CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^ME JULIANE KOKOTT
présentées le 17 septembre 2009[1]

Table des matières

I — Introduction ..... I - 5957

II — Le cadre juridique ..... I - 5958

A — Le règlement nº 1/2003 ..... I - 5958

B — Le règlement nº 773/2004 ..... I - 5959

III — Contexte du litige et procédure administrative ..... I - 5960

IV — La procédure contentieuse ..... I - 5963

V — Appréciation des moyens du pourvoi ..... I - 5964

A — Premier moyen: questions de droit matériel liées au principe de proportionnalité ..... I - 5964

1. Remarque préalable sur l'applicabilité du principe de proportionnalité ..... I - 5965

2. Exigences en matière de proportionnalité des décisions déclarant les engagements obligatoires (première partie du premier moyen) ..... I - 5966

3. Examen concret de la proportionnalité de la décision déclarant les engagements obligatoires (deuxième partie du premier moyen) ..... I - 5969

a) Sur le dépassement des limites du contrôle juridictionnel par le Tribunal ..... I - 5970

i) Existence d'une marge d'appréciation de la Commission ..... I - 5971

1 — Langue originale: allemand.

ii) Violation du pouvoir d'appréciation de la Commission par le Tribunal ..... I - 5972

b) Les autres griefs de la Commission concernant la manière de procéder du Tribunal ..... I - 5976

i) Sur l'allégation de «dénaturation de la portée de l'évaluation préliminaire» ..... I - 5976

ii) Sur la prise en considération unilatérale des arguments et des intérêts d'Alrosa ..... I - 5977

iii) Sur la qualification incorrecte en droit de la publication effectuée conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement nº 1/2003 ... I - 5978

iv) Sur les violations alléguées de l'article 82 CE ..... I - 5980

— Sur l'omission de la position de De Beers en tant que producteur ..... I - 5981

— Sur l'omission de la possibilité d'un comportement abusif des enchérisseurs lors des ventes aux enchères ..... I - 5982

B — Deuxième moyen: le droit d'être entendu au cours de la procédure administrative ..... I - 5984

1. Question préliminaire: le deuxième moyen est-il inopérant? ..... I - 5984

2. Examen du deuxième moyen ..... I - 5985

a) Sur l'insuffisance des motifs (première partie du deuxième moyen) .... I - 5985

b) Sur le principe ne ultra petita et sur le droit à une procédure équitable (deuxième partie du deuxième moyen) ..... I - 5986

i) Sur le principe ne ultra petita ..... I - 5986

ii) Sur le droit à une procédure équitable ..... I - 5987

c) Sur les effets qu'une éventuelle violation du droit d'Alrosa d'être entendue peut avoir sur la décision de la Commission (quatrième partie du deuxième moyen) ..... I - 5989

d) Sur la portée du droit d'Alrosa d'être entendue (troisième partie du deuxième moyen) ..... I - 5990

i) Remarque préliminaire ..... I - 5990

ii) Sur le grief de la Commission ..... I - 5991

C — Résultat intermédiaire ..... I - 5994

VI — Appréciation du recours de première instance introduit par Alrosa ..... I - 5994

A — La légalité formelle de la décision litigieuse (premier moyen) ..... I - 5994

1. Le droit d'Alrosa d'être entendue ..... I - 5994

2. Objet du droit d'Alrosa d'être entendue ..... I - 5995

3. Aucune violation du droit d'Alrosa d'être entendue ..... I - 5997

B — La légalité matérielle de la décision litigieuse (deuxième et troisième moyens) ..... I - 5998

1. Sur la violation de l'article 9 du règlement nº 1/2003 (deuxième moyen) ... I - 5999

a) Sur le droit de présenter des engagements conformément à l'article 9 du règlement nº 1/2003 ..... I - 5999

b) Sur la limitation de la durée de validité d'une décision relative aux engagements ..... I - 6000

c) Résultat intermédiaire ..... I - 6000

2. Sur la violation de l'article 82 CE, de l'article 9 du règlement nº 1/2003, de la liberté contractuelle et du principe de proportionnalité (troisième moyen) .... I - 6001

a) Sur la liberté contractuelle (première partie du troisième moyen) ..... I - 6001

b) Sur la proportionnalité (deuxième partie du troisième moyen) ..... I - 6005

i) Sur l'existence d'un problème de concurrence ..... I - 6006

ii) Sur le caractère approprié et nécessaire des engagements individuels de De Beers ..... I - 6007

iii) Sur la proportionnalité au sens strict ..... I - 6008

iv) Sur la discrimination alléguée d'Alrosa ..... I - 6008

v) Résultat intermédiaire ..... I - 6010

C — Résultat intermédiaire ..... I - 6010

VII — Les dépens ..... I - 6010

VIII — Conclusion ..... I - 6011

I — Introduction

1. Quelles exigences découlent du principe de proportionnalité lorsqu'en sa qualité d'autorité de la concurrence, la Commission des Communautés européennes accepte et déclare obligatoires les engagements[2] d'une entreprise qui ont des effets sur les intérêts d'une autre? C'est sur cette question, essentielle pour l'évolution du droit européen de la concurrence, que repose tout le poids du présent pourvoi. C'est de la réponse qu'on lui donnera que dépend de manière décisive la portée de la nouvelle compétence d'adopter des décisions déclarant des engagements obligatoires que l'article 9 du règlement (CE) nº 1/2003[3] a conférée à la Commission. L'arrêt que la Cour est appelée à rendre pourrait également avoir un impact sur d'autres domaines du droit de la concurrence, notamment sur le droit des aides d'État et le contrôle des opérations de concentration d'entreprises.

2. Le présent litige se situe dans le contexte d'un engagement que l'entreprise De Beers a offert à la Commission en 2006 afin de se soustraire au grief d'abus de position dominante (article 82 CE). En tant que numéro un du commerce mondial des diamants, De Beers s'est engagée à ne plus acheter de diamants bruts auprès d'Alrosa, Company Ltd, le deuxième producteur mondial, ce qui a mis fin à une relation d'affaires que les deux groupes entretenaient depuis de nombreuses années. La Commission a déclaré cet engagement de De Beers obligatoire au moyen d'une décision adoptée sur le pied de l'article 9 du règlement nº 1/2003[4]. Alrosa juge cette mesure disproportionnée et estime en outre que son droit d'être entendue n'a pas été respecté. Elle a donc demandé l'annulation de la décision litigieuse au Tribunal, qui a fait droit à son recours[5]. C'est contre l'arrêt du Tribunal que la Commission a formé le présent pourvoi.

3. Le litige qui oppose la Commission à Alrosa démontre combien il peut être délicat d'assurer le juste équilibre entre l'intérêt d'une application efficace du droit de la concurrence et les intérêts individuels d'entreprises sans porter atteinte aux droits de la défense ni compromettre l'économie de la procédure.

2 — Note sans objet dans la version française.

3 — Règlement du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO 2003, L 1, p. 1).

4 — Décision 2006/520/CE de la Commission, du 22 février 2006, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (affaire COMP/B-2/38.381 — De Beers), notifiée sous le numéro de dossier C(2006) 521 et publiée en version sommaire au JO L 205, p. 24, ci-après la «décision litigieuse».

5 — Arrêt du Tribunal du 11 juillet 2007, Alrosa/Commission (T-170/06, Rec. p. II-2601, amendé par ordonnance du Tribunal du 27 août 2007, ci-après également l'«arrêt entrepris» ou l'«arrêt de première instance».

II — Le cadre juridique

4. Outre les articles 82 CE et 54 de l'accord sur l'Espace économique européen (ci-après l'«accord EEE»), ce sont diverses dispositions du règlement nº 1/2003 et du règlement nº 773/2004[6] qui constituent le cadre juridique de la présente affaire.

A — *Le règlement nº 1/2003*

5. Le règlement nº 1/2003, qui est entré en vigueur le 1er mai 2004[7], a modernisé la procédure de répression des ententes et étendu les compétences de la Commission lorsqu'elle agit en qualité d'autorité communautaire de la concurrence.

6. Parmi les nouvelles compétences conférées à la Commission par le règlement nº 1/2003, on retiendra notamment celle que lui confie l'article 9, intitulé «Engagements», qui est rédigé dans les termes suivants:

«1. Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse.

2. La Commission peut rouvrir la procédure, sur demande ou de sa propre initiative:

a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important;

b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements, ou

c) si la décision repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties.»

7. L'article 7, paragraphe 1, du règlement nº 1/2003, intitulé «Constatation et cessation d'une infraction», dispose ce qui suit:

«Si la Commission, agissant d'office ou saisie d'une plainte, constate l'existence d'une infrac-

6 — Règlement de la Commission, du 7 avril 2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE (JO L 123, p. 18).

7 — Article 45, paragraphe 2, du règlement nº 1/2003.

tion aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité, elle peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée. À cette fin, elle peut leur imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale, qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction […]»

8. L'article 27 du règlement nº 1/2003, qui énonce les règles suivant lesquelles les parties, les plaignants et les autres tiers doivent être entendus, est rédigé dans les termes suivants:

«1. Avant de prendre les décisions prévues aux articles 7, 8 et 23 et à l'article 24, paragraphe 2, la Commission donne aux entreprises et associations d'entreprises visées par la procédure menée par la Commission l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus par la Commission. La Commission ne fonde ses décisions que sur les griefs au sujet desquels les parties concernées ont pu faire valoir leurs observations. Les plaignants sont étroitement associés à la procédure.

2. Les droits de la défense des parties concernées sont pleinement assurés dans le déroulement de la procédure. Elles ont le droit d'avoir accès au dossier de la Commission sous réserve de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. […]

3. Si la Commission le juge nécessaire, elle peut également entendre d'autres personnes physiques ou morales. Si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant demandent à être entendues, il doit être fait droit à leur demande. […]

4. Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision en application de l'article 9 ou 10, elle publie un résumé succinct de l'affaire et le principal contenu des engagements ou de l'orientation proposée. Les tierces parties intéressées peuvent présenter leurs observations dans un délai qui est fixé par la Commission dans sa publication et qui ne peut pas être inférieur à un mois. La publication tient compte de l'intérêt légitime des entreprises à la protection de leurs secrets d'affaires.»

