CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. RUIZ-JARABO COLOMER

présentées le 11 février 2003 [1]

Table des matières

I — Les faits ..... I - 231

II — La procédure devant le Tribunal de première instance et l'arrêt entrepris ..... I - 234

III — La procédure devant la Cour ..... I - 238

IV — Le pourvoi ..... I - 238

1 — Moyens visant à la cassation de l'arrêt entrepris et à l'annulation de la décision ..... I - 238

A — Moyens déduits de la procédure ..... I - 238

1) Sur le droit d'accès à l'ensemble des documents au cours de la procédure administrative (premier moyen) ..... I - 238

a) Le droit d'accès et les conséquences de sa violation (première branche du premier moyen) ..... I - 239

i) La position des parties ..... I - 239

ii) La légitimité des mesures de réorganisation de la procédure décrétées par le Tribunal de première instance ... I - 240

b) Le caractère prétendument erroné, arbitraire et non fondé de l'analyse opérée par le Tribunal de première instance (deuxième branche du premier moyen) ..... I - 245

i) La position des parties ..... I - 245

ii) Les soi-disant «preuves (à charge) directes» et leur appréciation ..... I - 246

1 — Langue originale: l'espagnol.

iii) Le caractère raisonnable du critère utilisé par le Tribunal de première instance pour l'appréciation des preuves à décharge ..... I - 247

iv) Respect, par le Tribunal, du critère d'appréciation qu'il avait lui-même défini — Les preuves à charge demeurées inaccessibles ..... I - 249

2) Sur les droits de la défense et l'abandon des «griefs nationaux» par la Commission (deuxième moyen) ..... I - 250

a) L'impossibilité de présenter des observations sur l'abandon des griefs nationaux au cours de la phase administrative ... I - 251

b) La soi-disant contradiction entre l'abandon des griefs nationaux et la décision ..... I - 252

B — Moyens de fond — L'accord «relatif aux contrats et conventions signés» avec Calcestruzzi (troisième moyen) — Le principe «non bis in idem» . I - 254

2 — Moyens visant à l'annulation ou à la réduction de l'amende ..... I - 259

A — L'intangibilité de l'amende en dépit de l'annulation partielle de la décision (septième moyen) ..... I - 259

B — Insuffisance de l'exposé des motifs relatif à la gravité de l'infraction imputée à Italcementi (huitième moyen) ..... I - 262

C — Appréciation erronée de la durée de l'infraction imputée à Italcementi (neuvième moyen) ..... I - 265

V — Les dépens ..... I - 266

VI — Conclusion ..... I - 266

I — Les faits

1. Italcementi SpA (ci-après «Italcementi») a formé un pourvoi contre l'arrêt que la quatrième chambre élargie du Tribunal de première instance a rendu le 15 mars 2000 dans l'affaire connue sous le nom de Cimenteries CBR e.a./Commission [2].

2. Des faits exposés dans l'arrêt entrepris, on retiendra les suivants aux fins du pourvoi:

— Entre les mois d'avril 1989 et de juillet 1990, les services de la Commission

2 — T-25/95, T-26/95, T-30/95 à T-32/95, T-34/95 à T-39/95, T-42/95 à T-46/95, T-48/95, T-50/95 à T-65/95, T-68/95 à T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95, Rec. p. II-491, ci-après l'«arrêt entrepris».

ont effectué certaines vérifications auprès de producteurs européens de ciment et d'associations professionnelles du secteur conformément à l'article 14, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité [3]. Comme suite de ces contrôles, la Commission a décidé, le 12 novembre 1991, d'engager la procédure administrative [4] à l'encontre d'un certain nombre d'entreprises, et notamment à l'encontre d'Italcementi [5].

— Le 25 novembre 1991, la Commission a adressé la communication des griefs aux 76 entreprises et associations d'entreprises concernées. Italcementi a eu l'occasion de formuler des observations écrites sur cette communication des griefs. Elle a également été entendue en ses observations orales au cours des audiences qui ont eu lieu le 1er mars et le 1er avril 1993 [6].

— Le texte de la communication des griefs, contenu dans un seul document, n'a pas été envoyé dans son intégralité à chacune des entreprises et associations d'entreprises impliquées dans la procédure. Son index complet ainsi qu'une liste de l'ensemble des pièces, mentionnant pour chaque partie concernée les documents qui lui étaient accessibles, ont été transmis à chaque destinataire de la communication des griefs. Certaines des entreprises mises en cause ont demandé à la Commission de leur communiquer les chapitres manquant dans le texte de la communication des griefs qui leur avait été envoyé et de leur donner accès à l'ensemble des pièces du dossier, à l'exception des documents internes et confidentiels. La Commission a refusé de faire droit à cette demande [7].

— Dans la décision 94/815/CE, du 30 novembre 1994 [8] (ci-après la «décision»), la Commission imputait à Italcementi un certain nombre de pratiques contraires aux règles de la concurrence qui enfreignaient toutes l'article 85, paragraphe 1, du traité CE (devenu article 81, paragraphe 1, CE) [9]. Ces pratiques sont les suivantes:

1) Participation, à partir du 14 janvier 1983, à un accord, appelé «accord Cembureau», ayant pour objet le respect des marchés domestiques et la réglementation des transferts de ciment d'un pays à l'autre (article 1er).

3 — JO 1962, 13, p. 204.
4 — Affaire IV/33.126 et 33.322 — Ciment.
5 — Points 2 et 3 de l'arrêt entrepris.
6 — Points 3, 9 et 12 de l'arrêt entrepris.
7 — Points 4 à 6 de l'arrêt entrepris.
8 — JO L 343, p. 1.
9 — Point 22 de l'arrêt entrepris.

2) Participation, du 14 janvier 1983 au 14 avril 1986, à des accords portant sur des échanges d'informations sur les prix, visant à faciliter l'exécution de l'accord visé à l'article 1er de la décision (article 2, paragraphe 1). Les accords visés ici avaient été adoptés au cours des réunions des chefs de délégation et du comité exécutif de Cembureau — Association européenne du ciment (ci-après «Cembureau»).

3) Participation, entre le 1er janvier 1984 et le 31 décembre 1988, dans le même but, à des pratiques concertées portant sur:

a) la circulation d'informations sur les prix minimaux pour les livraisons de ciment par camion des producteurs belges et néerlandais et les prix, rabais inclus, du producteur luxembourgeois;

b) la circulation d'informations sur les barèmes individuels des prix des producteurs danois et irlandais, sur les barèmes de la profession en vigueur en Grèce, en Italie et au Portugal et sur les moyennes des prix pratiqués en Allemagne, en France, en Espagne et au Royaume-Uni (article 2, paragraphe 2).

4) Participation, à partir du 28 mai 1986, à un accord portant sur la constitution de la Cembureau Task Force ou European Task Force (article 4, paragraphe 1).

5) Participation, du 9 juin 1986 au 26 mars 1993, à un accord portant sur la constitution de la Joint Trading Company, Interciment, SA, ayant pour but d'exécuter les mesures persuasives et dissuasives à l'encontre de ceux qui menaçaient la stabilité des marchés des pays membres (article 4, paragraphe 2).

6) Participation, du 17 juin 1986 au 15 mars 1987, à des pratiques concertées visant à détourner l'entreprise italienne Calcestruzzi de ses fournisseurs grecs, et en particulier de Titan Cement Company, SA [article 4, paragraphe 3, sous a)].

7) Participation, du 3 avril 1987 au 3 avril 1992, à un accord portant sur les contrats et les conventions signés les 3 et 15 avril 1987 ayant pour but d'empêcher Calcestruzzi d'importer du ciment grec [article 4, paragraphe 3, sous b)].

8) Participation dans le cadre du European Cement Export Committee, du 14 mars 1984 au 22 sep-

tembre 1989, à des pratiques concertées portant sur l'échange d'informations sur la situation de l'offre et la situation de la demande dans les pays importateurs, sur les prix praticables à l'exportation, sur la situation des importations dans les pays membres et sur la situation de l'offre et de la demande des marchés internes et visant à éviter les incursions des concurrents sur les marchés nationaux respectifs de la Communauté (article 5).

9) Participation, du 6 mai 1982 au 26 mai 1988, dans le cadre du White Cement Committee, a) à la pratique concertée et à l'accord relatifs au respect des marchés domestiques, b) à la pratique concertée continue relative à la canalisation des surplus de production vers l'exportation dans les pays tiers, c) à une pratique concertée continue relative aux échanges d'informations individualisées par entreprise sur les capacités productives, les productions, les ventes internes et à l'exportation, les prix internes pour le ciment blanc et pour le ciment gris et les prix à l'exportation (article 7).

— La Commission a enjoint à Italcementi de mettre fin immédiatement aux infractions susvisées et de s'abstenir à l'avenir de tout accord ou pratique concertée incompatibles avec la libre concurrence dans le cadre des marchés du ciment gris et du ciment blanc (article 8). Elle lui a également infligé deux amendes, l'une de 32 492 000 écus et l'autre de 1 088 000 écus payables dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision, montant qui porterait intérêt de plein droit à compter de l'expiration du délai précité (articles 9, 10 et 11).

3. En désaccord avec la décision de la Commission, Italcementi s'est pourvue en appel de celle-ci devant le Tribunal de première instance.

II — La procédure devant le Tribunal de première instance et l'arrêt entrepris

4. À titre principal, Italcementi a demandé au Tribunal de déclarer la décision nulle, en tout ou en partie, pour ce qui la concernait. À titre subsidiaire, elle a conclu à la suppression de l'amende ou à la réduction de son montant. Elle a également demandé l'annulation de la décision de la Commission du 23 septembre 1993 en ce qu'elle clôturait la procédure à l'égard de douze entreprises allemandes et de six entreprises espagnoles relativement aux charges concernant la partie internationale de la communication des griefs. En tout état de cause, elle a demandé au Tribunal de condamner la Commission aux dépens.

5. Par décision notifiée aux parties dans chacune des affaires entre le 19 janvier et le 2 février 1996, le Tribunal de première instance a invité la Commission à produire un certain nombre de documents. Celle-ci s'est exécutée le 29 février et a produit [10]:

1) la communication des griefs telle que notifiée aux entreprises incriminées, devenues requérantes;

2) le procès-verbal de l'audition de chacune d'entre elles;

3) la liste de toutes les pièces versées aux dossiers;

4) les boîtes contenant les documents sur lesquels la Commission avait fondé les conclusions en fait qu'elle avait reprises dans la communication des griefs et

5) la correspondance échangée au cours de la procédure administrative entre l'institution et les parties requérantes.

6. Le Tribunal a encore rendu deux décisions qui ont été notifiées le 2 octobre 1996, pour la première, et les 18 et 19 juin 1987, pour la seconde. Par ces décisions, le Tribunal ordonnait toutes les mesures nécessaires pour que les parties requérantes puissent examiner tous les documents originaux du dossier, à l'exception de ceux qui contenaient des secrets commerciaux ou d'autres données confidentielles et à l'exception également des documents internes de la Commission [11].

7. Après leur avoir donné accès au dossier dans son intégralité, le Tribunal a invité les entreprises et associations professionnelles requérantes à déposer un mémoire en se limitant à identifier avec précision toute pièce non rendue accessible pendant la procédure administrative qui aurait pu affecter leur défense et à expliquer brièvement les raisons pour lesquelles cette procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent si elles avaient pu consulter les pièces en question. Il les a également invitées à joindre à leur éventuel mémoire la copie de chaque pièce commentée. Toutes les parties requérantes concernées, à l'exception d'une seule [12], ont déposé des observations après avoir consulté le dossier de la Commission. La Commission a répondu à chacune d'entre elles [13].

10 — Voir point 163 de l'arrêt entrepris, lu en combinaison avec les points 5 et 95.

11 — Voir points 164 à 168 de l'arrêt entrepris.

12 — Ciments luxembourgeois SA.

13 — Points 169 et 170 de l'arrêt entrepris.

