lorsqu'il s'agissait d'apprécier la capacité d'ester en justice. Ou bien qu'il fallait se référer aux règles adoptées par les législations des États membres en matière de concurrence et, soit dégager un dénominateur commun entre ces législations, soit retenir celle qui paraissait la plus moderne et la plus progressiste. Quant à la Commission, elle considère que l'examen de ces différents droits ne peut

révéler l'existence d'une règle commune qui pourrait être transposée en droit communautaire. Du silence du règlement il faudrait conclure qu'on n'a pas voulu la lier, au moins pour la période initiale, et qu'elle s'est vu reconnaître la faculté de fixer de façon plus précise, sous votre contrôle, les limites à ne pas dépasser. Ce système qui paraît se ramener à celui du « délai raisonnable » à fixer en fonction des circonstances de l'espèce, a trouvé quelque appui dans la doctrine. On s'est appuyé sur les termes de l'article 15 du règlement (la Commission *peut*... infliger) pour dire que l'appréciation du délai devra tenir compte des particularités de l'affaire (gravité de l'infraction — possibilité ou non de répétition — actualité ou ancienneté — caractère spontané de sa cessation, etc.) [1].

On ne peut dégager une solution satisfaisante qu'en remontant à la ratio legis, en tenant compte à la fois de la fonction de la prescription dans tout système juridique, de celle des amendes dans la réglementation de la concurrence, de celle enfin de la réglementation de la concurrence dans le système communautaire.

Même si la sécurité juridique n'est pas ce qui justifie l'existence de la prescription, elle est cependant inséparable de celle-ci. A moins de lui enlever la plus grande partie de son intérêt, on ne peut admettre une prescription qui serait fixée cas par cas, en fonction d'éléments propres à l'affaire. Le délai doit nécessairement être déterminé à l'avance, ce qui exclut le système du « délai raisonnable », de même que l'application nécessairement uniforme du droit communautaire suffit à empêcher de traiter chacun selon son droit national.

En second lieu, nous savons par l'article 15 que les amendes n'ont pas de caractère pénal, et même si le texte ne le disait pas il faudrait l'admettre, ne serait-ce que parce que les États membres n'ont délégué à la Communauté aucune compétence pénale au sens propre du terme. S'il peut y avoir des infractions aux dispositions de l'article 85 qui donnent lieu à des amendes, ces infractions ne sont pas des délits et ces amendes ne sont pas des peines. Elles doivent, d'après l'article 87 du traité, assurer le respect des interdictions visées aux articles précédents, c'est-à-dire à la fois réprimer les infractions et en prévenir le renouvellement, ce qui explique qu'à la différence des astreintes elles puissent être infligées pour des faits qui ont déjà cessé au moment où la Commission entreprend de les sanctionner. Par ailleurs, le montant qu'elles peuvent atteindre, d'après l'article 15 du règlement, est extrêmement élevé, ce qui suffit à montrer la gravité que présentent les infractions de l'espèce aux yeux du législateur communautaire.

En effet — c'est le dernier point à considérer — le droit de la concurrence dans ce système n'a pas seulement les fonctions qui lui sont généralement attribuées dans les droits nationaux, il doit en outre et surtout permettre de supprimer les cloisonnements entre États et d'établir un marché commun. La Commission n'a donc pas tort de penser que la violation du droit de la concurrence peut présenter ici des dangers plus graves que dans les ordres juridiques nationaux. L'on ajoutera enfin que la recherche des infractions est d'autant plus difficile que la Communauté est dans une large mesure tributaire des États membres sinon même, comme dans la présente affaire, des États tiers.

Ce n'est donc qu'avec une extrême réserve que l'on peut se tourner vers les législations des États membres, car les règles communes à celles-ci ne pourraient servir de point de référence que dans la mesure où elles seraient susceptibles d'être transposées dans le droit communautaire, tout en respectant les caractères propres de celui-ci. Nous ne

1 — Gleiss et Kleinmann : Pas de prescription pour les infractions dans le droit européen des ententes (N.J.W. 1967, p. 2097).

reviendrons pas sur l'examen très complet de ces diverses législations qui figure dans la procédure écrite. Qu'il nous suffise de rappeler qu'elles comportent des différences qui ont trait à l'existence même d'un droit des ententes, au caractère plus ou moins strict du régime applicable et à la qualification des infractions. Ces différences existent également quant aux sanctions et aux délais de prescription. Ni les unes, ni les autres ne sont fondées sur des appréciations uniformes. Pour ne prendre qu'un exemple, les sanctions sont plus lourdes en France qu'aux Pays-Bas, mais la prescription est plus longue dans ce dernier pays (6 ans au lieu de 3), au moins lorsque l'infraction a été commise de propos délibéré. Comme le dit la Commission, « la détermination des actes qui seront punis, du niveau de la sanction et du délai de prescription, répond à des jugements de valeur du législateur que le droit communautaire ne saurait corriger ». Il n'y a donc aucun principe commun, encore moins un principe commun qui pourrait être transposé en droit communautaire.