B — *Le règlement nº 773/2004*

9. La Commission a adopté le règlement nº 773/2004, qui est entré en vigueur le 1er mai 2004, en vue de la mise en œuvre du règlement nº 1/2003[8].

8 — La base juridique du règlement nº 773/2004 est l'article 33 du règlement nº 1/2003; pour l'entrée en vigueur, voir l'article 20 du règlement nº 773/2004.

10. Au moment de l'adoption de la décision litigieuse, l'article 10 du règlement nº 773/2004 était rédigé dans les termes suivants:

«1. La Commission informe par écrit les parties concernées des griefs soulevés à leur encontre. La communication des griefs est notifiée à chacune d'elles.

2. Lors de la notification de la communication des griefs, la Commission donne aux parties concernées la possibilité de l'informer par écrit de leur point de vue dans un délai qu'elle fixe. La Commission n'est pas tenue de prendre en considération les observations écrites reçues après l'expiration de ce délai.

[…]»

11. L'article 15, paragraphe 1, du règlement nº 773/2004 prévoit en outre que:

«Sur demande, la Commission accorde l'accès au dossier aux parties auxquelles elle a adressé une communication des griefs. L'accès est accordé après la notification de la communication des griefs.»

12. Les modifications apportées ultérieurement au règlement nº 773/2004[9] ne sont entrées en vigueur qu'après l'adoption de la décision querellée et ne s'appliquent donc pas à la présente espèce.

III — Contexte du litige et procédure administrative

13. Dans son arrêt[10], le Tribunal a consigné le contexte du présent litige et la procédure administrative devant la Commission de la manière suivante.

14. Alrosa Company Ltd[11] est une société établie à Mirny (Russie). Elle opère notamment sur le marché mondial de la production et de la fourniture de diamants bruts, où elle occupe le deuxième rang. Elle est essentiellement présente en Russie. Elle y mène des activités d'exploration, d'extraction, d'évaluation et de fourniture, ainsi qu'une activité de joaillerie.

15. De Beers SA[12] est une société établie à Luxembourg (Luxembourg). Le groupe De Beers, dont elle est la principale société holding, opère également sur le marché mondial

9 — Le règlement nº 773/2004 a été modifié, d'une part, par le règlement (CE) nº 1792/2006 de la Commission, du 23 octobre 2006 (JO L 362, p. 1), et, d'autre part, par le règlement (CE) nº 622/2008 de la Commission, du 30 juin 2008 (JO L 171, p. 3).

10 — Points 8 à 26 et 179 de l'arrêt entrepris.

11 — Ci-après «Alrosa».

12 — Ci-après, également, «De Beers».

de la production et de la fourniture de diamants bruts, où il occupe le premier rang. Il est essentiellement présent en Afrique du Sud, au Botswana, en Namibie et en Tanzanie, ainsi qu'au Royaume-Uni. Il y mène des activités d'exploration, d'extraction, d'évaluation, de fourniture, de négoce et de fabrication ainsi qu'une activité de joaillerie et couvre ainsi toute la filière du diamant.

16. Le 5 mars 2002, Alrosa et De Beers ont notifié à la Commission un accord conclu le 17 décembre 2001 entre Alrosa et deux filiales du groupe De Beers en vue d'obtenir une attestation négative ou une exemption au titre du règlement nº 17[13].

17. Cet accord, qui s'insérait dans le cadre des relations d'affaires entretenues de longue date par Alrosa et De Beers, avait essentiellement pour objet la fourniture de diamants bruts. Il avait été conclu pour une période de cinq ans qui devait commencer à courir à compter de la date à laquelle la Commission confirmerait aux cocontractants qu'il n'enfreignait pas l'article 81 CE ou l'article 82 CE.

18. Pendant cette période, Alrosa s'engageait à vendre à De Beers des diamants bruts naturels produits en Russie pour un montant de 800 millions de dollars étasuniens (USD) par an, tandis que De Beers s'engageait à les lui acheter. Toutefois, pour les quatrième et cinquième années de mise en œuvre de l'accord notifié, Alrosa était autorisée à réduire ce montant à 700 millions de USD. Le montant de 800 millions de USD, établi en fonction des prix en vigueur à la date de la conclusion de l'accord notifié, correspondait à la moitié environ de la production annuelle d'Alrosa et à la totalité de sa production exportée hors de la Communauté des États indépendants (CEI).

19. Comme suite à la notification, la Commission a engagé deux procédures parallèles, dont l'une était fondée sur l'article 81 CE et l'autre sur l'article 82 CE.

20. Le 14 janvier 2003, la Commission a adressé à Alrosa et à De Beers, sous la référence COMP/E-3/38.381, une communication des griefs les avisant que l'accord notifié était susceptible de constituer un accord anticoncurrentiel interdit par l'article 81, paragraphe 1, CE et ne pouvant pas être exempté au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE. Le même jour, elle a adressé à De Beers, sous la référence COMP/E-2/38.381, une communication des griefs distincte l'informant que l'accord était susceptible de constituer un abus de position dominante interdit par l'article 82 CE.

21. Le 31 mars 2003, Alrosa et De Beers ont adressé des observations écrites communes à la Commission en réponse à la

13 — Règlement du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [81] et [82] du traité (JO 1962, nº 13, p. 204). Ce règlement contenait la réglementation applicable avant l'adoption du règlement nº 1/2003, qui l'a remplacé à partir du 1er mai 2004.

communication des griefs émise dans l'affaire COMP/E-3/38.381.

22. Le 1er juillet 2003, la Commission a adressé à Alrosa et à De Beers une communication des griefs complémentaire précisant que l'accord notifié était également susceptible de constituer un accord anticoncurrentiel interdit par l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE et ne pouvant pas être exempté au titre de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE. Le même jour, elle a adressé à De Beers une communication des griefs complémentaire distincte aux termes de laquelle l'accord notifié était également susceptible de constituer un abus de position dominante interdit par l'article 54 de l'accord EEE.

23. Le 7 juillet 2003, Alrosa et De Beers ont été entendues en leurs observations orales par la Commission.

24. Le 12 septembre 2003, Alrosa a proposé des engagements[14] consistant à réduire progressivement la quantité de diamants bruts vendus à De Beers à partir de la sixième année de mise en œuvre de l'accord notifié et à ne plus vendre de diamants bruts à De Beers du tout à partir de 2013. Alrosa est revenue sur ces engagements par la suite.

25. Le 14 décembre 2004, Alrosa et De Beers ont conjointement présenté des engagements[15] visant à répondre aux préoccupations dont la Commission les avait informées. Ces engagements conjoints prévoyaient la réduction progressive des ventes de diamants bruts d'Alrosa à De Beers, dont la valeur devait passer de 700 millions de USD en 2005 à 275 millions de USD en 2010, et leur plafonnement subséquent à ce niveau.

26. Le 3 juin 2005, la Commission a publié au *Journal officiel de l'Union européenne*[16] une communication dans laquelle elle indiquait avoir reçu des engagements de la part d'Alrosa et de De Beers et invitait les tierces parties intéressées à lui présenter leurs observations dans un délai d'un mois. Elle y annonçait également son intention d'adopter une décision rendant obligatoires les engagements conjoints, sous réserve du résultat de cette consultation du marché.

27. À la suite de cette publication, 21 tierces parties intéressées ont présenté des observations à la Commission, qui en a informé Alrosa et De Beers le 27 octobre 2005. Lors de cette réunion, la Commission a également invité les parties à lui soumettre, avant la fin du mois de novembre 2005, de nouveaux engagements conjoints allant dans le sens d'une cessation complète de leurs relations commerciales à partir de 2009.

14 — Ci-après les «engagements individuels d'Alrosa».

15 — Ci-après les «engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa».

16 — JO 2005, C 136, p. 32.

28. Le 25 janvier 2006, De Beers a individuellement présenté des engagements[17] visant à répondre aux préoccupations exprimées par la Commission[18]. Les engagements individuels de De Beers prévoyaient la réduction progressive des ventes de diamants bruts d'Alrosa à De Beers, dont la valeur devait passer de 600 millions de USD en 2006 à 400 millions de USD en 2008, ainsi que leur suppression subséquente.

29. Le 26 janvier 2006, la Commission a communiqué à Alrosa un extrait des engagements individuels de De Beers et l'a invitée à soumettre ses observations à ce sujet. Elle lui a également transmis une copie des versions non confidentielles des commentaires formulés par les tiers.

30. Par la suite, un échange est intervenu entre la requérante et la Commission au sujet de certains aspects de la procédure prévue à l'article 9 du règlement nº 1/2003 et de leurs implications en l'espèce. Étaient principalement en cause la question de l'accès au dossier, ainsi que la question des droits de la défense et, en particulier, du droit d'être entendu. En outre, dans sa lettre du 6 février 2006, Alrosa a fourni des commentaires sur les engagements individuels de De Beers et sur les observations des tiers.

31. Le 22 février 2006, la Commission a adopté la décision litigieuse, dont l'article 1er dispose que: «Les engagements énumérés en annexe sont obligatoires pour De Beers». L'article 2 dispose quant à lui que: «la procédure engagée en l'espèce est close». La Commission a adopté sa décision au titre de la procédure fondée sur l'article 82 CE et sur l'article 54 de l'accord EEE, de sorte que la procédure fondée sur l'article 81 CE et sur l'article 53 de l'accord EEE est devenue caduque[19].

IV — La procédure contentieuse

32. Le 29 juin 2006, Alrosa a engagé un recours contre la décision litigieuse devant le Tribunal, auquel elle a demandé de l'annuler et de condamner la Commission aux dépens. La Commission a, pour sa part, conclu à ce qu'il plaise au Tribunal rejeter le recours comme étant non fondé et condamner Alrosa aux dépens. Le Tribunal a appliqué une procédure accélérée conformément à l'article 76 bis de son règlement de procédure[20].

33. Par le jugement entrepris, le Tribunal a fait droit au recours d'Alrosa le 11 juillet 2007. Il a annulé la décision litigieuse et condamné

17 — Ci-après les «engagements individuels de De Beers».