8. Par l'arrêt entrepris, le Tribunal a partiellement fait droit au recours d'Italcementi et il a dit pour droit ce qui suit:

«— l'article 1er de la décision 94/815 est annulé, dans la mesure où il retient que la partie requérante a participé à l'infraction avant le 19 mars 1984 et au-delà du 3 avril 1992;

— l'article 2, paragraphe 1, de la décision 94/815 est annulé à l'égard de la partie requérante, dans la mesure où il constate que des accords portant sur des échanges d'informations sur les prix sont intervenus au cours des réunions du comité exécutif de Cembureau — Association européenne du ciment et dans la mesure où il retient la participation de la partie requérante à l'infraction avant et après le 19 mars 1984 et au-delà de cette date;

— l'article 2, paragraphe 2, de la décision 94/815 est annulé à l'égard de la partie requérante, d'une part, dans la mesure où il constate que la circulation périodique d'informations entre Cembureau — Association européenne du ciment et ses membres a porté, en ce qui concerne les prix belges et néerlandais, sur les prix minimaux pour les livraisons de ciment par camion des producteurs de ces deux pays et, en ce qui concerne le Luxembourg, sur les prix, rabais inclus, du producteur de ce pays, et, d'autre part, dans la mesure où il déclare que la partie requérante a participé à l'infraction avant le 19 mars 1984;

— l'article 4, paragraphe 1, de la décision 94/815 est annulé, dans la mesure où il retient que la partie requérante a participé à l'infraction au-delà du 31 mai 1987;

— l'article 4, paragraphe 2, de la décision 94/815 est annulé, dans la mesure où il retient que la partie requérante a participé à l'infraction au-delà du 7 novembre 1988;

— l'article 5 de la décision 94/815 est annulé à l'égard de la partie requérante;

— le montant de l'amende infligée à la partie requérante par l'article 9 de la décision 94/815 est fixé à 25 701 000 euros;

— le recours est rejeté pour le surplus;

— la partie requérante supportera ses propres dépens et un tiers des dépens exposés par la Commission;

— la Commission supportera deux tiers de ses propres dépens.»

9. En d'autres termes, le Tribunal a déclaré Italcementi coupable de pratiques anticoncurrentielles pour avoir participé:

1) du 19 mars 1984 au 31 décembre 1988, à l'accord Cembureau ayant pour objet le respect des marchés domestiques du ciment gris (article 1er de la décision);

2) le 19 mars 1984, à des échanges ponctuels d'informations sur les prix du ciment gris (article 2, paragraphe 1, de la décision);

3) entre le 19 mars 1984 et le 31 décembre 1988, à la circulation périodique d'informations sur les barèmes individuels des prix des producteurs danois et irlandais, sur les barèmes de la profession en vigueur en Grèce, en Italie et au Portugal et sur les moyennes des prix pratiqués en Allemagne, en France, en Espagne et au Royaume-Uni [article 2, paragraphe 2, sous b), de la décision];

4) entre le 9 septembre 1986 et le 31 mai 1987, à l'accord portant sur la constitution de la European Task Force (article 4, paragraphe 1, de la décision) et,

5) du 9 juin 1986 au 7 novembre 1988, à l'accord de constitution de la Joint Trading Company, Interciment SA (article 4, paragraphe 2);

6) entre le 9 septembre 1986 et le 15 mars 1987, aux pratiques concertées visant à détourner Calcestruzzi de ses fournisseurs grecs [article 4, paragraphe 3, sous a), de la décision];

7) entre le 3 avril 1987 et le 3 avril 1992, à l'accord sur les contrats et les conventions signés avec Calcestruzzi les 3 et 15 avril 1987 [article 4, paragraphe 3, sous b)];

8) du 6 mai 1982 au 26 mai 1988, aux pratiques concertées concernant le marché du ciment blanc (article 7).

III — La procédure devant la Cour

10. Après présentation de la requête et accomplissement de la procédure écrite, la Cour, faisant usage de la faculté que lui confère l'article 119 du règlement de procédure [14], a rejeté les quatrième, cinquième et sixième moyens du pourvoi par ordonnance du 5 juin 2002.

11. Pour ce qui est des autres moyens, les entreprises requérantes et la Commission ont comparu à l'audience conjointe organisée le 4 juillet 2002 pour les six pourvois engagés contre l'arrêt du Tribunal de première instance.

IV — Le pourvoi

12. Italcementi demande à la Cour d'annuler, en tout ou en partie, l'arrêt entrepris et la décision ainsi que l'amende qui lui a été infligée. À titre subsidiaire, elle demande à la Cour de renvoyer l'affaire devant le Tribunal de première instance afin qu'il statue à nouveau. En tout état de cause, elle conclut à ce qu'il plaise à la Cour condamner la Commission aux dépens.

13. La Commission a conclu au rejet du pourvoi dans son intégralité et à la confirmation de l'arrêt entrepris, ainsi qu'à la condamnation d'Italcementi aux dépens.

14. À l'appui de ses prétentions, la société requérante a articulé neuf moyens, dont certains sont fondés sur diverses bases juridiques. Comme je l'ai dit plus haut, trois de ces moyens ont déjà été rejetés par ordonnance du 5 juin 2002.

15. J'en viens aux griefs d'Italcementi et à la réponse que la Commission a donnée à chacun d'eux et je vais les analyser de manière à justifier les solutions que je propose.

1 — *Moyens visant à la cassation de l'arrêt entrepris et à l'annulation de la décision*

A — Moyens déduits de la procédure

1) Sur le droit d'accès à l'ensemble des documents au cours de la procédure administrative (premier moyen)

16. Italcementi articule ce moyen autour de deux arguments principaux. Le premier, qui

14 — Texte codifié publié au JO 2001, C 34, p. 1.

est plus abstrait, porte sur ce qui caractérise le droit d'accès au dossier au cours d'une procédure administrative répressive et aux conséquences qu'il convient d'attacher à la violation de ce droit [15]. Le second argument, invoqué à titre subsidiaire, est déduit de l'analyse concrète que le Tribunal de première instance a opérée pour déterminer si les droits de la défense de la requérante avaient été enfreints, analyse que celle-ci qualifie d'erronée, d'arbitraire et d'infondée [16].

a) Le droit d'accès et les conséquences de sa violation (première branche du premier moyen)

i) La position des parties

17. Italcementi commence son argumentation en rappelant un fait que nul ne conteste, à savoir que l'accès au dossier au cours de la procédure administrative n'a pas été conforme aux règles du droit.

18. Au départ de cette donnée incontestable, elle fait valoir que garantir aux parties la possibilité d'être au courant de tout ce qui fait l'objet de la procédure est une manifestation du droit fondamental de se défendre, lequel doit être respecté au cours de la procédure administrative elle-même et non pas après la clôture de celle-ci. Elle ajoute que les entreprises mises en cause devaient à ce moment-là avoir une connaissance des actes identique à celle qu'en avait la Commission. Ne pas la leur garantir entraîne un déséquilibre auquel il ne peut être remédié ultérieurement au cours de la procédure judiciaire. Après avoir constaté ce défaut de procédure incurable, le Tribunal aurait dû annuler la décision. À ne pas l'avoir fait et à se contenter d'évaluer la mesure dans laquelle les documents qui n'avaient pas pu être consultés au cours de la phase administrative présentaient un intérêt pour la décision, le Tribunal a agi de manière irrégulière et arbitraire, remplaçant l'appréciation de la Commission par la sienne propre, laquelle, de surcroît, ne peut pas être contrôlée par la Cour. Ce comportement laisse la décision de donner accès au dossier à la discrétion de la Commission et rompt l'équilibre des pouvoirs.

19. La requérante conclut en déclarant que la manière de faire du Tribunal implique, en fait, un renversement de la charge de la preuve en ce qu'elle intervertit les rôles et impose aux entreprises contre lesquelles le dossier avait été ouvert l'obligation de démontrer que les documents, dont elles ignoraient le contenu jusqu'à ce moment-là, contenaient des éléments susceptibles d'infirmer les appréciations de la Commission.

15 — Il s'agit des points 29 à 56 et 99 à 106 du pourvoi.
16 — Points 57 à 98 du pourvoi.

20. Pour cette institution, le Tribunal de première instance s'est borné à examiner si les droits de la défense d'Italcementi ont été violés au cours de la procédure administrative. Au lieu d'organiser un nouvel accès au dossier, il a procédé de la même manière que ce qu'il avait fait dans les arrêts Solvay/Commission [17] et ICI/Commission [18], c'est-à-dire qu'il a analysé si, au vu des documents qui n'avaient pas pu être consultés par la requérante, celle-ci s'était trouvée dans le cas de ne pas pouvoir se défendre. Il n'a donc pas opéré un renversement de la charge de la preuve puisqu'il a seulement demandé aux requérantes de démontrer que les documents auxquels la Commission leur avait refusé l'accès auraient pu leur être d'une quelconque utilité pour leur défense.

21. Italcementi rétorque que la violation d'un droit fondamental doit être sanctionnée, qu'un dommage ait été causé ou non. La manière de procéder du Tribunal équivaut à refuser aux entreprises mises en cause le droit à un accès intégral au dossier. Le juge ne peut pas apprécier ex post la pertinence des documents dont la consultation leur a été refusée au cours de la phase administrative. Le temps écoulé entre le moment où il fallait permettre l'accès au dossier et le moment où le Tribunal a effectué sa vérification prive l'examen juridictionnel qu'il a effectué de toute signification. Rien ne justifie une différenciation des documents en fonction de leur importance pour la défense, car ils présentent tous la même pertinence avant l'adoption de la décision répressive. Les entreprises mises en cause doivent les analyser, les sélectionner et argumenter à la lumière de leur contenu, opérations qui font partie de l'instruction. Il appartenait à la Commission de les retenir ou de les rejeter sous le contrôle du juge, lequel ne peut s'exercer, de manière fictive, à un moment antérieur à l'adoption de la décision par l'administration.

22. La Commission répond que le Tribunal entendait protéger les droits de la défense des entreprises requérantes et qu'il était disposé à annuler la décision, en tout ou en partie, dans la mesure où l'accès à un document du dossier toujours inaccessible se serait révélé utile pour leur défense. En effet, il a examiné tous les documents cités par Italcementi avant de conclure qu'aucun d'entre eux ne présentait la moindre utilité pour les intérêts de celle-ci. En adoptant cette approche formaliste, la requérante méconnaît la nature et la fonction des droits de la défense. Il ne saurait y avoir violation de ceux-ci si les moyens de se défendre n'ont pas été effectivement limités.

ii) La légitimité des mesures de réorganisation de la procédure décrétées par le Tribunal de première instance

23. Pour répondre aux critiques qui avaient été émises à propos de la régularité

17 — Arrêt du 29 juin 1995 (T-30/91, Rec. p. II-1775).
18 — Arrêt du 29 juin 1995 (T-36/91, Rec. p. II-1847).

de la procédure administrative et combler les éventuelles lacunes résultant de l'absence d'accès à certains documents, le Tribunal a demandé à la Commission de lui fournir l'intégralité du dossier afin qu'il puisse être mis à la disposition des parties [19] de manière à ce que celles-ci puissent identifier ceux qu'elles n'avaient pas pu examiner durant l'instruction et expliquer les raisons pour lesquelles la procédure aurait pu déboucher sur un résultat différent si elles avaient eu l'occasion de les consulter.

24. Dans son arrêt, le Tribunal a analysé les documents désignés par les requérantes ainsi que les observations présentées par celles-ci. Il a statué sur le cas d'Italcementi au point 34 du dispositif de la manière que nous avons reproduite au point 8 des présentes conclusions. À cet effet, il a appliqué le principe suivant: il y aurait violation des droits de la défense s'il existait une chance, même infime, que la procédure administrative eût pu aboutir à un résultat différent dans l'hypothèse où la partie requérante aurait pu se prévaloir du document auquel l'accès lui avait été refusé [20].