Ce sont donc les caractéristiques propres de celui-ci dans le domaine de la concurrence qui doivent seules entrer en ligne de compte; les considérations développées plus haut nous conduisent à reconnaître comme approprié un délai de prescription plus long que celui qui existe dans la plupart des législations des États membres; le délai à notre sens pourrait être de *cinq* ans. Il reste en deça de celui appliqué aux Pays-Bas pour les infractions commises de propos délibéré. Il est d'ailleurs le même que celui fixé par l'article 43 du statut de la Cour CEE pour les actions contre la Communauté en matière de responsabilité non contractuelle.

— Ce point une fois établi, il faut déterminer quels actes sont susceptibles d'interrompre le cours de la prescription.

La décision attaquée a considéré comme tels les vérifications opérées auprès des entreprises dans les conditions fixées par l'article 14 du règlement n° 17. Ce point de vue nous paraît exact. D'après cet article, la Commission peut procéder auprès des entreprises, par l'intermédiaire des agents qu'elle mandate, à toutes les vérifications utiles; le cadre de ces investigations, défini par le texte, est très large et les agents mandatés exercent leurs fonctions sur *production* d'un mandat écrit qui indique l'objet et le but de la vérification.

En fait, le mandat, identique pour les trois entreprises, est daté du 17 juillet 1967 et signé pour la Commission par le directeur général de la concurrence (la qualité de ce haut fonctionnaire a été contestée par Boehringer, mais la Commission nous paraît avoir répondu de façon satisfaisante à cette objection). La pièce indique que le fonctionnaire désigné est chargé d'entreprendre une vérification auprès de telle entreprise aux fins de constater si les activités de l'entente internationale de la quinine sont ou non contraires aux dispositions des articles 85 et 86 du traité. Elle précise que l'agent dispose des compétences prévues à l'article 14-1 du règlement et elle mentionne les dispositions de l'article 15-1 relatives aux amendes encourues en cas de présentation incomplète de documents.

Comme la vérification est effectuée auprès des membres participants à l'entente et a un but précis qui est de vérifier si cette entente n'est pas en contravention avec les règles du traité, on peut la comparer à un acte d'instruction qui a la propriété d'interrompre la prescription.

Bien entendu, il faut pour cela que les intéressés aient connaissance de l'objet, de l'étendue et des conséquences possibles de la vérification. Nous ne retiendrons donc pas comme suffisamment probantes les communications téléphoniques qui ont pu leur être préalablement adressées par le fonctionnaire; en revanche, la production du mandat qui est prévue par l'article 14 assure normalement le respect de cette exigence. On notera que Buchler nie dans sa réplique « que le fonctionnaire... ait

justifié de sa qualité à l'égard de la requérante en présentant un mandat écrit de vérification signé par le directeur général », mais cette contestation paraît bien tardive car l'entreprise n'a rien allégué de tel en réponse à la communication des griefs qui se référait aux vérifications faites en vertu de l'article 14.

Ce que l'on vient de dire amène logiquement à admettre que la prescription peut être interrompue à des dates différentes qui sont pour chaque entreprise le jour où le mandat lui a été produit lors de la vérification. Ces dates sont respectivement le 17 juillet 1967 pour Nedchem, le 9 novembre 1967 pour Buchler et le 15 novembre 1967 pour Boehringer. Cette différence est regrettable, étant donné qu'il s'agissait de poursuivre les activités d'une même entente à laquelle ont participé les trois entreprises, mais nous ne voyons pas comment y échapper. Elle a cette conséquence curieuse que si l'on admet, comme nous vous proposons de le dire, que le gentlemen's agreement a pris fin le 29 octobre 1962, l'infraction qui s'y rapporte se trouve prescrite à l'égard de Buchler et de Boehringer, mais non de Chemiefarma. Toutefois, en tant que juges de pleine juridiction, il ne vous est sans doute pas interdit de fixer l'amende infligée à chacun en fonction de ses responsabilités propres, en négligeant ce qui ne tient qu'à une anomalie purement contingente.