18 — Dans son pourvoi, la Commission souligne qu'il s'agissait là de la version définitive d'engagements qui lui avaient déjà été offerts pour la première fois fin novembre 2005/début décembre 2005 et auxquels quelques modifications textuelles avaient été apportées jusqu'au 26 janvier 2006.

19 — Ainsi qu'il apparaît du point 185 de l'arrêt entrepris, la Commission a avisé Alrosa par lettre du 22 février 2006 que la «procédure la concernant» était close.

20 — Voir le point 30 de l'arrêt entrepris.

la Commission à supporter ses propres dépens ainsi que ceux d'Alrosa.

34. Dans le pourvoi qu'elle a déposé au greffe de la Cour le 24 septembre 2007[21], la Commission a conclu à ce qu'il plaise à la Cour:

— annuler l'arrêt entrepris;

— statuer définitivement et constater que le recours en annulation formé dans l'affaire T-170/06 était dénué de fondement et

— condamner la requérante dans l'affaire T-170/06 aux dépens exposés par la Commission dans cette procédure et dans le présent pourvoi.

35. Alrosa a, quant à elle, conclu à ce qu'il plaise à la Cour:

— rejeter le pourvoi;

— condamner la Commission à rembourser à Alrosa les frais et dépenses notamment juridiques qu'elle a engagés au titre de la première instance et

— prendre toute autre mesure que la Cour jugera utile.

36. Au terme d'une procédure écrite, le pourvoi a fait l'objet d'une procédure orale devant la Cour le 3 juin 2009.

V — Appréciation des moyens du pourvoi

37. La Commission articule deux moyens contre l'arrêt de première instance. Le premier concerne des questions de droit matériel liées à l'application du principe de proportionnalité, tandis que le second porte sur le droit d'être entendu au cours de la procédure administrative.

A — *Premier moyen: questions de droit matériel liées au principe de proportionnalité*

38. Par son premier moyen, la Commission fait grief au Tribunal d'avoir, en substance, incorrectement interprété et appliqué le principe de proportionnalité. Elle lui reproche également d'avoir mal interprété l'article 9 du règlement nº 1/2003 et l'article 82 CE, d'avoir commis des erreurs de motivation, d'avoir dénaturé les faits et dépassé les limites du contrôle juridictionnel.

21 — L'original du pourvoi, qui avait d'abord été envoyé par télécopie, a été déposé au greffe de la Cour le 26 septembre 2007.

39. En arrière-plan se pose la question de savoir si c'est à bon droit que le Tribunal a admis l'existence d'autres possibilités de résoudre la situation que les engagements individuels de De Beers, notamment les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa, possibilités moins préjudiciables aux intérêts d'Alrosa et que la Commission n'aurait pas dû négliger.

41. Sur le fond du principe, les parties s'entendent à dire que les décisions de la Commission fondées sur l'article 9 du règlement nº 1/2003 doivent être conformes au principe de proportionnalité.

42. Si, contrairement à l'article 7 du règlement nº 1/2003, l'article 9 de celui-ci ne se réfère pas expressément à la proportionnalité, il n'en demeure pas moins qu'en tant que principe général du droit communautaire, le principe de proportionnalité est un critère de la légalité de tout acte des institutions communautaires[22], y compris les décisions que la Commission adopte en sa qualité d'autorité de la concurrence[23].

1. Remarque préalable sur l'applicabilité du principe de proportionnalité

40. Lorsqu'elle engage une procédure de répression d'une entente, la Commission a pour but de protéger la concurrence contre toute distorsion dans le marché intérieur [article 3, paragraphe 1, sous g), CE]. À cette fin, elle lutte contre tous accords, décisions ou pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet de fausser la concurrence (article 81 CE, article 53 de l'accord EEE), d'une part, et contre les abus de position dominante (article 82 CE, article 54 de l'accord EEE), d'autre part. Pour écarter les objections que la Commission pourrait leur faire en ce qui concerne leurs pratiques de concurrence, il est loisible aux entreprises d'offrir des engagements, que la Commission peut déclarer obligatoires au moyen d'une décision adoptée conformément à l'article 9 du règlement nº 1/2003.

43. La Commission ne peut pas déclarer obligatoires les engagements d'une ou de plusieurs entreprises qui s'avéreraient disproportionnés par rapport à son objectif de protection de la concurrence contre toute distorsion. En pareille situation, elle doit attirer l'attention de la ou des entreprises sur la disproportion de son engagement et, le cas échéant, l'inviter ou les inviter à les modifier. Rien n'empêche, par ailleurs, la Commission de ne déclarer obligatoire qu'une partie des

22 — Voir, notamment, arrêts du 11 juillet 1989, Schräder (265/87, Rec. p. 2237, point 21); du 13 novembre 1990, Fedesa e.a. (C-331/88, Rec. p. I-4023, point 13); du 12 juillet 2001, Jippes e.a. (C-189/01, Rec. p. I-5689, point 81); du 9 mars 2006, Zuid-Hollandse Milieufederatie et Natuur en Milieu (C-174/05, Rec. p. I-2443, point 28), et du 24 mai 2007, Maatschap Schonewille-Prins (C-45/05, Rec. p. I-3997, point 45).

23 — Voir, notamment, arrêts du 6 avril 1995, RTE et ITP/Commission, dit «Magill» (C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. p. I-743, point 93), et du 18 décembre 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Commission, dit «Cementbouw» (C-202/06 P, Rec. p. I-12129, point 52).

engagements, pour autant que ceux-ci constituent un ensemble sécable[24].

44. Les parties sont néanmoins en total désaccord sur le point de savoir quelles exigences résultent précisément du principe de proportionnalité dans le cas de décisions déclarant des engagements obligatoires au sens de l'article 9 du règlement nº 1/2003.

2. Exigences en matière de proportionnalité des décisions déclarant les engagements obligatoires (première partie du premier moyen)

45. Le point de savoir si, lorsqu'il a examiné la proportionnalité de la décision litigieuse, le Tribunal a appliqué les critères corrects est une question de droit qui peut être soulevée dans le cadre d'un pourvoi[25].

46. Conformément à une jurisprudence constante, le principe de proportionnalité exige que les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés[26].

47. L'arrêt entrepris est fondé sur la prémisse que le principe de proportionnalité sortit les mêmes effets dans le cadre des décisions adoptées sur le pied de l'article 9 du règlement nº 1/2003 que dans le cadre des décisions d'interdiction adoptées sur la base de l'article 7 de ce règlement[27]. Selon le Tribunal, les articles 7 et 9 poursuivent le même but, l'article 9 ayant pour seule particularité que la présentation d'offres d'engagement dispense la Commission de poursuivre la procédure réglementaire imposée par l'article 85 CE et lui épargne, en particulier, d'avoir à prouver l'infraction[28].

48. C'est à bon escient que la Commission vitupère l'approche ainsi adoptée par le Tribunal.

49. Le Tribunal méconnaît des différences fondamentales entre les articles 9 et 7 du règlement nº 1/2003, différences qui sont essentielles pour l'examen de la proportionnalité des

24 — Voir, également, en ce sens les points 88 et 139 de l'arrêt entrepris.

25 — Voir, en ce sens, arrêts du 25 janvier 2007, Sumitomo Metal Industries et Nippon Steel/Commission (C-403/04 P et C-405/04 P, Rec. p. I-729, point 40); du 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America (Impala), dit «Impala» (C-413/06 P, Rec. p. I-4951, point 117), et du 16 décembre 2008, Masdar (UK)/Commission (C-47/07 P, Rec. p. I-9823, point 77).

26 — Voir la jurisprudence citée au point 22.

27 — Voir, en particulier, les points 101, 103 et 104, ainsi que le point 140 de l'arrêt entrepris.

28 — Points 87 et 95 de l'arrêt entrepris.

décisions adoptées dans l'un et dans l'autre cas par la Commission.

50. Contrairement à l'article 7, l'article 9 du règlement nº 1/2003 n'est pas un instrument permettant de constater les infractions au droit de la concurrence[29], mais ne fait qu'offrir à la Commission la possibilité d'écarter efficacement toute objection concernant la concurrence pour l'avenir.

51. L'article 9 du règlement nº 1/2003 a pour caractéristique d'être inspiré par un souci d'économie de procédure. La Commission résout les problèmes de concurrence en collaboration avec les entreprises concernées sans avoir préalablement constaté une infraction[30] grâce aux engagements volontairement offerts par celles-ci. Si elle adoptait une décision sur la base de l'article 7, en revanche, elle devrait, le cas échéant, trouver elle-même les mesures permettant de remédier à la situation, ce qui exigerait d'elle une enquête considérablement plus vaste et plus longue ainsi qu'une appréciation plus détaillée des faits.

52. Les particularités de l'article 9 du règlement nº 1/2003 ont une double influence sur le contrôle de la proportionnalité des décisions que la Commission adopte sur la base de cette disposition.

53. Premièrement, lorsque la Commission déclare des engagements obligatoires sur la base de l'article 9 du règlement nº 1/2003, elle doit appliquer des critères plus stricts en ce qui concerne l'*adéquation* des engagements déclarés obligatoires. Lorsque les engagements offerts ne sont pas *manifestement propres* à résoudre les problèmes de concurrence qu'elle a identifiés, elle a le droit de les refuser. C'est la seule manière d'agir qui soit conforme à l'objectif de l'article 9 du règlement nº 1/2003, qui vise à garantir une solution rapide et efficace des problèmes de concurrence tout en épargnant à la Commission un surcroît de diligences d'enquête et d'évaluation. La Commission n'est pas obligée d'accepter des engagements dont elle ne pourrait apprécier l'adéquation qu'au prix d'une analyse en profondeur.

54. Deuxièmement, lorsqu'elle analyse la *nécessité* des engagements pour la solution des problèmes de concurrence qu'elle a détectés, la Commission doit faire une distinction selon que ce sont les intérêts de l'entreprise qui a présenté les engagements qui sont touchés ou bien les intérêts de tiers.