25. Italcementi conteste cette manière de procéder et soutient que les «mesures de réorganisation de la procédure» ordonnées par le Tribunal de première instance n'étaient pas légitimes.

26. La procédure de constatation des infractions aux articles 81 CE et 82 CE est une procédure répressive. Elle a non seulement pour objet de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, mais également de sanctionner les comportements qui les provoquent. À cette fin, elle confère à la Commission le pouvoir de punir les auteurs au moyen de sanctions pécuniaires. Pour remplir sa mission, cette institution dispose de larges pouvoirs d'enquête et d'instruction, mais c'est précisément à cause de cette nature et de la réunion de pouvoirs de perquisition et de décision dans le chef d'un même organe que les droits de la défense de ceux qui sont soumis à la procédure doivent être reconnus et respectés de manière inconditionnelle [21].

27. Tel est le sens des dispositions inscrites dans le règlement n° 17, en particulier à son article 19, et dans le règlement (CE) n° 2842/98 de la Commission, du 22 décembre 1998, relatif à l'audition dans certaines procédures fondées sur les articles 85 et 86 du traité CE [22]; la jurisprudence de la Cour [23] et du Tribunal de

19 — À l'exception des documents contenant des secrets commerciaux ou d'autres données confidentielles et des documents internes de la Commission.

20 — Voir le point 241 de l'arrêt entrepris.

21 — Sur les droits de la défense dans les procédures d'application des règles de la concurrence, on consultera utilement l'article de Lenaerts, K., et Maselis, I., intitulé «Le justiciable face à la Commission européenne dans les procédures de constatation d'infraction aux articles 81 et 82 CE», publié au *Journal des tribunaux*, n° 5973 (2000), p. 496 à 504. Tout aussi utile, l'étude de Goossens, L., «Concurrence et droits de la défense: la phase administrative devant la Commission», parue au *Journal des tribunaux. Droit européen*, n° 52 (1998), p. 169 à 175, et n° 53 (1998), p. 200 à 204. Bien qu'il date quelque peu, l'article de Due, O., ancien président de la Cour, «Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire», publié dans les *Cahiers de droit européen*, n^{os} 1/2 (1987), p. 383 à 396, n'a rien perdu de son intérêt.

22 — JO L 354, p. 18. Ce règlement a remplacé le règlement n° 99/63/CEE de la Commission, du 25 juillet 1963, relatif aux auditions prévues à l'article 19, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 17 (JO 1963, 127, p. 2268), qui était en vigueur à l'époque où la procédure administrative a été engagée dans la présente affaire.

23 — Voir, pour tous les autres et parmi les plus récents, l'arrêt du 8 juillet 1999, Hercules Chemicals/Commission (C-51/92 P, Rec. p. I-4235, points 75 et suiv.).

première instance [24] ne leur a d'ailleurs pas donné une autre portée. La Cour européenne des droits de l'homme a étendu le champ d'application des garanties inscrites à l'article 6 de la convention de Rome aux procédures administratives à caractère disciplinaire [25]. La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [26] va encore plus loin puisqu'elle garantit non seulement à toute personne le droit à ce que sa cause soit jugée équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi [27], mais encore le droit d'être entendue par les institutions de l'Union européenne avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ainsi que le droit d'accéder au dossier qui la concerne [28].

28. La consultation du dossier est un outil supplémentaire au service des droits de la défense [29]. Il ne s'agit pas d'une fin en soi [30]. Les garanties formelles que comporte la procédure, juridictionnelle ou administrative, s'expliquent en fonction de ce but, qui n'est autre que de garantir la protection effective des droits et intérêts légitimes de tout un chacun. Toute lacune dans la procédure ou les règles de forme est susceptible d'entraîner des conséquences juridiques si les moyens de défense s'en trouvent diminués. En d'autres termes, la notion d'impossibilité de se défendre est une notion matérielle, de sorte que, si nombreuses soient-elles, les failles de la procédure sont dénuées de pertinence lorsque l'intéressé disposait malgré tout des moyens adéquats de se défendre.

29. Le caractère instrumental du droit d'accès au dossier comporte cependant une conséquence supplémentaire. Même lorsque ce droit n'a été respecté que de manière insuffisante ou défectueuse et que cette violation diminue les possibilités de défense de l'intéressé, il n'y a lieu d'annuler la décision clôturant la procédure que si l'on constate que l'issue de celle-ci aurait pu être différente et plus favorable à l'intéressé si les règles de procédure avaient été scrupuleusement respectées ou encore si l'on constate précisément que le vice de forme empêche de déterminer si la décision aurait été différente. Dans l'un comme dans l'autre cas, il y aurait lieu d'annuler la résolution finale et, le cas échéant, de reprendre toute la procédure afin de la redresser.

30. En somme, les vices de forme n'ont pas une vie propre, distincte de la substance du litige. Lorsqu'une décision rendue au terme d'un itinéraire formel défectueux est annu-

24 — L'arrêt contre lequel le présent pourvoi a été engagé en est un bon exemple (voir points 142 à 144 et 240).

25 — Voir arrêts Cour eur. D. H., Engel e.a. c. Pays-Bas du 8 juin 1976, série A, n° 22, pour les procédures disciplinaires militaires, et Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique du 23 juin 1981, série A, n° 43, pour les procédures disciplinaires engagées par un ordre national des médecins.

26 — JO 2000, C 364, p. 1.

27 — Voir articles 47, deuxième alinéa, et 48, paragraphe 2.

28 — Article 41, paragraphe 2, premier et deuxième tirets.

29 — Tout comme le sont également le droit d'être entendu, le droit d'être informé des griefs formulés contre soi, le droit d'employer les moyens de preuve utiles à la défense ou, le cas échéant, le droit de bénéficier de l'aide d'un avocat.

30 — Voir les conclusions que l'avocat général Mischo a présentées le 25 octobre 2001 dans les affaires C-244/99 P et C-251/99 P, points 331 et 125, respectivement, dans lesquelles la Cour a statué le 15 octobre 2002 (arrêt LVM e.a./Commission, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, Rec. p. I-8375, ci-après l'«arrêt PVC II»).

lée parce qu'en raison des vices entachant le cheminement suivi pour son adoption elle est incorrecte quant au fond, l'annulation est déterminée par l'incorrection substantielle de la résolution et non par la présence du défaut de procédure. Le vice de forme n'acquiert une existence propre que lorsque, du fait de son occurrence, il n'est pas possible de se former un jugement sur la décision adoptée.

31. Les considérations qui précèdent donnent un sens aux mesures d'organisation de la procédure ordonnées par le Tribunal.

32. La Commission leur ayant refusé l'accès à tous les documents à décharge qui figuraient dans le dossier, les entreprises et associations requérantes ont dénoncé ce vice de procédure, qui a été constaté par la juridiction. Il était donc obligatoire d'analyser son incidence sur leurs droits de la défense. À cette fin, il était nécessaire de connaître les éléments disculpants dont la consultation leur a été refusée ainsi que leur opinion sur le sujet. Ayant pris connaissance de ces éléments, le Tribunal a examiné la mesure dans laquelle la décision aurait été différente, c'est-à-dire plus favorable aux inculpées, si les pièces litigieuses du dossier avaient pu être consultées et invoquées devant la Commission.

33. Le Tribunal n'a donc pas supplanté la Commission et ne lui a pas davantage usurpé sa position. Il s'est, au contraire, limité à exercer son pouvoir juridictionnel de la manière la plus scrupuleuse qui soit dans le cadre de ses compétences en examinant la correction de l'activité répressive exercée par cette institution. Et, dans cet état d'esprit, le jugement, qui se projette sur le passé, doit s'exprimer avec tous les éléments dont on dispose dans le présent, ce qui lui confère une plus grande richesse et une sagesse accrue [31].

34. La manière dont le Tribunal a procédé n'est en aucune façon incompatible avec la jurisprudence de la Cour. Dans l'arrêt Hercules Chemicals/Commission, que j'ai déjà cité, celle-ci a dit pour droit qu'il ne suffit pas de donner tardivement accès aux documents du dossier pour remédier à une violation des droits de la défense, car, même si cette consultation permet à l'entreprise affectée d'en tirer des moyens et arguments à l'appui de ses conclusions, elle ne la replace pas dans la situation qui aurait été la sienne si elle avait pu s'appuyer sur les mêmes documents pour présenter ses observations écrites et orales devant la Commission [32].

35. Le Tribunal n'a pas cherché à remédier a posteriori à une situation consommée

31 — À l'instar de l'historien, le juge reconstruit le passé. Pour s'acquitter de sa tâche, il doit réunir preuves et témoignages pour reproduire les faits tels qu'ils se sont passés. Sa neutralité lui interdit de se trouver dans la position des personnes sur lesquelles porte son examen; il doit au contraire la transcender. Sur les relations entre droit et histoire, on consultera utilement le livre de Ginzburg, C., *El juez y el historiador (Consideraciones al margen del proceso Sofri)*, édition Anaya y Mario Muchnik, Madrid, 1993.

32 — Points 78 et 79.

d'impossibilité de se défendre. Remontant en amont de la décision, il s'est limité à vérifier si cette situation s'était bel et bien produite [33]. Lorsqu'il a constaté que c'était bien le cas, il a annulé la décision à l'égard de l'entreprise concernée [34]. Lorsqu'il a, au contraire, constaté que l'entreprise ne s'était pas trouvée dans le cas de ne pas pouvoir se défendre, il a déclaré que le vice de forme entachant le traitement du dossier administratif était, en fin de compte, dénué d'importance.

36. L'arrêt Hercules Chemicals/Commission lui-même n'a d'ailleurs pas une portée différente. Une lecture attentive de son point 80 montre que l'élément décisif n'est pas le vice de forme considéré en soi, mais son incidence sur les droits de la défense, incidence qui peut être nulle si l'entreprise concernée elle-même ne démontre pas que l'impossibilité de prendre connaissance de certaines preuves à décharge l'a privée d'instruments qui lui auraient permis de convaincre la Commission de son innocence.

37. Cette approche ne comporte aucun renversement de la charge de la preuve. Le principe qu'elle contient, qui relève de la procédure, est au service du droit fondamental à la présomption d'innocence, qui, lui, participe du fond. Il ne faut pas confondre l'un et l'autre.

38. La présomption d'innocence implique qu'aucune peine ne pourra être prononcée aussi longtemps que la culpabilité n'aura pas été démontrée. Par conséquent, c'est à celui qui formule l'accusation de prouver que celui qu'il met en cause s'est bel et bien rendu coupable des faits constitutifs de l'infraction et que les autres éléments, de fait et de droit, permettant de le déclarer responsable sont réunis. C'est à cet endroit que la présomption d'innocence et la charge de la preuve se rencontrent. La Commission a imputé certaines pratiques contraires à la concurrence aux entreprises requérantes et a utilisé différentes preuves pour corroborer son accusation. Elle a donc en principe respecté cette règle de procédure qu'est la charge de la preuve. Tout autre est la question de savoir si les documents qu'elle a utilisés sont susceptibles de mettre cette présomption à néant, mais, comme il s'agit d'une question distincte, il n'y a pas lieu de l'aborder en ce moment.

39. Plusieurs des entreprises condamnées ont formé un recours contre la décision qui les sanctionnait. C'est le cas, notamment, d'Italcementi, qui demande son annulation au motif que la Commission l'a mise dans le cas de ne pas pouvoir se défendre en lui refusant l'accès à tous les documents du dossier et, en particulier, à ceux qui auraient permis de la disculper. Conformément au principe de la charge de la preuve, c'est donc à Italcementi qu'il appartient d'accréditer les éléments de fait sur lesquels elle fonde sa demande. En premier lieu, il lui appartient de démontrer que la Commission ne lui a pas transmis tous les documents qu'elle a utilisés au cours de la pro-

33 — La Cour a appliqué le même critère dans l'arrêt PVC II, précité, points 315 et suiv., en particulier point 325.