Reste un dernier point. Depuis que le gentlemen's agreement a disparu, l'entente restreignant la concurrence s'est continuée sous la forme d'une pratique concertée ou plutôt d'une série de pratiques concertées portant sur les prix, la répartition des marchés, la limitation de la production de la quinidine. Puisque l'infraction suppose l'existence d'un comportement concret, chaque type de restriction de la concurrence effectuée dans le cadre d'une pratique concertée doit, aux fins de la prescription, être envisagé séparément.

Si vous nous suivez, vous constaterez que, sauf en ce qui concerne le gentlemen's agreement pour les affaires 44 et 45-69, les infractions ne sont pas prescrites. Il faut donc se prononcer sur l'amende.

B — Elle suppose que l'infraction ait été commise *de propos délibéré* ou par négligence.

Ce point ne nous retiendra pas longtemps.

A partir du jour où, après avoir aménagé un accord pour se conformer à l'invitation du Bundeskartellamt, les sociétés requérantes ont commencé à discuter le projet de gentlemen's agreement, elles ne peuvent plus invoquer leur bonne foi. Leur responsabilité est d'autant plus engagée que, peu après l'entrée en vigueur du règlement n° 17, leur attention a été attirée sur l'illégalité de l'entente du point de vue du droit communautaire.

Quant au montant de l'amende, d'après l'article 15, il doit tenir compte de la gravité et de la durée de l'infraction. La Commission s'explique clairement et complètement sur les considérations qui l'ont guidée sur ce point, et sa décision n'appellerait guère de remarques si elle ne retenait parmi les accords ayant contribué à restreindre la concurrence sous tous ses aspects essentiels ceux qui ont trait à la détermination des quotas et des compensations quantitatives dont nous vous avons dit qu'ils avaient, à notre sens, cessé de s'appliquer à la fin du gentlemen's agreement.

La décision détermine, selon les critères qui ont été indiqués à la barre et qui sont admissibles, l'amende qui doit être infligée à chacune des entreprises. On a fait ici à la Commission trois ordres de critiques — d'avoir infligé de lourdes amendes la première fois qu'elle appliquait une sanction, mais l'on peut estimer souhaitable de donner immédiatement à l'amende toute sa force de dissuasion — d'avoir, au lieu de fixer individuellement les amendes, adopté un montant global de 500 000 u.c. qu'elle aurait ensuite réparti entre les entreprises : il n'y a là aucune illégalité, si la répartition est faite ensuite en

tenant compte de façon raisonnable de la situation respective de chacune des entreprises, ce qui nous paraît avoir été le cas — enfin, chacune des trois requérantes s'est plainte d'avoir été défavorisée par rapport aux deux autres. Le caractère contradictoire de ces doléances pourrait déjà faire douter de leur bien-fondé. Plus précisément, la fixation à des sommes très voisines (respectivement 210 000 et 190 000 u.c.) de l'amende infligée à Nedchem et à Boehringer nous paraît justifiée. En effet, si la première s'est prononcée plusieurs fois en faveur de prix relativement bas, elle exerçait une influence prépondérante au sein de l'entente et détient une part très importante du marché des produits litigieux; quant à la seconde, elle avait une position de force pour l'approvisionnement en matières premières. Pour des raisons diverses, leur situation et leur responsabilité peuvent donc apparaître comme assez analogues. S'agissant enfin de Buchler, l'amende de 65 000 u.c., inférieure à ce qui correspondrait à son quota, tient un compte suffisant de son influence restreinte au sein de l'entente.

Toutefois, sur un plan plus général, la décision englobe parmi les infractions qui ont restreint la concurrence jusqu'au début de février 1965 la question des quotas. Ceux-ci étaient un élément important des mécanismes restreignant la concurrence au sein du marché commun; aussi nous pensons qu'il y aurait lieu de réduire les amendes infligées dans une proportion égale pour tous, qui pourrait être de 20 %.

Nous rappellerons enfin que Boehringer qui a été condamnée à une amende de 80 000 $ par une juridiction américaine pour infraction aux lois anti-trust, et que Buchler, qui a une instance pendante devant un juge américain pour le même motif, demandent l'une et l'autre que de l'amende infligée par la Commission puisse être déduite celle qui a été ou sera prononcée par la justice des États-Unis. Pour des raisons diverses, ces demandes ne sont, pour le moment, susceptibles d'aucune suite devant vous.

Nous concluons dans les affaires 41, 44 et 45-69 :

— à ce que l'amende infligée à la société Nederlandse Combinatie voor Chemische Industrie, aux sociétés Boehringer Mannheim et Buchler soit réduite respectivement de 20 % du montant retenu par la décision de la Commission du 16 juillet 1969,

— au rejet du surplus des conclusions des recours,

— à ce que les dépens soient dans chaque affaire mis à la charge de la requérante pour les 4/5 et à celle de la Commission pour le surplus.