55. Alors que la nécessité peut être présumée sans autre forme de procès lorsqu'il s'agit des intérêts de l'entreprise qui a offert les

29 — Affirmer, comme le Tribunal le fait au point 87 de l'arrêt entrepris, qu'une décision fondée sur l'article 9 du règlement nº 1/2003 a pour effet de «mettre fin à la procédure de constatation et de sanction d'une infraction aux règles de la concurrence» est à tout le moins fallacieux.

30 — Voir, à ce sujet, la deuxième phrase du treizième considérant du règlement nº 1/2003.

engagements (à savoir De Beers en l'espèce)[31], une telle présomption ne saurait être admise lorsque ce sont les intérêts de tiers (Alrosa en l'espèce) qui sont concernés. En effet, comme ce ne sont pas eux qui ont proposé les engagements, le libre consentement de l'entreprise qui offre l'engagement n'est pas une garantie du respect de leurs intérêts. Pour ce qui est des intérêts des tiers, la Commission devra toujours s'assurer que les engagements ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire à la solution des problèmes de concurrence concernés.

56. Si la Commission n'est pas tenue de chercher elle-même des solutions moins rigoureuses que les engagements qui lui ont été offerts lorsqu'elle adopte des décisions sur la base de l'article 9 du règlement nº 1/2003, elle n'en demeure pas moins tenue d'examiner toutes les solutions de rechange dont elle a connaissance — en particulier, dans le cas qui nous occupe ici, les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa — pour déterminer si elles constitueraient des moyens plus modérés de résoudre les problèmes de concurrence qu'elle a identifiés sans porter atteinte aux intérêts de tiers ou en y attentant dans une moindre mesure.

57. Ce faisant, la Commission ne doit tenir compte que des solutions de rechange qui sont *tout aussi aptes* à résoudre les problèmes de concurrence identifiés que les engagements qui lui ont été présentés. Tant les engagements effectivement offerts que d'éventuelles solutions de rechange doivent donc être *manifestement* aptes à résoudre les problèmes de concurrence[32].

58. C'est donc à tort que le Tribunal fait grief à la Commission de n'avoir pas envisagé d'autres solutions moins contraignantes pour les entreprises sous prétexte qu'elles eussent été trop difficiles à déterminer[33]. Conformément au sens et à la finalité de l'article 9 du règlement nº 1/2003, en effet, l'appréciation des solutions de rechange ne doit pas exiger des diligences d'enquête et d'évaluation étendues et de longue haleine. Dans la procédure de l'article 9, la Commission est en droit de négliger les solutions de rechange dont l'adéquation ne pourrait pas être établie avec suffisamment de certitude sans un tel travail.

59. Contrairement à ce que le Tribunal estime[34], il est ainsi parfaitement possible que, dans le cadre de l'article 9, la Commission rejette certaines solutions auxquelles elle aurait dû se rallier dans le cadre de l'article 7 du règlement nº 1/2003. En effet, l'objectif d'économie de procédure fait que le choix des moyens envisageables de résoudre

31 — Voir à ce sujet — en ce qui concerne la procédure de contrôle des opérations de concentration — les conclusions que j'ai présentées le 26 avril 2007 dans l'affaire Cementbouw (déjà citée à la note 23, point 69).

32 — Voir, à ce sujet, de nouveau le point 53 des présentes conclusions.

33 — Point 154 de l'arrêt entrepris.

34 — Voir, en particulier, les points 101, 140 et 154 de l'arrêt entrepris.

un problème de concurrence est généralement plus restreint dans le cadre de l'article 9 qu'il le serait éventuellement dans le cadre de l'article 7.

60. L'intérêt général à trouver aussi rapidement que possible et avec la plus grande économie de procédure une solution aux problèmes de concurrence justifie de limiter le choix des mesures que l'on peut adopter dans le cadre de l'article 9 du règlement nº 1/2003. Les entreprises qui offrent des engagements acceptent consciemment que leurs concessions sont susceptibles d'aller au-delà de ce que la Commission elle-même pourrait leur imposer dans une décision qu'elle adopterait conformément à l'article 7 du règlement nº 1/2003 après un examen approfondi. En contrepartie, la clôture de la procédure d'application du droit de la concurrence engagée contre elles leur apporte rapidement la sécurité juridique et elles peuvent éviter la constatation, préjudiciable pour elles, d'une violation du droit de la concurrence et se soustraire à la menace d'une éventuelle amende.

61. Les tiers tireront généralement, eux aussi, profit des concessions relativement larges qu'une entreprise fait à la Commission en vue d'éviter une décision d'interdiction. Comme le cas présent l'illustre de manière éclatante, cependant, les engagements offerts conformément à l'article 9 du règlement nº 1/2003 peuvent parfois porter atteinte aux intérêts d'un tiers. Tel sera le cas en particulier lorsque le tiers a pu croire qu'un comportement contraire au droit de la concurrence d'une entreprise dominante se poursuivrait. Eu égard à l'intérêt général d'une concurrence non faussée, une telle confiance n'est cependant, en tout état de cause, digne de protection que de manière restreinte.

62. En ne tenant pas compte de ces particularités de la procédure de l'article 9 du règlement nº 1/2003, le Tribunal a appliqué à la décision litigieuse un critère de proportionnalité excessivement strict et il a donc commis une erreur en droit. Or, l'annulation de la décision litigieuse repose sur cette erreur en droit. La première partie du premier moyen est dès lors fondée et justifie l'annulation de l'arrêt entrepris.

3. Examen concret de la proportionnalité de la décision déclarant les engagements obligatoires (deuxième partie du premier moyen)

63. La Commission articule encore à l'encontre de l'arrêt entrepris toute une série de griefs détaillés déduits de l'application concrète du principe de proportionnalité à la présente espèce. Sa critique est dirigée contre l'appréciation que le Tribunal a faite des solutions qui auraient pu se substituer aux engagements individuels de De Beers qui ont été déclarés obligatoires. Le Tribunal a jugé que

la Commission aurait dû tenir compte de ces solutions de substitution[35].

64. Alrosa conteste, tout d'abord, en bloc la recevabilité de l'argument de la Commission au motif qu'il remettrait en cause l'appréciation des faits effectuée par le Tribunal.

65. Il est exact que le pourvoi doit se limiter aux questions de droit et qu'il n'appartient pas à la Cour de substituer sa propre appréciation des faits et des preuves à celle du Tribunal[36]. Conformément à l'article 225, paragraphe 1, CE et à l'article 58, paragraphe 1, du statut de la Cour de justice, en effet, le Tribunal est seul compétent pour constater les faits, sauf dans le cas où l'inexactitude matérielle de ses constatations résulterait des pièces du dossier qui lui ont été soumises, et pour apprécier ces faits[37].

66. Il semble, effectivement, à première vue que la Commission entend uniquement utiliser cette deuxième partie de son premier moyen comme prétexte pour remettre en cause l'appréciation des faits et des preuves effectuée par le Tribunal, ce qui est irrecevable dans le cadre d'un pourvoi.

67. À y regarder de plus près, cependant, on peut notamment déduire des griefs articulés par la Commission, et formulés de façon particulièrement compliquée, qu'elle reproche au Tribunal d'avoir outrepassé les limites du contrôle juridictionnel lorsqu'il a examiné la proportionnalité de la décision litigieuse. Cette question, que je vais examiner à présent avec une attention toute particulière [section a)], est une question de droit[38] qui peut être examinée dans le cadre d'un pourvoi. J'aborderai ensuite brièvement les autres griefs de la Commission [section b)].

a) Sur le dépassement des limites du contrôle juridictionnel par le Tribunal

68. La Commission soutient qu'en substituant sa propre appréciation des conditions du marché à la sienne, le Tribunal aurait outrepassé les limites du contrôle judiciaire. Ce grief est dirigé, en particulier, contre les

35 — Voir, en particulier, le point 154 de l'arrêt entrepris.

36 — Arrêts du 23 avril 2002, Campogrande/Commission (C-62/01 P, Rec. p. I-3793, point 24); du 22 juin 2006, Storck/OHMI (C-24/05 P, Rec. p. I-5677, points 34 et 35), et du 15 mars 2007, British Airways/Commission (C-95/04 P, Rec. p. I-2331, point 137).

37 — Jurisprudence constante; voir arrêts du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123, point 48); du 6 avril 2006, General Motors/Commission (C-551/03 P, Rec. p. I-3173, point 51); du 10 mai 2007, SGL Carbon/Commission (C-328/05 P, Rec. p. I-3921, point 41), et du 2 avril 2009, Bouygues et Bouygues Télécom/Commission (C-431/07 P, Rec. p. I-2665, point 137).

38 — Arrêts du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval (C-12/03 P, Rec. p. I-987, points 37 à 49); du 22 novembre 2007, Espagne/Lenzing (C-525/04 P, Rec. p. I-9947, points 56 à 61), et Impala (déjà cité à la note 25, points 135 à 150, en particulier le point 143).

points 134, 135, 138 et 153 de l'arrêt entrepris, dans lesquels le Tribunal analyse les éventuelles solutions qui auraient pu être retenues au lieu des engagements individuels de De Beers. Il évoque ainsi, d'une part, les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa et, d'autre part, la proposition faite par Alrosa de mettre chaque année une partie de ses diamants bruts à l'encan.

69. Pour déterminer si ce grief est fondé, il faut rechercher, d'une part, si la Commission disposait d'une marge d'appréciation lorsqu'elle a évalué les engagements offerts par De Beers et, d'autre part, si le Tribunal a porté atteinte à cette marge d'appréciation.

i) Existence d'une marge d'appréciation de la Commission

70. Déterminer si des mesures données sont adéquates et nécessaires pour remédier à un problème de concurrence identifié par la Commission exige d'elle qu'elle évalue des éléments économiques complexes, tâche pour l'accomplissement de laquelle elle dispose d'un certain pouvoir d'appréciation[39].