34 — Ce fut le cas de l'entreprise Cedest, SA (T-38/95). Voir points 2211 et 2286 de l'arrêt entrepris.

cédure et, en second lieu, que cette absence de communication l'a mise dans une situation rendant sa défense impossible.

40. En d'autres termes, une fois que la Commission s'est acquittée de l'obligation qui était la sienne, il appartenait aux entreprises et aux associations inculpées de réfuter les preuves à charge en utilisant tous les moyens dont elles disposaient. Appliquant le critère d'appréciation qu'il avait défini aux points 241 et 247 de son arrêt, le Tribunal a estimé que le vice de forme que constituait le fait pour les requérantes de n'avoir pas eu accès à ces documents au cours de la procédure administrative n'avait pas eu d'incidence sur les droits de la défense.

41. Il a donc strictement appliqué le principe de la charge de la preuve en l'espèce. L'approche abstraite et formaliste d'Italcementi ne saurait dès lors pas être suivie, car tout vice de procédure, si infime soit-il, entraînerait la nullité de la décision sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur l'impact qu'il aurait eu sur son bien-fondé. Admettre un tel point de vue entraînerait une paralysie administrative, incompatible avec le principe d'efficacité, sans fournir aucune garantie additionnelle pour les droits des administrés.

b) Le caractère prétendument erroné, arbitraire et non fondé de l'analyse opérée par le Tribunal de première instance (deuxième branche du premier moyen)

i) La position des parties

42. Selon Italcementi, l'approche adoptée par le Tribunal de première instance est arbitraire et infondée pour trois raisons: en premier lieu, parce que limiter l'analyse de l'utilité éventuelle des documents qui n'avaient pas été dévoilés au cours de la phase administrative à ceux qui présentaient un lien objectif avec les griefs ne repose sur aucune justification; en deuxième lieu, parce que les soi-disant «preuves documentaires directes» sont vraiment ténues et que le juge d'instance a abusé des présomptions, et, enfin, parce qu'en examinant concrètement les documents invoqués, cette juridiction s'est écartée du critère qu'elle avait elle-même défini au point 247 de l'arrêt entrepris.

43. La Commission s'est bornée à affirmer que cette branche du moyen est, d'une part, irrecevable dans la mesure où elle a trait à l'appréciation de la preuve, opération qui relève de la compétence du juge de première instance, et qu'elle est, d'autre part, infondée en ce qu'Italcementi prête à l'arrêt des affirmations qu'il ne contient pas.

44. La cohérence de l'argumentation m'impose de répondre en premier lieu à la seconde des raisons invoquées par la société requérante.

ii) Les soi-disant «preuves (à charge) directes» et leur appréciation

45. Bien qu'Italcementi se défende de vouloir obtenir une révision de l'examen des preuves, ce grief présente une dimension manifestement irrecevable sur laquelle repose toute son argumentation et qui apparaît à différents endroits de la requête, en particulier lorsque la société évoque la «faiblesse» des preuves utilisées contre elle. Qu'elles soient ténues ou directes, déduites de références ou fondées sur des présomptions, la Cour ne peut pas réviser en cassation l'appréciation que le juge d'instance en a donnée ni émettre de jugement de valeur sur les conséquences de fait qu'il en a inférées.

46. En tant qu'organe de cassation, la Cour ne doit pénétrer sur ce terrain que si une disposition ou un principe général du droit communautaire a été enfreint lors de l'obtention des preuves, si les règles relatives à la charge de la preuve ont été violées au cours de l'appréciation de celles-ci ou si ladite appréciation est illogique ou arbitraire et si, par conséquent, elle dénature les éléments probatoires. La Cour a uniquement le pouvoir de réparer la violation de droit que le Tribunal aurait commise, mais elle ne peut jamais établir les faits, sans préjudice de son pouvoir de contrôler la qualification juridique qui leur aurait été donnée [35]. Aucun des éléments qui précèdent ne se présente en l'espèce.

47. Voici comment le Tribunal de première instance a procédé dans le cas d'Italcementi: se fondant sur des faits établis (à savoir que différentes réunions avaient été organisées; que la requérante avait assisté à certaines d'entre elles; qu'au cours de celles-ci des accords anticoncurrentiels avaient été adoptés et confirmés; que la requérante n'avait pas expressément manifesté son dissentiment ou pris ses distances; qu'elle avait participé aux échanges d'informations sur les prix et à la constitution de la European Task Force et d'Interciment; qu'elle était intervenue dans les actions Calcestruzzi et avait conclu un pacte avec Cementir et Unicem), il a déclaré prouvé qu'Italcementi faisait partie de l'entente. Ce cheminement logique non seulement n'est entaché d'aucun des vices qui justifieraient un contrôle par la Cour en cassation, mais il est en outre raisonnable et conforme aux règles du bon sens. Le Tribunal l'a d'ailleurs expliqué de manière adéquate dans son arrêt [36].

35 — Voir le point 27 des conclusions que j'ai présentées le 3 mai 2001 dans l'affaire Ismeri Europe/Cour des comptes (arrêt du 10 juillet 2001, C-315/99 P, Rec. p. I-5281) ainsi que les arrêts que j'ai cités à la note 17 de ces conclusions, de même que le point 19 de l'arrêt Ismeri Europe/Cour des comptes. Parmi les décisions plus récentes de la Cour, on consultera l'arrêt du 21 juin 2001, Moccia Irme e.a./Commission (C-280/99 P à C-282/99 P, Rec. p. I-4717, point 78).

36 — Voir points 1350, 1351 et 1353 pour l'accord Cembureau; 1497 à 1500 pour les échanges d'informations sur les prix; 2745 à 2753 pour la constitution de la European Task Force et 2997 et suiv. pour celle d'Interciment; voir enfin les points 3264 à 3270 pour les actions Calcestruzzi ainsi que les points 3345 et suiv. pour le pacte sur les contrats avec ce producteur italien de béton.

48. Si une société participe, en compagnie de ses concurrents sur le marché, à une ou plusieurs réunions dont émerge un accord contraire à la concurrence, la technique des présomptions permet de déduire, si cette entreprise ne manifeste pas expressément le contraire, qu'elle fait partie de ce pacte, a fortiori si, par la suite, elle participe à des mesures d'exécution de la convention anticoncurrentielle.

49. La preuve par présomption est fondée sur la logique, sur le sens commun et sur l'expérience. Elle ne peut être utilisée qu'au départ d'événements établis permettant de considérer certains faits comme étant accrédités grâce à un processus mental conforme aux règles du bon sens.

50. La Cour a admis que ce type de preuves permet de déclarer établie la participation d'une entreprise à un accord anticoncurrentiel, cette présomption pouvant, néanmoins, comme toutes les présomptions iuris tantum, être mise à néant au moyen d'autres preuves [37]. J'ajouterai, pour ma part, que, dans un secteur tel que celui de la protection de la concurrence sur le marché intérieur, où l'on est confronté à des comportements complexes qui se manifestent par des agissements astucieux organisés suivant des structures compliquées, la preuve par présomption est un instrument pratiquement indispensable à la manifestation de la vérité.

iii) Le caractère raisonnable du critère utilisé par le Tribunal de première instance pour l'appréciation des preuves à décharge

51. Le discours d'Italcementi contient une donnée décisive sur laquelle est fondée toute sa demande. Il s'agit de l'affirmation, qu'elle attribue au Tribunal de première instance, selon laquelle elle a été sanctionnée sur la base «uniquement de preuves documentaires directes». Isoler cette assertion [38] de son contexte est inadmissible, car, si elle figure dans l'arrêt entrepris, elle y est précédée d'une négation. Dans l'arrêt entrepris, le Tribunal constate que la décision n'était pas fondée sur «un parallélisme de comportement constaté sur le marché» [39] de manière à désamorcer virtuellement les documents susceptibles de fournir une autre explication économique au comportement des entreprises condamnées [40].

37 — Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Rec. p. I-4125, point 96), la Cour a déclaré que le Tribunal était en droit de considérer, sans renverser indûment la charge de la preuve, que, dès lors que la Commission avait pu établir qu'Anic avait participé à des réunions au cours desquelles des initiatives de prix avaient été décidées, organisées et contrôlées, il incombait à cette dernière d'apporter la preuve de ses allégations selon lesquelles elle n'aurait pas souscrit à ces initiatives. Elle s'est prononcée dans le même sens dans les arrêts du 8 juillet 1999, Hüls/Commission (C-199/92 P, Rec. p. I-4287, point 155), et Montecatini/Commission (C-235/92 P, Rec. p. I-4539, point 181).

38 — Voir, par exemple, les points 260 et 263 de l'arrêt entrepris.

39 — Point 264.

40 — Voir points 264 et 1116, en général. Pour le cas particulier d'Italcementi, on consultera utilement les points 1257, 1260, 1262 et 1264.

52. Cette approche donne tout son sens au critère appliqué par le Tribunal qui consiste à limiter l'éventail des preuves aptes à réduire à néant les appréciations de fait de la Commission à celles qui seraient contenues dans des «documents se rapportant directement à des infractions» dénoncées dans la décision [41]. En d'autres termes, la règle conformément à laquelle les droits de la défense des parties requérantes ont été enfreints si l'accès à des éléments probatoires, non pas uniquement susceptibles de fournir des explications complémentaires ou différentes qui, pour respectables qu'elles soient, ne démentent pas les documents invoqués dans la décision, mais bien de nature à infirmer les preuves utilisées par la Commission [42] leur a été refusé au cours de la phase administrative est une règle correcte.

53. Un seul exemple suffit à le faire comprendre. La Commission a déduit de certains documents [43] que des accords anticoncurrentiels avaient été adoptés au cours des réunions des producteurs européens de ciment qui se sont tenues les 14 janvier 1983, 19 mars et 7 novembre 1984. Définir le niveau des exigences auxquelles il doit être satisfait en matière de violation des droits de la défense par référence aux preuves qui auraient pu infirmer le contenu de ces éléments probatoires me paraît raisonnable. Le Tribunal n'a d'ailleurs rien exigé d'autre lorsqu'il a parlé d'une «relation objective» avec un des griefs formulés dans la décision [44].

54. L'entreprise requérante semble elle-même d'accord avec cette approche. Dans sa requête, elle affirme que la décision de rejeter les «documents totalement étrangers» [45] à l'affaire est une décision correcte. Il résulte de la manière dont la procédure administrative s'est déroulée que ces documents sont ceux qui ne contiennent aucun élément pouvant être mis en relation avec les preuves directes. Si la Commission a estimé, en se basant sur les documents qui figuraient dans le dossier, que Cembureau et ses membres directs sont parvenus, au cours de la réunion des chefs de délégation du 14 janvier 1983, à laquelle Italcementi n'assistait pas, à un accord de respect des marchés nationaux et de régulation des ventes internationales, accord dont le contenu a été confirmé, notamment, au cours de la réunion du 19 mars 1994, à laquelle Italcementi participait cette fois, seule l'impossibilité d'utiliser à sa décharge des éléments de preuve démentant que l'entente litigieuse avait été adoptée et ratifiée au cours de ces réunions, démontrant qu'elle ne participait pas à ces réunions ou prouvant que, bien qu'elle y ait assisté, elle s'était démarquée des décisions qui avaient été prises aurait pu porter atteinte aux droits de la défense de la requérante.

41 — Point 262 de l'arrêt entrepris.

42 — Point 263 de l'arrêt entrepris.

43 — Il s'agit des documents cités aux points 18, 19 et 45 des motifs de la décision.

44 — Point 247 de l'arrêt entrepris.

45 — Point 70.