71. Contrairement à ce qu'a jugé le Tribunal[40], il n'existe, en ce qui concerne l'appréciation des engagements offerts par des entreprises, aucune différence fondamentale entre la procédure de l'article 9 du règlement nº 1/2003 et la procédure de contrôle des opérations de concentration. Dans l'un comme dans l'autre cas, en effet, la Commission est appelée à rendre une décision à caractère de prévision qui l'amènera à estimer comment se comportera le marché à l'avenir quand les engagements seront mis à exécution. Le fait que, dans le cadre de l'article 9 du règlement nº 1/2003, la procédure est mise en branle en raison de «pratiques existantes» ne change rien à la nécessité d'une «appréciation économique prospective» des effets que les engagements sont susceptibles d'avoir sur le comportement du marché.

72. Le Tribunal devait donc reconnaître à la Commission exerçant les compétences que lui confère l'article 9 du règlement nº 1/2003 le même pouvoir d'appréciation que celui que lui reconnaît la jurisprudence lorsqu'elle

39 — L'arrêt que la Cour a rendu le 11 juillet 1985 dans l'affaire Remia e.a./Commission (42/84, Rec. p. 2545, point 34) est déterminant en ce qui concerne le pouvoir d'appréciation dont dispose la Commission dans les procédures d'application du droit de la concurrence; voir, en outre, arrêts du 17 novembre 1987, BAT et Reynolds/Commission (142/84 et 156/84, Rec. p. 4487, point 62) et Aalborg Portland e.a./Commission (déjà cité à la note 37, point 279).

40 — Points 108 à 110 de l'arrêt entrepris.

évalue les engagements dans le cadre de la procédure de contrôle des opérations de concentration[41].

73. Que le Tribunal constate que la Commission n'a pas procédé à une «analyse économique complexe» en l'espèce n'entame en rien cette conclusion[42]. Cette constatation vise, en effet, uniquement l'«identification de solutions alternatives», identification dont le Tribunal fait grief à la Commission d'avoir fait l'économie. Comme je l'ai déjà dit, la Commission n'est absolument pas tenue, lorsqu'elle applique la procédure de l'article 9 du règlement nº 1/2003, de rechercher elle-même de telles solutions de rechange qui pourraient se substituer aux engagements qui lui ont été présentés.

74. Ce qui est essentiel, c'est qu'avant d'adopter toute décision fondée sur l'article 9 du règlement nº 1/2003, la Commission doit *évaluer la situation du marché* dans laquelle s'inscrivent les engagements offerts, ce que le Tribunal a perdu de vue. Elle doit analyser les effets que ces engagements auront sur le comportement futur du marché et déterminer si les solutions de substitution dont elle a connaissance sont tout aussi adéquates pour résoudre le problème de concurrence qu'elle a identifié. Rien que cela exige déjà d'elle qu'elle évalue des éléments économiques complexes. Le Tribunal n'a pas constaté que la Commission aurait omis d'évaluer le comportement du marché et les autres solutions de sa connaissance susceptibles de se substituer aux engagements individuels de De Beers.

75. Il en résulte donc que la Commission disposait d'un pouvoir d'appréciation en l'espèce et qu'elle l'a épuisé. Il va falloir à présent examiner si le Tribunal a porté atteinte à ce pouvoir d'appréciation, comme le prétend la Commission.

ii) Violation du pouvoir d'appréciation de la Commission par le Tribunal

76. Le Tribunal a constaté «que la décision [litigieuse] est entachée d'une erreur d'appréciation, qui, au demeurant, présente un caractère manifeste»[43]. Il faut examiner si, par cette constatation, le Tribunal s'est correctement acquitté de ses obligations en droit ou s'il a, au contraire, outrepassé les limites du contrôle juridictionnel des décisions de la Commission.

41 — Arrêts du Tribunal du 3 avril 2003, Royal Philips Electronics/Commission (T-119/02, Rec. p. II-1433, point 78), et du 30 septembre 2003, ARD/Commission (T-158/00, Rec. p. II-3825, point 328); voir, en outre, le point 67 des conclusions que j'ai présentées dans l'affaire Cementbouw (déjà citée à la note 23).

42 — Points 123 à 125 de l'arrêt entrepris, en particulier le point 125.

43 — Point 126 de l'arrêt entrepris.

77. Le fait que la Commission dispose d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elle examine des questions économiques ne signifie pas que le juge communautaire devrait renoncer à tout contrôle de l'interprétation qu'elle a faite des données économiques. Il a, au contraire, le pouvoir de vérifier la légalité matérielle des décisions de la Commission tant du point de vue de l'exactitude matérielle des faits que de la présence éventuelle d'erreurs manifestes d'appréciation[44]. Ce faisant, il peut non seulement vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées[45].

78. Le Tribunal était donc fondé à vérifier si les faits constatés par la Commission étaient de nature à étayer la conclusion qu'elle en avait déduite, à savoir que les engagements individuels de De Beers étaient non seulement propres à résoudre le problème de concurrence identifié, mais également nécessaires à cet effet.

79. Comme le Tribunal l'a exposé à bon droit à ce sujet, le principe de proportionnalité exige qu'avant de prendre une décision concernant les engagements, la Commission contrôle l'idonéité de mesures moins contraignantes dont elle aurait connaissance; ce n'est que lorsque ces mesures moins contraignantes s'avèrent inappropriées pour dissiper les objections qu'elle a soulevées qu'elle peut opter pour une méthode plus draconienne[46].

80. Nul ne conteste que la Commission avait connaissance de solutions de rechange pesant moins sur les intérêts d'Alrosa, à savoir, en particulier, les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa[47]. Elle a néanmoins conclu — surtout après avoir pris connaissance des résultats de l'enquête qu'elle avait menée sur le marché — que de telles solutions de substitution n'étaient pas propres à résoudre les problèmes de concurrence qu'elle avait identifiés[48].

81. Le Tribunal n'aurait pu constater une erreur d'appréciation manifeste que si cette dernière conclusion de la Commission n'avait

44 — Arrêt Impala (déjà cité à la note 25, point 144).

45 — Arrêts Commission/Tetra Laval (déjà cité à la note 38, point 39) et Impala (déjà cité à la note 25, point 145). Cette jurisprudence initialement développée par la Cour à propos de la procédure de contrôle des opérations de concentration s'applique désormais bien au-delà de ce domaine du droit, notamment chaque fois qu'il s'agit de vérifier que des décisions de la Commission ne sont pas entachées d'erreurs d'appréciation manifestes; voir arrêts Espagne/Lenzing (déjà cité à la note 38, point 57) et du 6 novembre 2008, Pays-Bas/Commission (C-405/07 P, Rec. p. I-8267, point 55), ainsi qu'arrêt du Tribunal du 27 septembre 2006, Dresdner Bank e.a./Commission (T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP et T-61/02 OP, Rec. p. II-3567, point 67).

46 — Voir, en ce sens, également le point 131 de l'arrêt entrepris.

47 — Point 132 de l'arrêt entrepris.

48 — Voir, en ce sens, les points 41 et 42 des motifs de la décision litigieuse.

pas été étayée par les éléments de fait qu'elle avait découverts.

82. L'arrêt entrepris ne remplit pas ces exigences.

83. À aucun endroit de celui-ci, le Tribunal ne constate que les faits mis au jour n'autorisaient pas la conclusion de la Commission. Il se contente d'exprimer sa propre appréciation divergente de l'aptitude d'éventuelles solutions de substitution à éliminer les problèmes de concurrence identifiés par la Commission.

84. Que le Tribunal soit d'un autre avis que la Commission ne suffit cependant justement pas pour que celui-ci puisse déclarer qu'elle aurait commis une erreur d'appréciation manifeste. En effet, si les éléments de fait et de preuve rendent différentes appréciations plausibles, rien ne s'oppose en droit à ce que la Commission opte pour l'une d'entre elles à laquelle le Tribunal n'aurait pas donné sa préférence. La Commission ne commet une erreur d'appréciation manifeste que lorsque les faits et les éléments de preuve suggèrent que ses conclusions ne sont plus défendables[49], c'est-à-dire lorsqu'aucune base raisonnable susceptible de les étayer ne peut être identifiée[50].

85. Dans l'arrêt entrepris, le Tribunal n'explique pas que les conclusions tirées par la Commission seraient indéfendables, mais se contente, pour l'essentiel, de vagues suppositions et d'estimations provisoires. C'est ainsi qu'il déclare que les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa «pouvaient, à première vue, se révéler aptes à répondre aux préoccupations exprimées par la Commission»[51], que De Beers aurait «difficilement» pu influencer les prix fixés par Alrosa et qu'à supposer que De Beers et Alrosa aient souhaité coordonner leurs politiques de prix, la mise en œuvre d'une telle coordination «aurait été difficilement concevable»[52].

86. L'exposé du Tribunal ne fait pas apparaître clairement si les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa étaient *manifestement*

49 — Voir le point 240 des conclusions que j'ai présentées dans l'affaire Impala (déjà citée à la note 25).

50 — Voir le point 77 de mes conclusions du 10 mars 2009 dans l'affaire S.P.C.M. e.a. (arrêt du 7 juillet 2009, C-558/07, Rec. p. I-5783). Dans le même sens, arrêt du 12 mars 2002, Omega Air e.a. (C-27/00 et C-122/00, Rec. p. I-2569, point 72), aux termes duquel l'institution concernée n'a pas commis d'erreur d'appréciation manifeste lorsqu'elle pouvait «raisonnablement» se fonder sur certaines prémisses au moment où elle a pris sa décision; voir, en outre, le point 71 de mes conclusions du 1er février 2007 dans l'affaire Espagne/Lenzing (déjà citée à la note 38), dans lesquelles j'ai expliqué qu'une analyse ne sera manifestement erronée que s'il s'avère que «rien ne la justifie sous quelque point de vue que ce soit».

51 — Point 133 de l'arrêt entrepris.

52 — Point 134 de l'arrêt entrepris.

aptes à résoudre les problèmes de concurrence identifiés par la Commission et pas davantage s'ils étaient *tout aussi aptes* à le faire que les engagements individuels de De Beers que la Commission a finalement déclarés obligatoires. Le Tribunal semble, au contraire, trouver suffisant qu'une solution de substitution «aurait à tout le moins diminué les risques de distorsion de la concurrence»[53] sans «[mettre nécessairement] en danger la réalisation des objectifs de la Commission»[54]. Pour que son raisonnement soit correct, le Tribunal aurait toutefois dû constater clairement que les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa étaient suffisants pour éliminer les risques d'une distorsion de la concurrence et permettre la réalisation des objectifs de la Commission en matière de protection de cette dernière.