55. Dès l'instant où l'adoption et la ratification de l'accord au cours des réunions litigieuses avaient été démontrées, l'éventuelle utilisation d'éléments de preuve susceptibles d'apporter une explication économique différente au comportement d'Italcementi était dénuée de pertinence et, par conséquent, le fait qu'elle n'y ait pas eu accès au cours de la phase administrative du dossier n'a pas pu violer ses droits de la défense. Une lecture attentive des points 1256 à 1267 de l'arrêt entrepris démontre que les documents qu'elle n'a pas pu consulter peuvent être qualifiés de «sans rapport» et n'auraient présenté aucun intérêt pour sa défense puisqu'ils ne sont pas de nature à réfuter les preuves directes utilisées dans la décision.

iv) Respect, par le Tribunal, du critère d'appréciation qu'il avait lui-même défini — Les preuves à charge demeurées inaccessibles

56. Selon Italcementi, le Tribunal aurait, dans l'application pratique qu'il a faite du critère d'appréciation qu'il avait adopté au point 247 de son arrêt, dévié de la définition théorique qu'il en avait donnée. À l'appui de son propos, elle cite et analyse les cas des affaires Groupe Origny/Commission (T-38/95), Compañía Valenciana de Cementos Portland/Commission (T-52/95) et Castle Cement/Commission (T-56/95), dans lesquelles le Tribunal n'a pas annulé la décision en cause à l'époque et s'est borné à la réformer bien que les droits de la défense des entreprises aient été violés en ce que celles-ci n'ont pas eu accès aux documents à décharge.

57. Cette allégation est absurde. En effet, afin d'obtenir la reconnaissance de ses propres droits de la défense, Italcementi invoque la violation de droits qui ne sont pas les siens, ce qu'elle n'est pas recevable à faire. À supposer même que les faits sur lesquels elle base son raisonnement soient établis, leur véracité ne saurait avoir la moindre incidence sur le sort de la demande qu'elle formule dans son pourvoi.

58. Italcementi ajoute que sa situation est la même puisque, dans son arrêt, le Tribunal identifie des documents qui avaient été tenus secrets, de sorte qu'elle n'avait pas pu les utiliser pour sa défense au cours de la procédure répressive. Selon elle, après avoir constaté ce fait, le Tribunal devait déclarer que la décision était entachée d'un vice de forme et l'annuler sans devoir analyser ces documents ni rechercher si, en tout état de cause, les infractions pour lesquelles elle avait été condamnée apparaissaient suffisamment démontrées.

59. En abordant cette question par la bande, la société requérante reproduit un débat auquel j'ai déjà répondu, à savoir le débat relatif au point de savoir si, quelle que soit son importance, le vice de forme doit automatiquement entraîner l'annulation de la décision qui a mis fin à la procédure. Je renvoie donc aux considérations que j'ai exposées tout au long de la section IV, 1, A, 1), sous a), plus haut et, en particulier, aux points dans lesquels j'ai expliqué que le Tribunal ne s'est pas substitué à la Commission, mais que, en examinant si

le vice de forme dont celle-ci s'est indiscutablement rendue coupable a placé Italcementi dans l'impossibilité de se défendre comme celle-ci le prétend, il a exercé son pouvoir juridictionnel de manière irréprochable. Faisant usage de celui-ci, il analysé les éléments de fait et les arguments juridiques fournis par la requérante, à laquelle il a apporté une solution adéquate et fondée en droit.

60. Le raisonnement d'Italcementi est en outre vicié par une certaine confusion. Toutes ses allégations concernant les droits de la défense sont déduites de l'impossibilité de consulter et d'utiliser, au cours de la procédure administrative, des documents dont elle aurait pu se servir comme preuves à décharge. Or, ceux qu'elle invoque aujourd'hui sont des éléments à charge utilisés par la Commission qu'elle n'a pas eu l'occasion d'examiner ni de contredire avant que la décision ait été prononcée [46]. Il est évident que le critère d'appréciation ne peut pas être le même dans le premier et dans le second cas. La requérante ne saurait se servir des arguments au moyen desquels le Tribunal a statué sur l'impossibilité de consulter les preuves à charge pour démontrer l'incohérence du critère que cette juridiction avait défini au point 247 de l'arrêt entrepris à propos de l'absence d'accès aux preuves à décharge.

46 — Voir points 366, 376, 1111, 1112 et 2807 de l'arrêt entrepris.

61. Je considère que la règle appliquée par le juge d'instance est également cohérente: les éléments à charge que les entreprises incriminées n'ont pas pu réfuter au cours de la procédure administrative ne doivent pas être utilisés contre elles; une fois qu'ils auront été écartés, la décision doit être annulée s'il n'existe aucune preuve démontrant que l'infraction a bel et bien été commise; en revanche, si celle-ci a suffisamment été établie, le vice de forme est sans importance. Pour expliquer la justesse de cette approche, je renvoie à ce que j'ai exposé à propos du caractère instrumental du droit d'accès au dossier administratif et à propos de la dimension matérielle de la notion juridique d'impossibilité de se défendre.

62. Pour toutes les raisons que je viens d'exposer, j'estime qu'il faut rejeter ce moyen — le premier — comme étant irrecevable et non fondé.

2) Sur les droits de la défense et l'abandon des «griefs nationaux» par la Commission (deuxième moyen)

63. Italcementi divise ce moyen en deux branches, dénonçant, d'une part, le fait qu'elle n'avait pas eu l'occasion de présenter ses observations sur l'abandon des

griefs nationaux avant l'adoption de la décision répressive, circonstance qui l'aurait placée dans l'impossibilité de se défendre [47], et critiquant, d'autre part, la contradiction qu'il y aurait entre cet abandon et la décision en ce que celle-ci sanctionne les comportements visés dans les griefs nationaux [48].

a) L'impossibilité de présenter des observations sur l'abandon des griefs nationaux au cours de la phase administrative

64. Cette branche du deuxième moyen articulé par Italcementi comporte une dimension irrecevable. Il résulte de la lecture du pourvoi qu'une bonne partie des arguments développés par la requérante ne font que reproduire les motifs exposés par le juge d'instance et ne contiennent aucune critique à l'égard de la réponse qu'il a fournie aux points 438 et suivants de l'arrêt entrepris.

65. Cette branche est également infondée. Le Tribunal a déclaré qu'une décision qui, à l'instar de celle d'abandonner une accusation, correspond à l'objectif poursuivi par les destinataires de la communication des griefs ne saurait comporter une violation de leurs droits de la défense puisque, par définition, elle se solde en leur faveur [49].

66. En revanche, l'institution est tenue de donner aux parties concernées l'occasion de se prononcer sur l'abandon de l'accusation si, en dépit des apparences, celui-ci ne comporte pas une renonciation, mais bien une modification in peius des griefs.

67. Italcementi soutient que, si elle avait eu l'occasion de formuler des observations après que la Commission lui eut fait savoir qu'elle renonçait aux griefs nationaux, elle aurait pu convaincre celle-ci de ne pas condamner l'accord relatif à Calcestruzzi comme étant une mesure d'exécution de l'entente Cembureau [article 4, paragraphe 3, sous b)].

68. L'élément décisif n'est cependant pas la possibilité de persuader la Commission, mais bien le moment auquel cette occasion se serait présentée. L'abandon des griefs relatifs aux marchés nationaux n'a rien ajouté à la question et n'en a rien soustrait [50]. L'imputation concernant l'accord que la requérante, Unicem et Cementir avaient passé afin que Calcestruzzi cesse d'importer du ciment grec se trouvait dès le départ dans la partie internationale de la

47 — Elle consacre à cette branche du moyen les points 113 à 120 de son pourvoi.

48 — Points 121 à 129 du pourvoi.

49 — Voir le point 439 de l'arrêt, où le Tribunal invoque l'arrêt de la Cour du 7 juin 1983, Musique diffusion française e.a./Commission (100/80 à 103/80, Rec. p. 1825), au point 14 duquel la juridiction supérieure a reconnu la faculté de la Commission de renoncer aux griefs qu'elle adresse aux entreprises mises en cause.

50 — Voir point 443 de l'arrêt entrepris.

communication des griefs [51]. Elle apparaissait en filigrane de la partie relative au marché italien, dans laquelle la Commission faisait référence aux contrats d'approvisionnement conclus avec ce fabricant de béton. L'entreprise requérante a donc toujours été en mesure de formuler des observations et des arguments concernant la corrélation des deux griefs et sur la nécessité de leur réserver le même sort.

69. Lorsque la Commission a renoncé aux paragraphes nationaux de la communication des griefs, Italcementi avait déjà eu l'occasion de souligner la soi-disant identité des comportements dénoncés dans les deux parties du document accusateur. Dans ce contexte, l'affirmation du Tribunal conformément à laquelle «les commentaires que la partie requérante aurait pu faire valoir sur l'abandon des griefs nationaux n'auraient, de toute évidence, pas conduit la Commission à abandonner le grief international relatif à l'accord entre les producteurs italiens de ciment» prend tout son sens [52].

b) La soi-disant contradiction entre l'abandon des griefs nationaux et la décision

70. L'analyse de cette branche du deuxième moyen m'oblige à m'étendre quelque peu sur ce qu'il est convenu d'appeler les mesures de protection du marché italien.

71. La décision décrit deux infractions en liaison avec ces mesures. Elles s'inscrivaient dans le cadre de la European Task Force ou Cembureau Task Force.

72. La première, plus générale, qui est sanctionnée par l'article 4, paragraphe 3, sous a), consiste en des pratiques concertées destinées à détourner Calcestruzzi, qui était alors le principal fabricant italien de béton prêt à l'emploi, de ses fournisseurs grecs de ciment et, en particulier, de Titan. Cette infraction a été imputée à Italcementi, à Unicem et à Cementir, ainsi qu'aux autres participants à l'entente susvisée [53].

73. La seconde, plus spécifique, résidait dans l'accord que les trois fabricants italiens avaient conclu pour que Calcestruzzi cesse d'importer du ciment en provenance de Grèce, cette entreprise ayant menacé d'importer 1,5 tonne de ciment grec. Cette infraction, sanctionnée à l'article 4, paragraphe 3, sous b), a été imputée uniquement aux trois producteurs cités plus haut [54].

51 — Voir les considérations que j'ai exposées plus haut à ce sujet.

52 — Point 447 de l'arrêt entrepris.

53 — Sur l'existence de cette infraction, voir les points 3138 et suiv. de l'arrêt entrepris.

54 — Le raisonnement du Tribunal de première instance sur l'existence de cette infraction figure aux points 3345 et suiv. de l'arrêt entrepris.

74. Dans la partie internationale de la communication des griefs, la Commission se référait à deux infractions liées aux mesures de protection du marché italien qui avaient été adoptées dans le cadre de la European Task Force ou Cembureau Task Force. Au point 61, sous h), iv) [55], l'institution déclarait que «les pressions exercées sur Calcestruzzi et la non-exécution de la part de Calcestruzzi du contrat d'achat de ciment de Titan font partie des mesures dissuasives de la Task Force *et sont le résultat de pratiques concertées entre les producteurs italiens Italcementi, Unicem et Cementir et ceux-ci et les autres participants à la 'Cembureau Task Force'*» [56], pratiques qui avaient pour objectif de détourner des producteurs grecs un client qui leur permettait de pénétrer sur le marché italien.

75. Le grief national relatif à la République italienne avait trait aux contrats et conventions d'approvisionnement signés les 3 et 15 avril 1987 par Unicem, Italcementi, Cementir et Calcestruzzi. Dans le cadre de ces contrats, ces entreprises ont créé une filiale commune appelée Societá Italiana per le Promozioni ed Applicazioni del Calcestruzzo SpA (SIPAC) [57]. Au moyen de ces accords, les trois producteurs s'engageaient à satisfaire tous les besoins de ciment du groupe Calcestruzzi et à consentir les réductions de prix qui y étaient prévues. De son côté, Calcestruzzi s'engageait à affecter la moitié de ces rabais à la filiale commune précitée, laquelle devait investir ces sommes dans des sociétés de béton prêt à l'emploi ou d'activités connexes, et à satisfaire au moins 80 % de ses besoins en ciment auprès d'Italcementi, d'Unicem et de Cementir ou auprès de sociétés désignées par elles. Les trois producteurs de ciment se sont réservé le droit de résiliation si les achats de ciment de Calcestruzzi auprès d'eux étaient inférieurs à 95 % des besoins de l'acheteur [58].