87. Les explications du Tribunal ne satisfont donc pas aux exigences de droit auxquelles doit être conforme un examen de proportionnalité opéré dans le cadre de l'article 9 du règlement nº 1/2003[55].

88. En faisant les déclarations qu'il a faites à propos des engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa, le Tribunal a d'ailleurs quitté le terrain du contrôle de la légalité d'une décision de la Commission et présenté, en réalité, sa propre appréciation de circonstances économiques complexes. C'est le cas notamment lorsqu'il déclare qu'une réduction des ventes de diamants bruts par Alrosa à De Beers à partir de 2009 à 35 % de la quantité vendue en 2004 (pour une valeur de 275 millions de USD) aurait permis aux tiers un accès effectif à une source alternative et indépendante d'approvisionnement[56]. Il en va de même de l'appréciation de la proposition qu'Alrosa avait faite de vendre chaque année une partie de ses diamants bruts aux enchères[57]. Pour cesser d'être de simples allégations, de telles déclarations auraient dû être fondées sur une analyse approfondie de la situation du marché pour laquelle ce n'est pas le Tribunal, mais la Commission qui est compétente.

89. Lorsqu'elle est saisie d'un pourvoi, la Cour n'a pas pour mission de s'ériger en arbitre des opinions économiques divergentes du Tribunal et de la Commission ni de juger si l'appréciation que l'un fait du caractère approprié de solutions de rechange doit être préférée à celle de l'autre. Si elle le faisait, elle substituerait, elle aussi, illégalement sa propre appréciation à celle de la Commission et du Tribunal, et procéderait à une évaluation de situations économiques complexes.

90. La seule chose qui soit déterminante, c'est que le Tribunal a substitué sa propre appréciation à celle de la Commission et a donc illégalement empiété sur la marge d'appréciation

53 — Point 153, dernière phrase, de l'arrêt entrepris.
54 — Point 153, première phrase, de l'arrêt entrepris.
55 — Voir le point 57 des présentes conclusions.
56 — Point 134 de l'arrêt entrepris.
57 — Points 138 et 153 de l'arrêt entrepris.

de celle-ci[58]. Il convient donc de faire droit au grief de la Commission. Comme cette erreur en droit du Tribunal a eu un effet causal sur l'annulation de la décision litigieuse, elle justifie en outre l'annulation de l'arrêt entrepris.

b) Les autres griefs de la Commission concernant la manière de procéder du Tribunal

91. Je vais à présent examiner les autres griefs de la Commission dans le cadre de cette deuxième partie du premier moyen.

i) Sur l'allégation de «dénaturation de la portée de l'évaluation préliminaire»

92. La Commission fait grief au Tribunal d'avoir «dénaturé la portée de son évaluation préliminaire». Il n'aurait pas tenu compte du fait qu'indépendamment du projet d'accord contractuel, De Beers et Alrosa continuaient à pratiquer des ventes ad hoc suivant le principe du consentement mutuel entre acheteur et vendeur («willing buyer/willing seller»). Il n'aurait considéré ces ventes ad hoc entre les deux entreprises que comme une pratique appartenant au passé sans tenir compte de ses effets actuels.

93. Ce grief est recevable, car il met en cause une dénaturation de faits ou de preuves[59].

94. Le reproche d'une dénaturation des faits ou des preuves est cependant non fondé en l'espèce. En effet, une telle dénaturation n'existe que lorsque, sans avoir recours à de nouveaux éléments de preuve, l'appréciation des éléments de preuve existants apparaît manifestement erronée[60]. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

95. S'il évoque bien l'«existence de relations historiques» entre De Beers et Alrosa à propos des ventes ad hoc et s'il se réfère

58 — Voir, en ce sens, arrêt Impala (déjà cité à la note 25, point 145), aux termes duquel, lorsque la Commission dispose d'une marge d'appréciation, le Tribunal n'a pas à substituer son appréciation économique à celle de la Commission.

59 — Arrêts du 15 juin 2000, Dorsch Consult/Conseil et Commission (C-237/98 P, Rec. p. I-4549, point 36); du 18 janvier 2007, PKK et KNK/Conseil (C-229/05 P, Rec. p. I-439, point 35), et du 16 juillet 2009, Commission/Schneider Electric (C-440/07 P, Rec. p. I-6413, point 104).

60 — Arrêts PKK et KNK/Conseil (déjà cité à la note 59, point 37); du 18 juillet 2007, Industrias Químicas del Vallés/Commission (C-326/05 P, Rec. p. I-6557, point 60); du 22 novembre 2007, Sniace/Commission (C-260/05 P, Rec. p. I-10005, point 37), et du 8 mai 2008, Eurohypo/OHMI (C-304/06 P, Rec. p. I-3297, point 34), ainsi qu'ordonnance du 3 juin 2009, Zipcar/OHMI (C-394/08 P, point 40).

aux «pratiques antérieures» des deux entreprises[61], l'arrêt entrepris ne contient cependant aucun point d'ancrage univoque indiquant que le Tribunal aurait considéré les ventes ad hoc *exclusivement* comme étant un phénomène du passé et non pas également comme une pratique toujours en vigueur entre les deux entreprises.

96. Ce grief de la Commission doit dès lors être rejeté.

ii) Sur la prise en considération unilatérale des arguments et des intérêts d'Alrosa

97. La Commission affirme en outre que l'arrêt entrepris néglige les résultats de la consultation du marché. Le Tribunal tiendrait compte unilatéralement des intérêts et des positions d'Alrosa, et leur attribuerait un poids démesuré tout en négligeant les intérêts de la concurrence. Le Tribunal aurait escamoté de nombreux arguments de la Commission et se réfugierait en substance derrière le caractère objectif de l'examen de proportionnalité[62].

61 — Points 115 et 150 de l'arrêt entrepris.

62 — Au point 99 de l'arrêt entrepris, le Tribunal explique que: «Le contrôle de la proportionnalité d'une mesure est […] un contrôle objectif».

98. Comme la Commission le démontre dans sa réplique, elle aimerait que la Cour interprète cet argument comme étant un grief déduit d'un défaut de motifs. Elle considère que l'arrêt entrepris est contradictoire et insuffisamment motivé.

99. La question de savoir si l'exposé des motifs d'un arrêt du Tribunal est contradictoire ou insuffisant est une question de droit pouvant, en tant que telle, être invoquée dans le cadre d'un pourvoi[63].

100. En ce qui concerne son contenu, l'obligation pour le Tribunal de motiver ses décisions ne saurait être interprétée comme impliquant que celui-ci fût tenu de répondre dans les détails à chaque argument invoqué par une partie[64]. Il doit, au contraire, être considéré comme suffisant que l'exposé des motifs d'un arrêt fasse apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement du Tribunal, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de

63 — Arrêts du 7 mai 1998, Somaco/Commission (C-401/96 P, Rec. p. I-2587, point 53); Sumitomo Metal Industries et Nippon Steel/Commission (déjà cité à la note 25, point 77) et du 16 juillet 2009, Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland/Commission (C-385/07 P, Rec. p. I-6155, point 71).

64 — Arrêts du 6 mars 2001, Connolly/Commission (C-274/99 P, Rec. p. I-1611, point 121); Aalborg Portland e.a./Commission (déjà cité à la note 37, point 372); du 2 avril 2009, France Télécom/Commission (C-202/07 P, Rec. p. I-2369, point 30), et Commission/Schneider Electric (déjà cité à la note 59, point 135).

la décision prise et à la Cour d'exercer son contrôle juridictionnel[65].

101. Le Tribunal s'est acquitté de ses obligations sur ce point en l'espèce. Le lecteur pourra reconnaître sans difficulté les raisons pour lesquelles le Tribunal a fait droit à la requête d'Alrosa. La Commission n'a pas davantage éprouvé de difficulté à comprendre les motifs de l'arrêt ni à attaquer celui-ci avec tout un arsenal de moyens.

102. En réalité, le grief de la Commission me paraît moins dirigé contre la motivation correcte de l'arrêt entrepris et, partant, contre sa légalité formelle que contre l'exactitude de son contenu. Or, le fait que le Tribunal est, sur le fond, parvenu à une autre conclusion que la requérante ne saurait en soi entacher l'arrêt attaqué d'un défaut de motivation[66].

103. Le grief déduit d'un défaut de motifs est dès lors dépourvu de fondement.

iii) Sur la qualification incorrecte en droit de la publication effectuée conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003

104. La Commission soutient également que le Tribunal aurait méconnu la communication qu'elle avait publiée au Journal officiel conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003[67]. Son grief est dirigé contre les points 136 et 192 de l'arrêt entrepris, où le Tribunal déduit de la simple existence d'une communication au Journal officiel que même la Commission aurait considéré que les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa «répondaient à première vue» à ses préoccupations concernant les distorsions de la concurrence. La Commission considère qu'il y a là soit une dénaturation des faits ou une qualification incorrecte en droit de sa communication au Journal officiel.

105. Le pouvoir de contrôle dont jouit la Cour dans le cadre d'un pourvoi s'étend aussi bien à une éventuelle dénaturation des faits qu'à la qualification juridique de ceux-ci[68]. Le présent grief de la Commission est dès lors recevable.

65 — Arrêts du 14 mai 1998, Conseil/de Nil et Impens (C-259/96 P, Rec. p. I-2915, points 32 et 33); Aalborg Portland e.a./Commission (déjà cité à la note 37, point 372); France Télécom/Commission (déjà cité à la note 64, point 29) et Commission/Schneider Electric (déjà cité à la note 59, point 135).

66 — Arrêt du 7 juin 2007, Wunenburger/Commission (C-362/05 P, Rec. p. I-4333, point 80).

67 — À propos de cette communication, voir le point 26 des présentes conclusions.