76. La Commission a estimé que ces contrats, qu'elle a décidé de ne pas mettre en cause, avaient été signés dans le cadre de l'accord passé entre les trois fabricants italiens de ciment qui est décrit à l'article 4, paragraphe 3, sous b), de la décision.

77. Selon Italcementi, il est contradictoire d'abandonner les griefs nationaux tout en maintenant ceux qui ont trait au comportement décrit à l'article 4, paragraphe 3, sous b), de la décision parce que, comme le Tribunal l'a déclaré, il n'est pas certain que la Commission ait visé l'accord conclu entre les trois cimenteries italiennes dans le volet international de la communication des griefs.

78. Il suffit de lire les phrases que j'ai soulignées plus haut pour constater que le point de vue d'Italcementi est erroné. Dans

55 — Qui, comme Italcementi le reconnaît, est reproduit littéralement au point 55, sous a), paragraphe (1), des motifs de la décision.

56 — Souligné par moi.

57 — Voir points 444 et 445 de l'arrêt entrepris.

58 — Voir point 27, paragraphe (6), des motifs de la décision et point 3345 de l'arrêt entrepris.

la partie internationale de la communication des griefs, la Commission citait l'accord conclu entre les trois cimenteries ainsi que l'entente à laquelle elles étaient parvenues avec les autres producteurs membres de la Cembureau Task Force. S'il est vrai que cette référence est faite dans le cadre du comportement décrit ensuite à l'article 4, paragraphe 3, sous a), de la décision, il ne l'est pas moins que, dans les considérations relatives à l'action prévue sous b), la Commission évoque un accord entre Italcementi, Unicem et Cementir, qui ne peut être autre que l'accord visé au point 61, sous h), iv), de la communication des griefs.

79. Quoi qu'il en soit, la seconde branche de ce deuxième moyen contient une certaine contradiction par rapport à la position qu'Italcementi avait adoptée pour justifier le grief qu'elle dénonçait dans la première. Si elle y mettait l'accent sur les liens étroits qui unissent les deux parties de la communication des griefs, elle souhaite à présent démontrer que ces relations n'étaient pas si intimes et que, dans le volet international, la Commission ne faisait référence à aucun accord entre les trois producteurs italiens. Si, comme le prétend la requérante, la Commission était, après avoir décidé d'abandonner les griefs nationaux, qui portaient sur les contrats passés avec Calcestruzzi, tenue de donner aux parties l'occasion de la convaincre que cet abandon l'obligeait à se désister de l'imputation qu'elle allait ensuite décrire à l'article 4, paragraphe 3, sous b), je ne parviens pas à comprendre pour quelle raison elle souligne avec tant d'insistance aujourd'hui que, dans la partie internationale, la Commission ne visait pas un accord entre les trois cimenteries dont ces contrats auraient été l'émanation.

80. Les explications qui précèdent entraînent directement le rejet du deuxième moyen du pourvoi formé par Italcementi.

B — Moyens de fond — L'accord «relatif aux contrats et conventions signés» avec Calcestruzzi (troisième moyen) — Le principe «non bis in idem»

81. Pour obtenir la révocation de l'arrêt entrepris et l'annulation conséquente de la décision répressive de la Commission, Italcementi invoque un moyen de fond unique dirigé contre l'appréciation que le Tribunal de première instance a donnée de l'accord relatif aux contrats qu'elle a signés en 1987 avec Calcestruzzi et, plus particulièrement, contre la qualification qu'il lui a donnée d'acte d'exécution de l'accord Cembureau.

82. Italcementi explique que, pour le Tribunal, l'imputation énoncée à l'article 4, paragraphe 3, sous b), de la décision avait pour objet la convention que les trois fabricants italiens avaient passée pour éviter que Calcestruzzi importe du ciment grec, finalité qui la lie à l'accord Cembureau par le biais des activités de la European Task Force.

83. Selon la requérante, la sanction du comportement décrit dans cet article de la décision est en contradiction avec ces prémisses pour les trois raisons suivantes:

1) la signature et l'exécution des contrats avec Calcestruzzi étaient étrangères au principe du «chacun chez soi» dont la rupture des relations de cette entreprise avec l'entreprise grecque Titan fut la mise en pratique; qui plus est, ces contrats marquent la fin de l'acte illicite visé à l'article 4, paragraphe 3, sous b), de la décision;

2) en réalité, contrairement à ce qui est dit dans la décision et dans l'arrêt, ce que Commission et Tribunal ont censuré, ce n'est pas l'entente entre les trois cimenteries italiennes, mais bien les contrats conclus avec Calcestruzzi; cette sanction est incompatible avec l'abandon des griefs nationaux et inconciliable avec toute résolution de l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

3) qualifier les contrats avec Calcestruzzi d'actes d'application de l'accord Cembureau entraîne un résultat aberrant: entre 1989 et 1992, les seuls participants à cet accord sont les trois entreprises italiennes: peut-on alors parler d'accord «ultranational»?

84. Comme on peut le voir, la contradiction dénoncée, qui était formelle dans le moyen précédent, prend ici une dimension matérielle.

85. La réponse qu'il convient de donner à ce grief doit être fournie au départ des faits du litige, tels qu'ils sont exposés aux points 3345 et suivants de l'arrêt entrepris.

86. Ces faits n'admettent que deux interprétations en droit selon que l'on estime que l'accord sanctionné par l'article 4, paragraphe 3, sous b), de la décision et les contrats signés en avril 1987 par Italcementi, Unicem, Cementir et Calcestruzzi sont des comportements distincts ou que l'on considère qu'ils constituent une seule et même pratique. Il serait inacceptable d'utiliser indistinctement ces deux appréciations en fonction du contexte ou de l'argument auquel il s'agit d'apporter une réponse.

87. Si l'on adopte la seconde possibilité, on se heurte au principe «non bis in idem» dans la mesure où le même comportement aurait été sanctionné deux fois: la première fois par la Commission et la seconde par l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [59].

59 — Décision du 6 mars 1996, procédure I.123, *Bollettino* 10/1996, p. 7.

88. Ce principe [60] interdit de sanctionner une même personne à plusieurs reprises pour un même comportement illicite en vue de protéger les mêmes biens juridiques dans la mesure où une telle répétition de sanctions entraînerait une réitération inadmissible dans l'exercice du ius puniendi [61].

89. L'application de ce principe est donc subordonnée à une règle de trois unités: identité de faits, unité de contrevenant et unité de bien juridique protégé [62].

90. Il ne fait aucun doute qu'il y a identité de contrevenant en l'espèce.

91. L'unité de bien juridique protégé ne fait aucun doute elle non plus. L'ensemble des règles qui garantissent la libre concurrence à l'intérieur de l'Union européenne ne permet pas de distinguer ressort communautaire et ressorts nationaux comme s'il s'agissait de compartiments cloisonnés. Il s'agit, dans l'un comme dans les autres, de protéger une concurrence libre et ouverte dans le marché commun. Si le premier l'envisage dans son ensemble et les seconds sous l'angle de leurs composantes distinctes, leur essence demeure la même. Sur ce point, les droits nationaux doivent transposer de manière adéquate les dispositions énoncées aux articles 81 CE et 82 CE et par le droit dérivé qui les met en œuvre.

92. On observera, à la lecture des articles 2 [63] et 3 de la loi italienne 287/1990, du 10 octobre 1990, de protection de la concurrence et du marché [64], qu'il s'agit là d'une transcription quasi littérale des articles 81 CE et 82 CE, la seule différence étant que le législateur italien parle de «marché national» là où le traité parle de «marché communautaire». Comme je l'expliquerai plus tard, cette différence se cantonne aux adjectifs et n'a pas d'incidence substantielle.

93. Les autorités communautaires et nationales s'acquittent d'une tâche similaire

60 — Sur le principe «non bis in idem», on consultera utilement les conclusions que j'ai présentées le 19 septembre 2001 dans les affaires Gözütok et Brügge (C-187/01 et C-385/01), dans lesquelles la Cour n'a pas encore statué.

61 — La Cour a déjà examiné l'éventualité d'une intervention redondante des autorités nationales de la concurrence et de la Commission dans son arrêt du 13 février 1969 e.a., Wilhelm (14/68, Rec. p. 1), dans lequel elle a déclaré que l'application parallèle du droit national ne peut pas porter préjudice à l'application pleine et uniforme, dans tout le marché commun, des règles communautaires en matière de pratiques collusoires et à l'effet des actes d'exécution de celles-ci (point 1 du dispositif). L'existence de compétences partagées est aujourd'hui un fait admis [voir la communication relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du traité CEE, (JO 1993, C 39, p. 6)]; de même qu'est reçue la règle donnant la primauté à la décision communautaire en cas d'interventions superfétatoires à propos d'une même pratique ou d'un même accord anticoncurrentiels [voir arrêts du 28 février 1991, Delimitis (C-234/89, Rec. p. I-935), et du 14 décembre 2000, Masterfoods et HB (C-344/98, Rec. p. I-11369)].

62 — Dans l'arrêt du 18 novembre 1987, Maizena (137/85, Rec. p. 4587), la Cour a dit pour droit qu'exiger deux cautions distinctes d'une même personne pour des faits identiques n'enfreignait pas le principe «non bis in idem» parce que ces deux cautions n'avaient pas la même finalité (points 22 et 23).

63 — C'est pour s'être rendue coupable d'infractions à cette disposition qu'Italcementi a été condamnée par la décision de l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, déjà citée plus haut.

64 — *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, n° 240, du 13 octobre 1990.

et, lorsqu'elles répriment des comportements restrictifs de la concurrence, elles cherchent à protéger un seul et même bien juridique. Il existe, dans un domaine matériel identique, un authentique concours de compétences liées à des objectifs semblables. La répartition de ces compétences a été tracée par la Cour dans les arrêts que j'ai cités à la note 61 des présentes conclusions.

94. Dans l'arrêt Wilhelm e.a., précité, la Cour a dit pour droit que: «alors que l'article 85 les envisage en raison des entraves qui peuvent en résulter pour le commerce entre les États membres, les législations internes, inspirées par des considérations propres à chacune d'elles, considèrent les ententes dans ce seul cadre» [65]. En s'exprimant de la sorte, la Cour se référait à la double perspective, l'une globale et l'autre territorialement limitée, à laquelle j'ai fait allusion quelques lignes plus haut. Dans cette dernière hypothèse, lorsque l'activité collusoire ne dépasse pas les frontières d'un État membre, elle n'en cesse pas pour autant d'affecter le «jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun» [66]. Le critère de l'étendue territoriale du comportement restrictif n'est pas substantiel, mais purement adjectif, dans la mesure où il n'affecte pas la nature de l'infraction, mais uniquement son intensité.

95. Lorsque la Commission poursuit et sanctionne un comportement contraire à l'article 81 CE et que les trois unités que j'ai évoquées plus haut sont rassemblées, l'autorité nationale compétente en matière de protection de la concurrence ne peut plus la punir à son tour. Il en va de même lorsque c'est l'instance nationale qui agit la première [67].

96. La solution, adoptée par la Cour dans l'arrêt Wilhelm e.a., qui consiste, pour la seconde autorité intervenante, à diminuer la sanction en réduisant le montant de l'amende infligée par la première instance répressive ne satisfait pas aux exigences du principe «non bis in idem». Ce principe n'est pas une règle de procédure agissant comme un agent lénitif au service de la proportionnalité lorsqu'une personne est doublement jugée et condamnée pour un même comportement, mais bien une garantie fondamentale des droits des citoyens [68].

97. En réalité, dans l'arrêt susvisé, la Cour n'a pas appliqué le principe «non bis in idem» [69] parce qu'il s'agissait de «deux procédures parallèles, poursuivant des fins distinctes» [70], c'est-à-dire des procédures

65 — Point 3.