68 — Sur la dénaturation des faits, voir la jurisprudence citée à la note 69; sur la qualification juridique des faits, voir l'ordonnance du 17 septembre 1996, San Marco/Commission (C-19/95 P, Rec. p. I-4435, point 39), ainsi que les arrêts Sumitomo Metal Industries et Nippon Steel/Commission (déjà cité à la note 25, point 39) et Commission/Schneider Electric (déjà cité à la note 59, point 191).

106. La Commission a en outre raison quant au fond également.

107. Aux points 136, 192 et 194 de l'arrêt entrepris, le Tribunal s'emploie à ramener la Commission à son appréciation initiale des engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa, appréciation initiale dans laquelle il voit un motif de penser que les engagements conjoints auraient été de nature à remédier aux problèmes de concurrence identifiés par la Commission.

108. Il oublie ainsi qu'une communication publiée au Journal officiel conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement nº 1/2003 ne peut jamais reposer que sur une évaluation préliminaire de la Commission. Une telle communication a pour objet et pour but de fournir aux tiers intéressés l'occasion de prendre position sur une offre d'engagements dans le cadre d'une consultation du marché. À la lumière des résultats de celle-ci, la Commission doit reprendre son évaluation préliminaire de la situation du marché et réévaluer l'aptitude des engagements à résoudre les problèmes de concurrence qu'elle a identifiés. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que cette consultation du marché mette au jour des faits ou des griefs nouveaux; ses résultats peuvent également déboucher sur une modification de l'appréciation de faits déjà connus et, en fin de compte, de la situation du marché. La consultation du marché ne serait qu'un simulacre si elle ne pouvait pas entraîner une modification de la position initiale de la Commission.

109. Si le Tribunal ne peut même pas utiliser une communication des griefs comme critère d'examen de la légalité d'une décision de la Commission[69], il doit a fortiori en aller de même pour une communication fondée sur l'article 27, paragraphe 4, du règlement nº 1/2003. En effet, une telle communication ne fait que refléter, elle aussi, une évaluation préliminaire de la Commission. Elle est en outre beaucoup moins détaillée et se fonde uniquement sur un examen sommaire du cas.

110. Dans la présente espèce, d'ailleurs, le libellé de la communication au Journal officiel[70] montre clairement que la Commission n'avait pas encore adopté une évaluation définitive des engagements conjoints qui lui ont été offerts par De Beers et Alrosa. Bien que le Tribunal ait parfaitement pris connaissance de cette indication[71], il n'en tire pas les conclusions qui s'imposaient en ce qui concerne le caractère provisoire des appréciations de la Commission figurant dans la communication.

69 — Arrêt Impala (déjà cité à la note 25, en particulier les points 64, 65, 73 et 76); sur ce point, la Cour n'a pas suivi les conclusions que j'avais présentées le 13 décembre 2007 dans cette affaire (voir, en particulier, les points 171 à 176 de celles-ci).

70 — Au point 16 de la communication au Journal officiel figure l'indication suivante: «*Sous réserve du résultat de la présente consultation*, la Commission envisage d'adopter une décision en application de l'article 9, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 1/2003» (souligné par moi).

71 — Points 136, deuxième phrase, et 192, première phrase, de l'arrêt entrepris.

111. Le Tribunal a ainsi donné une qualification juridique incorrecte des faits en utilisant la communication de la Commission au Journal officiel comme indice du caractère approprié des engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa.

112. Le grief de la Commission relatif à la communication au Journal officiel est ainsi fondé. Cette erreur en droit n'est cependant pas suffisante en soi pour entraîner l'annulation de l'arrêt entrepris parce que la référence à cette communication n'était qu'un argument parmi plusieurs sur lesquels le Tribunal a fondé ses explications concernant l'existence et l'idonéité de solutions de substitution[72].

iv) Sur les violations alléguées de l'article 82 CE

113. Enfin, la Commission fait grief au Tribunal d'avoir enfreint l'article 82 CE à deux reprises dans le cadre de son contrôle de proportionnalité.

114. Ces griefs sont dirigés contre les explications que le Tribunal a fournies à propos des éventuelles autres solutions que la Commission aurait pu substituer aux engagements individuels de De Beers qu'elle a déclarés obligatoires. La Commission s'élève, en particulier, contre les points 152 et 153 de l'arrêt entrepris, dans lesquels le Tribunal prend position sur la proposition d'Alrosa de vendre chaque année une partie de ses diamants bruts aux enchères. D'une part, le Tribunal n'aurait absolument pas tenu compte du fait que De Beers n'est pas seulement le plus gros acheteur de diamants bruts sur le marché, mais également le plus grand producteur sur le même marché. En second lieu, le Tribunal aurait méconnu le fait que des ventes aux enchères ne sont pas non plus susceptibles d'empêcher qu'une entreprise en position dominante abuse de celle-ci lorsqu'elle surenchérit.

115. Contrairement à Alrosa, je considère que ces griefs ne sont pas irrecevables. Il ne s'agit aucunement d'un simple prétexte qui permettrait à la Commission de mettre en cause l'appréciation des faits et des preuves opérée par le Tribunal. Les arguments de la Commission soulèvent, au contraire, la question juridique de savoir si le Tribunal a appliqué les critères corrects lorsqu'il a interprété et appliqué l'article 82 CE[73] et s'il a négligé des aspects pertinents d'un point de vue juridique.

72 — Il s'agit des points 132 à 154 de l'arrêt entrepris.

73 — Voir, à ce sujet, le point 45 des présentes conclusions, ainsi que la jurisprudence citée à la note 25.

— Sur l'omission de la position de De Beers en tant que producteur

116. Le premier grief fondé sur l'article 82 CE est dirigé en particulier contre le point 153 de l'arrêt entrepris, dans lequel le Tribunal qualifie De Beers de «plus important acheteur présent sur le marché», sans pour autant aborder le fait que De Beers est également le principal producteur sur le marché.

117. C'est à bon droit que la Commission s'élève contre une telle approche.

118. Le Tribunal savait parfaitement qu'aussi bien De Beers qu'Alrosa étaient des producteurs de diamants bruts[74], mais il a totalement occulté cet élément lorsqu'il a examiné les éventuelles solutions de substitution aux engagements individuels de De Beers qui ont été déclarés obligatoires. Aux endroits décisifs de l'exposé des motifs de l'arrêt, le Tribunal désigne De Beers exclusivement comme étant le plus grand ou le plus important acheteur sur le marché, avec lequel, selon le Tribunal, Alrosa aurait dû pouvoir poursuivre ses relations[75].

119. Le Tribunal méconnaît ainsi le fait que, lorsqu'il s'agit de porter un jugement en droit de la concurrence sur une relation de fourniture à long terme entre deux entreprises, le point de savoir s'il existe ou non entre elles une relation de concurrence actuelle ou potentielle revêt une importance considérable.

120. En effet, si les deux entreprises opèrent sur le même marché en tant que producteurs, il n'est en principe pas conforme à un comportement concurrentiel normal que l'une d'entre elles achète régulièrement toute la production de l'autre ou, du moins, une partie importante de celle-ci, en particulier lorsque l'acheteur occupe une position dominante sur le marché. Interrogée sur ce point, Alrosa en est d'ailleurs convenue à l'audience devant la Cour.

121. Si nul ne conteste qu'une entreprise qui détient une position dominante sur le marché a le droit de veiller à ses propres intérêts commerciaux, l'article 82 CE lui interdit cependant tout comportement qui aurait pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser[76].

122. Il y a précisément lieu de craindre un tel abus lorsqu'une entreprise en position dominante achète toute la production d'une

74 — Voir, à ce sujet, l'exposé des faits aux points 8 et 9 ainsi que la citation de la décision litigieuse au point 116 de l'arrêt entrepris, où il est question d'une «relation commerciale entre [De Beers] et son concurrent le plus important».

75 — Points 138 et 153 de l'arrêt entrepris.

76 — Arrêts du 14 février 1978, United Brands et United Brands Continentaal/Commission (27/76, Rec. p. 207, point 189); du 16 septembre 2008, Sot. Lélos kai Sia e.a. (C-468/06 à C-478/06, Rec. p. I-7139, point 50), et du 11 décembre 2008, Kanal 5 et TV 4 (C-52/07, Rec. p. I-9239, point 26).

autre qui opère sur le même marché, car cet autre producteur se trouve ainsi dispensé de mettre en place son propre système de distribution et de livrer concurrence à l'entreprise dominante. Une telle situation peut avoir des conséquences dommageables pour la structure du marché et, en fin de compte, pour le consommateur également, d'autant plus que la concurrence se trouve de toute façon déjà affaiblie sur ce marché par la présence de l'entreprise dominante. Elle présente le risque qu'en achetant toute la production de l'autre producteur, l'entreprise dominante pèse sur les débouchés du marché et donc, finalement, sur les prix au détriment du consommateur. Un tel comportement n'a rien à voir avec le soin — en principe légitime — dont l'entreprise dominante peut entourer ses intérêts légitimes.

123. Le Tribunal n'a pas démontré qu'il existait en l'espèce des circonstances particulières susceptibles d'exclure exceptionnellement l'existence d'un abus. Au contraire: il n'a absolument pas analysé le double rôle que joue De Beers à l'échelle mondiale en tant que plus gros producteur et principal acheteur de diamants bruts sur le marché alors que la Commission avait attiré son attention sur ce point[77]. Il était pourtant indispensable qu'il tienne compte de ce double rôle pour pouvoir juger de manière sensée si la vente aux enchères annuelle d'une partie des diamants d'Alrosa était de nature à mettre fin au problème de concurrence que la Commission avait identifié à propos de l'article 82 CE.

77 — Voir, en particulier, les points 58, 63 et 68 de la réplique que la Commission a présentée en première instance ainsi que le point 74 de l'arrêt entrepris.

124. En négligeant ce point essentiel, le Tribunal a commis une erreur en droit dans son contrôle de proportionnalité. Cette erreur en droit justifie l'annulation de l'arrêt entrepris parce que c'est sur la base de celle-ci que le Tribunal a admis qu'il existait en l'espèce des solutions de substitution appropriées moins contraignantes pour les entreprises concernées.