66 — Article 85 du traité.

67 — Sur la sanction d'un même fait dans deux ordres juridiques différents, voir les considérations que j'ai exposées aux points 52 et suiv. des conclusions que j'ai présentées dans les affaires Gözütok et Brügge, déjà citées.

68 — Voir article 4 du protocole n° 7 de la convention de Rome et article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

69 — Voir Pralus, M., «Étude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe 'non bis in idem': non bis», dans *Revue de science criminelle*, juillet-septembre 1996, p. 553 à 574, en particulier, p. 558.

70 — Point 11.

ayant pour objet de protéger des biens ou valeurs juridiques différents [71]. Elles ne présentaient pas l'identité d'objectif protégé à laquelle l'application de la règle «non bis in idem» est subordonnée. Il résulte de cet arrêt que, pour la jurisprudence communautaire, «une exigence générale d'équité [...] implique qu'il soit tenu compte de toute décision répressive antérieure pour la détermination d'une éventuelle sanction» [72] même lorsque le principe susmentionné ne s'applique pas et que le cumul des sanctions est légitime.

98. Néanmoins, la troisième des identités requises, à savoir l'identité de faits, fait défaut [73].

99. Au point 3386 de l'arrêt entrepris, le Tribunal précise que la décision de l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato faisait référence aux contrats d'approvisionnement et aux conventions de coopération que les trois producteurs italiens (Unicem, Cementir et Italcementi) avaient conclus avec Calcestruzzi alors que l'intervention des autorités communautaires portait sur l'accord que les trois fabricants de ciment avaient passé entre eux pour amener Calcestruzzi à cesser d'importer du ciment en provenance de Grèce.

100. Italcementi conteste cet élément de fait affirmé par le Tribunal, mais un pourvoi n'est pas la voie adéquate pour le faire, car l'appréciation en fait opérée par le Tribunal ne peut pas être révisée au stade de la cassation.

101. En somme, les trois producteurs italiens de ciment avaient passé un accord qui avait pour but d'éviter que Calcestruzzi continue à importer du ciment grec en exécution, notamment, du contrat qu'elle avait signé en 1986 avec Titan. Ce pacte, qui se situait dans le cadre de la proposition commune de la European Task Force d'éliminer les importations de ciment en Europe occidentale, devait être complété, complément qui était, par ailleurs, son objectif ultime. S'il s'agissait d'éviter que Calcestruzzi continue à importer du ciment en provenance de Grèce et de l'amener à s'approvisionner auprès des fabricants italiens, respectant ainsi la règle du «chacun chez soi» inhérente au principe Cembureau, il était indispensable de réguler l'approvisionnement en ciment de ce producteur italien de béton conformément à l'objectif des contrats et conventions signés les 3 et 15 avril 1987.

102. Comme on peut le voir, il n'est pas certain que ces contrats étaient étrangers au principe susmentionné et le fait qu'à partir de 1989 et jusqu'au 3 avril 1992 les trois entreprises italiennes fabriquant du ciment furent les seules à continuer à appliquer l'accord Cembureau n'a rien d'aberrant.

71 — Je ne suis pas d'accord avec cette approche, car, comme je l'ai signalé plus haut, les autorités nationales et la Commission protègent des valeurs identiques lorsqu'elles sanctionnent une même conduite en application du droit de la concurrence, qu'il soit national ou communautaire.

72 — Point 11.

73 — Dans l'arrêt du 14 décembre 1972, Boehringer Mannheim/Commission (7/72, Rec. p. 1281), la Cour de justice a dit pour droit que le principe «non bis in idem» n'avait pas été enfreint parce que, «si les faits à la base des deux condamnations en cause trouvent leur origine dans un même ensemble d'accords, ils se distinguent cependant pour l'essentiel en ce qui concerne tant leur objet que leur localisation territoriale» (point 4).

103. En effet, la durée de l'infraction sanctionnée par l'article 4, paragraphe 3, sous b), de la décision a été fixée sur la base de la durée des contrats et conventions passés avec Calcestruzzi. Dès l'instant où il avait été démontré qu'Unicem, Italcementi et Cementir s'étaient entendues pour empêcher Calcestruzzi d'importer du ciment grec, accord dans le cadre duquel elles avaient passé les contrats d'approvisionnement avec celle-ci, il n'est ni contradictoire ni illogique de fixer la durée de cette entente par référence à la validité de ces conventions, qui en sont l'expression extérieure. Tel est le sens des points 3396, 4340 et concordants de l'arrêt entrepris.

104. Une affirmation telle que celle qui précède ne comporte aucune discordance par rapport au raisonnement que le Tribunal a tenu au point 4278 de l'arrêt entrepris. L'accord Cembureau de respect des marchés nationaux était un pacte global contraire à la concurrence que la majorité des producteurs communautaires de ciment ont appliqué. Toutes les entreprises sanctionnées ont participé à son adoption ou à sa mise en œuvre, voire aux deux, au moyen de mesures à durée plus ou moins longue. La circonstance que les trois producteurs italiens l'aient respecté jusqu'au 3 avril 1992, alors que les autres fabricants avaient cessé de l'appliquer à l'époque, dénote uniquement que ces trois entreprises l'ont maintenu en vigueur plus longtemps que les autres entreprises.

2. *Moyens visant à l'annulation ou à la réduction de l'amende*

105. Italcementi consacre la seconde partie de son pourvoi, qui comporte six moyens, à critiquer l'arrêt qu'elle conteste en ce qu'il n'a ni annulé ni réduit l'amende que la Commission lui avait imposée. Trois de ces moyens (à savoir, le quatrième, le cinquième et le sixième), qu'elle avait articulés pour obtenir l'annulation totale de la sanction, ont été rejetés par l'ordonnance du 5 juin 2002 au motif qu'ils étaient manifestement infondés. Restent donc à examiner les trois autres qui, invoqués à titre subsidiaire, ont pour objet une diminution du châtiment.

A — L'intangibilité de l'amende en dépit de l'annulation partielle de la décision (septième moyen)

106. Italcementi déplore que l'annulation des articles 2 et 5 de la décision soit demeurée sans incidence sur le montant de l'amende qui lui a été infligée. Elle soutient que cette circonstance est incompatible avec l'article 15 du règlement n° 17 et enfreint les principes de proportionnalité et de non-discrimination.

107. Eu égard à la structure de la décision et aux motifs de son dispositif répressif [74], je dois constater que le grief d'Italcementi est fondé sur une prémisse partiellement erronée. Lorsqu'elle déplore que l'annulation de l'article 2, paragraphes 1 et 2, de la décision n'a eu aucun effet sur la sanction, elle se trompe tout simplement.

108. Le Tribunal a annulé ces deux éléments du dispositif parce que la Commission y imputait à l'entreprise requérante d'avoir collaboré aux infractions qu'ils décrivaient avant le 19 mars 1984. Cette conclusion a entraîné l'annulation de l'article 1er en ce qui concerne l'intervention de la requérante dans l'accord Cembureau à partir du 14 janvier 1983 [75] ainsi que la réduction proportionnelle du montant de l'amende puisque celui-ci avait été calculé en fonction de la durée de la participation de chaque entreprise à l'entente. Ainsi donc, il est inexact que l'annulation de l'article 2, en ce qui concerne Italcementi, ne soit pas répercutée sur le montant de l'amende qui lui avait été infligée.

109. Pour ce qui a trait à l'article 5, le grief est fondé, mais la manière de le formuler montre que la société requérante n'a pas compris la structure ni le fondement de la sanction qui lui a été imposée.

Pour ce qui est du marché du ciment gris, à propos duquel Italcementi soulève sa contestation, la Commission n'a sanctionné qu'un seul comportement, à savoir la participation à l'accord Cembureau, qui est décrit à l'article 1er de la décision. Les agissements visés aux articles 2 à 6 sont des mesures d'application de cette entente qui n'ont pas fait l'objet d'un châtiment distinct.

110. L'amende infligée à chacune des entreprises a été calculée en fonction de l'intensité de sa participation à l'accord. Fidèle à cette approche, la Commission a isolé deux groupes d'entreprises et d'associations. D'une part, celles qui ont participé à l'accord Cembureau et, d'autre part, celles dont l'intervention avait été moins décisive et, par conséquent, d'une moindre gravité [76].

111. À l'intérieur de la première catégorie, la Commission a distingué trois sous-groupes: 1) le premier est constitué par les entreprises et associations qui ont participé de manière directe, en qualité de membres de Cembureau, à l'adoption de l'accord sur le respect des marchés nationaux et des mesures de protection directe de ces marchés, groupe dans lequel elle a inclus Italcementi; 2) le deuxième sous-groupe comprend les sociétés qui, par le truchement de leurs principaux dirigeants, ont assumé la

74 — Voir les considérations que j'ai faites à ce propos aux points 83 à 93 des conclusions que j'ai présentées ce jour même dans l'affaire Aalborg Portland/Commission (C-204/00 P).

75 — Voir point 4381 de l'arrêt entrepris.

76 — Point 65, paragraphe (9), sous a) et b), des motifs de la décision.

fonction de chefs de délégation auprès de Cembureau soit à l'époque où l'accord a été adopté soit pendant la période de sa mise en œuvre et 3) le troisième et dernier groupe est composé des entreprises qui ont participé à des mesures d'application de l'accord visant à protéger directement les marchés domestiques [77].

112. Dans la seconde catégorie, elle a également établi trois types de responsables: 1) les entreprises qui ont participé uniquement aux mesures d'application de l'accord visant à canaliser les surplus de production vers les pays tiers; 2) celles qui, tout en ayant participé à des mesures d'application de l'accord visant à protéger directement les marchés domestiques, ont essayé de se soustraire à son application et 3) la société Ciments luxembourgeois SA qui, tout en étant membre direct de Cembureau et tout en ayant participé aux réunions des chefs de délégation au cours desquelles l'accord Cembureau ou principe homonyme a été convenu, n'a mis en œuvre aucune mesure d'exécution [78].

113. La Commission a sanctionné les entreprises et associations de la première catégorie en leur infligeant une amende dont le montant correspondait à 4 % du chiffre d'affaires que chacune d'entre elles avait réalisé sur le marché du ciment gris au cours de l'année 1992. Le montant de l'amende imposée à celles de la seconde catégorie équivalait à 2,8 % du même paramètre [79].

114. Le fait qu'après avoir déclaré que le comportement décrit à l'article 5 de la décision n'était pas contraire à l'article 85, paragraphe 1, du traité le Tribunal n'ait pas réduit le montant de l'amende infligée à Italcementi ne permet donc pas de constater la moindre violation de l'article 15 du règlement n° 17 ni des principes de proportionnalité et d'égalité.

115. L'annulation de l'article 5 de la décision ne diminue ni la gravité ni la durée du comportement d'Italcementi, critères qui, conformément aux dispositions de l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17, doivent être pris en compte pour la fixation du montant de l'amende. Par conséquent, cette annulation n'avait pas lieu d'être répercutée sur la sanction par une diminution du montant de celle-ci. Comme le Tribunal l'a déclaré dans l'arrêt entrepris, «le nombre d'infractions particulières commises par une entreprise donnée dans le cadre de l'accord Cembureau n'est pas [...] un critère pertinent d'évaluation de son degré de responsabilité dans ledit accord» [80].

77 — Point 65, paragraphe (9), sous a), des motifs de la décision.

78 — Point 65, paragraphe (9), sous b), des motifs de la décision.

79 — Voir la lettre que la Commission a adressée au Tribunal le 7 juillet 1998, en particulier les paragraphes 2 et 3. Voir, également, les points 4738, 4957 et 4963 de l'arrêt entrepris.

80 — Point 4966.

116. Conformément à ce que je viens d'exposer, il convient de rejeter ce moyen.

B — Insuffisance de l'exposé des motifs relatif à la gravité de l'infraction imputée à Italcementi (huitième moyen)

117. Italcementi a fait valoir en première instance que l'exposé des motifs de la décision n'était pas suffisant en ce qui concerne la gravité de l'infraction imputée à chaque entreprise. Elle a notamment souligné qu'elle n'avait joué qu'un rôle marginal et passif dans l'entente. Dans le cadre du présent pourvoi, elle fait le même grief au Tribunal. L'arrêt entrepris serait peu exhaustif, ne distinguerait pas les différents niveaux de responsabilité des entreprises dans le comportement illicite et n'expliquerait pas la raison pour laquelle leur comportement aurait toujours présenté la même gravité alors que, selon Italcementi, les liens de chaque entreprise avec l'entente auraient été tantôt plus étroits et tantôt plus lâches.

118. Le grief d'un défaut ou d'une insuffisance de motifs se répète dans pratiquement tous les pourvois qui ont été formulés contre l'arrêt entrepris. La vérité est que, si celui-ci peut être taxé de prolixe, de confus ou d'ennuyeux, il ne mérite en aucun cas le reproche d'un défaut de motifs. La réponse dont la requérante déplore l'absence se trouve dans l'arrêt. Au point 4944 de celui-ci, le Tribunal se réfère aux griefs qu'elle avait soulevés à ce sujet et il explique aux points 4964 et suivants, en réponse aux arguments de toutes les parties, en quoi le critère appliqué par la Commission est juridiquement correct.

119. Je crois qu'il est nécessaire de rappeler ici que l'obligation faite aux institutions communautaires de motiver leurs actes [81] et, plus particulièrement, les décisions adoptées par leurs organes juridictionnels n'impose pas à celles-ci de fournir un exposé qui suivrait au pied de la lettre tous les raisonnements articulés par les parties litigantes. Il leur suffit d'exposer les raisons permettant aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et, le cas échéant, à la juridiction compétente de disposer des éléments d'appréciation nécessaires à l'exercice de son pouvoir de contrôle [82]. Il est également légitime de motiver une décision judiciaire de manière implicite à la condition que les motifs ainsi exposés soient conformes aux objectifs de cette garantie de l'exercice rationnel du pouvoir.

120. En réalité, le grief d'Italcementi ne porte pas tant sur une explication déficiente des racines de la décision du juge d'instance que sur un désaccord avec les critères que la Commission a utilisés pour moduler les

81 — Voir article 253 CE.

82 — Voir, parmi les plus récents, les arrêts du 19 octobre 2000, Italie et Sardegna Lines/Commission (C-15/98 et C-105/99, Rec. p. I-8855, point 65), et du 25 octobre 2001, Italie/Conseil (C-120/99, Rec. p. I-7997, point 28).

amendes et que le Tribunal a confirmés. Selon la requérante, ces critères seraient incompatibles avec le principe de proportionnalité en ce qu'ils feraient bon marché de l'intensité de la participation de chaque entreprise à l'entente.

121. Cette approche est dénuée de fondement.

122. La sanction a une double finalité: elle est à la fois répressive et dissuasive. Elle vise à réprimer une conduite et à décourager leurs auteurs ou d'autres contrevenants éventuels d'adopter des comportements anticoncurrentiels. C'est la raison pour laquelle elle doit être à la fois appropriée et équilibrée de manière à punir la conduite incriminée et, dans le même temps, avoir valeur exemplaire.

123. En ce qui concerne le premier aspect, à savoir le rôle répressif de la sanction, celle-ci doit, en tant que corollaire du principe de proportionnalité des peines auquel j'ai fait allusion précédemment, être proportionnelle à la gravité de l'infraction et aux autres circonstances, subjectives et objectives, qui entourent chaque cas d'espèce. C'est la raison pour laquelle l'article 15, paragraphe 2, in fine, du règlement n° 17 dispose que le montant de l'amende est fixé en fonction de la gravité de l'infraction et, s'il y a lieu, de sa durée.

124. La Cour a dit pour droit que la gravité des infractions doit être établie en fonction de nombreux éléments tels que les circonstances particulières de l'affaire, son contexte et la portée dissuasive des amendes, et ce sans qu'ait été établie une liste contraignante ou exhaustive des critères devant obligatoirement être pris en compte [83].

125. Je crois que cette appréciation doit être fondée sur trois critères principaux: la nature de l'infraction, son impact sur la concurrence et l'étendue géographique du marché affecté. Chacun de ces critères doit être envisagé sur un plan objectif, à savoir celui de l'infraction elle-même, et sur un plan subjectif, celui de l'entreprise responsable [84].

126. C'est ainsi qu'il faut apprécier le contenu des comportements anticoncurrentiels, l'étendue du marché qui en est la victime et, plus particulièrement, la détérioration subie par l'ordre public économique, appréciation aux fins de laquelle des éléments tels que la durée de la pratique prohibée, la nature du marché en question,

83 — Voir arrêts Musique diffusion française e.a./Commission, déjà cité, point 120, et du 17 juillet 1997, Ferriere Nord/Commission (C-219/95 P, Rec. p. I-4411, point 33); voir également l'ordonnance du 25 mars 1996, SPO e.a./Commission (C-137/95 P, Rec. p. I-1611, point 54).

84 — Dans son ouvrage «La détermination du montant des amendes sanctionnant les infractions complexes: régime commun ou régime particulier?», *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 36, fascicule 3, juillet-septembre 2000, p. 511 à 545, E. David affirme que «la gravité s'apprécie selon trois critères: la nature de l'infraction, son impact sur le marché lorsqu'il est mesurable et le marché géographique, et à deux niveaux: ceux de l'infraction et de l'entreprise» (p. 522).

le nombre et l'intensité des mesures d'application mises en œuvre ne sont pas négligeables.

127. Sur le plan subjectif, qui est celui des entreprises responsables, se présentent des circonstances telles que leur importance relative ou leur part de marché dans le secteur économique en cause ainsi que la récidive dans les comportements contraires à la concurrence.

128. L'obligation d'infliger une sanction proportionnelle à la gravité de l'infraction implique que, lorsqu'une infraction a été commise par plusieurs personnes [85], l'on examine la gravité relative de la participation de chacune d'entre elles en utilisant les règles que j'ai rappelées plus haut [86]. Le principe d'égalité exige, en effet, que l'amende soit identique pour toutes les entreprises qui se trouvent dans la même situation et interdit d'infliger la même sanction à celles qui se trouvent dans des positions différentes.

129. C'est ce qu'a fait le Tribunal lorsqu'il a ratifié et appliqué les critères que la Commission avait utilisés pour fixer le montant des amendes. Ces critères ne correspondent pas à une classification arbitraire des sociétés et associations responsables. Bien au contraire, ils sont le résultat d'une analyse détaillée de la participation et du comportement de chacune d'entre elles. Je n'en veux pour preuve que les paragraphes (3), (5) et (9) du point 65 des motifs de la décision, laquelle, il ne faut pas l'oublier, comporte une première partie abondante dans laquelle les faits sont exposés et décrite la participation des différentes entreprises et associations visées par l'enquête.

130. Tous les comportements, qui ne sont évidemment pas tous identiques, poursuivaient un même objectif anticoncurrentiel, de sorte qu'aux fins de la sanction ils pouvaient être regroupés par gravité en une ou plusieurs catégories en fonction de leur incidence sur le marché et de leur effet sur la libre concurrence.

131. Cette façon de procéder ne comporte rien d'irrégulier puisque, comme je l'ai déjà signalé, la gravité d'une infraction est susceptible d'être appréciée en regard de l'atteinte portée à l'ordre public économique par les comportements litigieux. Comme le Tribunal l'a déclaré au point 4966 de l'arrêt entrepris, chacune des entreprises qui ont participé à l'accord Cembureau «a cherché à garantir le respect des marchés domestiques à travers le nombre de mesures jugé nécessaire en fonction, notamment, de ses intérêts commerciaux et de la situation géographique de son marché naturel. Le fait

85 — Les infractions à l'article 81 CE supposent, par définition, un comportement collectif.

86 — Voir arrêts du 16 décembre 1975, Suiker Unie e.a./Commission (40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, point 623), et Hercules Chemicals/Commission, précité, point 110.

d'avoir pris part, en considération de ces éléments, à un nombre limité de mesures illicites ne traduit dès lors pas une adhésion moins forte à l'accord Cembureau et, donc, une responsabilité moins grave dans l'infraction sanctionnée». Par rapport au préjudice en termes de concurrence, la situation de chaque entreprise était la même.

132. À l'appui de la distinction qu'elle a faite entre les deux catégories d'entreprises, la Commission a exposé un certain nombre de raisons, que le Tribunal n'a pas réfutées [87]. Ces raisons répondent à un critère objectif et raisonnable, qui est l'incidence des comportements sur la concurrence et, en particulier, sur le cloisonnement des marchés domestiques. De cette manière, les comportements décrits aux articles 2, 3 et 4 de la décision ont été déclarés les plus graves dans la mesure où ils visaient à protéger directement ces marchés alors que ceux qui sont décrits aux articles 5 et 6, qui avaient eu «des effets moins directs» sur le cloisonnement [88], pouvaient être qualifiés de moins graves.

133. En conséquence, ce moyen doit lui aussi être rejeté comme étant non fondé.

134. L'argument est également irrecevable dans la mesure où Italcementi pénètre, par ce biais, sur un terrain qui lui est interdit au stade du pourvoi. En effet, lorsqu'elle affirme que les juges d'instance n'ont pas distingué les époques au cours desquelles son adhésion à l'entente avait été moins forte qu'au cours d'autres périodes durant lesquelles elle s'était impliquée davantage, la requérante propose une nouvelle lecture des faits du litige à laquelle la Cour ne peut pas se livrer [89].

C — Appréciation erronée de la durée de l'infraction imputée à Italcementi (neuvième moyen)

135. Ce dernier moyen n'a aucun contenu substantiel propre. Il s'agit d'un simple épigone des deuxième et troisième moyens. Dans la mesure où elle ferait droit à l'un de ceux-ci [90], Italcementi demande à la Cour d'annuler l'arrêt entrepris en ce que le Tribunal y a étendu sa participation à l'entente Cembureau jusqu'au 3 avril 1992 et, en tout état de cause, au-delà du 31 décembre 1988. Elle demande en outre à la Cour de statuer définitivement sur ce point dans le plein exercice de la juridiction que le traité et le règlement de procédure lui attribuent et de réduire le montant de l'amende qui lui a été infligée.

87 — Voir point 65, paragraphe (9), des motifs de la décision et point 4968 de l'arrêt entrepris.

88 — Point 4968, in fine, de l'arrêt entrepris.

89 — Voir les considérations que j'ai exposées à ce sujet au point 46 des présentes conclusions.

90 — Qui portent sur l'article 4, paragraphe 3, sous b), de la décision.

136. Le rejet des deux moyens dont celui-ci est le corollaire entraîne son rejet sans qu'il faille entrer dans de plus amples raisonnements.

137. L'échec de tous les moyens que la Cour n'avait pas encore écartés entraîne le rejet total du pourvoi.

V — Les dépens

138. La Commission ayant conclu en ce sens, Italcementi doit être condamnée aux dépens causés par le pourvoi conformément aux dispositions combinées de l'article 122, premier alinéa, et de l'article 69, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement de procédure de la Cour.

VI — Conclusion

139. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour:

1) de rejeter l'ensemble des moyens du pourvoi formé par Italcementi SpA qui n'avaient pas encore été écartés par l'ordonnance du 5 juin 2002;

2) de confirmer l'arrêt du 15 mars 2000, Cimenteries CBR e.a./Commission (T-25/95, T-26/95, T-30/95 à T-32/95, T-34/95 à T-39/95, T-42/95 à T-46/95, T-48/95, T-50/95 à T-65/95, T-68/95 à T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95), pour ce qui a trait à cette entreprise et

3) de condamner l'entreprise requérante aux dépens occasionnés par le pourvoi.