— Sur l'omission de la possibilité d'un comportement abusif des enchérisseurs lors des ventes aux enchères

125. Le deuxième grief fondé sur l'article 82 CE est dirigé contre les points 152 et 153 de l'arrêt entrepris, dans lesquels le Tribunal déclare que les ventes ad hoc par enchères effectuées par Alrosa ne pourraient pas, en elles-mêmes, être incompatibles avec les règles de la concurrence, même si elles permettaient à De Beers de maintenir ou de renforcer son rôle de meneur du marché.

126. C'est à bon droit que la Commission critique ces explications du Tribunal.

127. En effet, le Tribunal se contente de constater à cet endroit qu'il n'y a pas lieu de craindre qu'Alrosa puisse réserver un traitement préférentiel à De Beers à l'occasion de ces ventes aux enchères puisque rien ne démontrerait qu'Alrosa puisse appliquer des critères d'adjudication subjectifs («des critères autres que la qualité de l'offre»)[78].

128. Le Tribunal oublie ainsi que les ventes aux enchères n'offrent pas seulement au vendeur, mais également à l'acheteur, l'occasion de se comporter de manière abusive. En effet, une entreprise qui participe à une vente aux enchères au cours de laquelle sont vendus des produits concurrents de ceux dont elle est, elle-même, un producteur et qu'elle commercialise, elle aussi, sur un marché où elle occupe une position dominante peut très bien provoquer une situation de nature à éliminer la concurrence. Elle peut ainsi artificiellement pousser les enchères pour écarter les autres enchérisseurs et s'assurer ainsi le contrôle de la production de son rival, actuel ou potentiel, ce qui peut déboucher sur une réduction de l'offre sur le marché et, en fin de compte, un niveau de prix artificiellement élevé au détriment du consommateur. Un tel comportement est abusif au sens de l'article 82 CE et n'a rien à voir avec la protection des intérêts légitimes de l'entreprise dominante sur le marché[79].

129. Une appréciation globale des circonstances du cas d'espèce est certes nécessaire pour déterminer s'il y a lieu de craindre effectivement qu'une entreprise en position dominante sur le marché se rende coupable d'un tel comportement abusif en cours d'enchères. L'arrêt entrepris ne contient cependant aucun élément qui indiquerait que le Tribunal aurait, fût-ce sommairement, abordé cette question alors que les explications de la Commission auraient dû l'amener à le faire. C'est ainsi que la Commission a souligné, à plusieurs reprises, que De Beers jouait le rôle de «teneur du marché» et attiré l'attention sur les efforts que De Beers avait déployés jusqu'alors pour contrôler la production sur le marché du diamant[80].

130. Le Tribunal a jugé suffisant qu'il n'existe aucun risque qu'*en tant que vendeur* Alrosa adopte un comportement abusif lors de l'adjudication dans les ventes aux enchères qu'elle proposait. L'absence de ce risque ne permet cependant pas d'exclure, à elle seule, qu'*en tant qu'acheteur* l'entreprise qui domine le marché adopte une attitude abusive lorsqu'elle surenchérit.

131. En négligeant cet élément significatif, le Tribunal a commis une erreur en droit dans son contrôle de proportionnalité. Cette erreur en droit justifie l'annulation de l'arrêt entrepris parce que c'est sur la base de celle-ci que le Tribunal a admis qu'il existait en l'espèce des solutions de substitution appropriées moins contraignantes pour les entreprises concernées.

78 — Point 153 de l'arrêt entrepris.

79 — Voir, une fois encore, à ce sujet le point 121 des présentes conclusions ainsi que la jurisprudence citée à la note 76.

80 — Voir les points 25, 26, 28 et 30 des motifs de la décision litigieuse ainsi que les points 64 et 65 de la réplique que la Commission a présentée en première instance; voir, également, le point 83 de l'arrêt entrepris.

B — *Deuxième moyen: le droit d'être entendu au cours de la procédure administrative*

132. Par son deuxième moyen, la Commission fait, en substance, grief au Tribunal d'avoir commis une erreur en droit dans son appréciation du droit d'être entendu au cours de la procédure administrative. Elle lui reproche en outre d'avoir statué ultra petita et invoque derechef un défaut de motifs de l'arrêt entrepris.

1. Question préliminaire: le deuxième moyen est-il inopérant?

133. Alrosa considère que le deuxième moyen de la Commission est inopérant parce qu'il est dirigé contre des explications que le Tribunal n'a fournies dans son arrêt qu'à titre surabondant.

134. Il est exact qu'un grief dirigé contre un motif surabondant de l'arrêt de première instance ne peut pas entraîner l'annulation de celui-ci et qu'il doit, dès lors, être rejeté comme étant inopérant [81]. Tel n'est cependant pas le cas en l'espèce.

135. Si le Tribunal a créé un malentendu considérable en déclarant ne statuer sur la violation du droit d'être entendu qu'à titre «surabondant» [82], cela ne signifie cependant pas qu'il ne s'agirait là que de simples obiter dicta. Ces explications sont, au contraire, un second pilier autonome de l'arrêt sur lequel repose l'annulation de la décision litigieuse, comme cela apparaît de manière particulièrement claire au point 204 de l'arrêt entrepris où le Tribunal déclare en termes exprès que le grief qu'Alrosa tire de la violation de son droit d'être entendue est fondé. Les explications du Tribunal concernant le droit d'être entendu sont donc des motifs sur lesquels repose le dispositif de l'arrêt entrepris.

136. Il convient, par conséquent, de rejeter l'objection d'Alrosa lorsqu'elle affirme que le deuxième moyen est inopérant.

81 — Arrêts du 18 mars 1993, Parlement/Frederiksen (C-35/92 P, Rec. p. I-991, point 31); du 8 mai 2003, T. Port/Commission (C-122/01 P, Rec. p. I-4261, point 17); du 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commission (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, point 148), et du 13 septembre 2007, Common Market Fertilizers/Commission (C-443/05 P, Rec. p. I-7209, point 137).

82 — Voir les points 158 et 204 de l'arrêt entrepris. Dans la langue de procédure, il a déclaré ne statuer que «for the sake of completeness».

2. Examen du deuxième moyen

a) Sur l'insuffisance des motifs (première partie du deuxième moyen)

137. La Commission reproche au Tribunal de n'avoir pas suffisamment expliqué en quoi elle aurait enfreint le droit d'Alrosa d'être entendue et d'avoir remplacé l'exposé des motifs sur ce point par un simple soupçon. Aux points 201 et 203 de l'arrêt entrepris, il n'expliquerait pas en quoi elle aurait mis Alrosa dans l'impossibilité de répondre «de manière utile» aux documents qui lui avaient été communiqués[83] et d'«exercer pleinement» son droit d'être entendue. Le Tribunal n'aurait pas davantage établi un lien causal entre l'irrégularité constatée et l'issue de la procédure, c'est-à-dire la décision sur les engagements.

138. Ces arguments ne me convainquent pas.

139. L'exposé des motifs d'un arrêt de première instance peut être implicite sur certains points à condition qu'il permette aux intéressés de connaître les raisons pour lesquelles les mesures en question ont été prises et à la Cour de disposer d'éléments suffisants pour exercer son contrôle juridictionnel[84].

140. L'arrêt entrepris permet de comprendre avec suffisamment de clarté que le Tribunal a jugé que le droit d'Alrosa d'être entendue avait été violé parce que des documents lui auraient été transmis avec retard. Le Tribunal a constaté que la Commission n'avait transmis la version non confidentielle des observations des tiers à Alrosa «*que* le 26 janvier 2006, soit *plus de six semaines* après la date de la demande formelle [d'Alrosa] et *plus de trois mois* après la réunion du 27 octobre 2005», et il reproche également à la Commission d'avoir communiqué ces documents à Alrosa seulement «*en même temps* que l'extrait des engagements individuels de De Beers»[85]. Il en conclut qu'Alrosa n'a pas eu la possibilité d'«exercer pleinement» son droit d'être entendue[86].

141. Il est loisible à la Commission de ne pas partager l'avis du Tribunal et de considérer que les documents en question n'ont pas été transmis à Alrosa avec retard et qu'ils lui ont, en tout cas, été communiqués suffisamment tôt pour lui permettre de prendre position de manière utile. Contrairement au Tribunal, la Commission peut également avoir la conviction de n'avoir pas enfreint le droit d'Alrosa

83 — Il s'agit des observations des tiers interrogés dans le cadre de la consultation du marché et d'un extrait des engagements individuels de De Beers (voir le point 29 des présentes conclusions).

84 — Arrêts Aalborg Portland e.a./Commission (déjà cité à la note 37, point 372), Bouygues et Bouygues Télécom/Commission (déjà cité à la note 37, point 42) et Commission/Schneider Electric (déjà cité à la note 59, point 135).

85 — Point 201 de l'arrêt entrepris (mis en italique par moi).

86 — Point 203 de l'arrêt entrepris.

d'être entendue ou qu'une éventuelle violation n'a eu aucun effet sur le contenu de la décision litigieuse. Ce faisant, elle ne conteste cependant pas en réalité l'illégalité formelle de l'arrêt entrepris résultant d'un défaut de motifs, mais elle met en cause le bien-fondé des motifs et donc la légalité matérielle (du fond) de l'arrêt.

142. Or, le fait que, sur le fond, le Tribunal est parvenu à une autre conclusion ne saurait en soi entacher l'arrêt entrepris d'un défaut de motivation[87].

143. Le moyen pris d'un défaut de motifs doit dès lors être rejeté.

b) Sur le principe ne ultra petita et sur le droit à une procédure équitable (deuxième partie du deuxième moyen)

144. La Commission fait encore grief au Tribunal d'avoir constaté une violation des droits de la défense pour des motifs tout différents de ceux qu'Alrosa avait invoqués dans sa requête. Dans celle-ci, Alrosa faisait uniquement grief à la Commission de ne pas l'avoir informée des motifs qui l'avaient amenée à changer d'avis après la consultation du marché et de ne pas lui avoir fourni l'occasion de prendre position sur cette modification dans l'appréciation du cas d'espèce. Alrosa n'aurait jamais soulevé les questions relatives à son droit d'être entendue que le Tribunal a jugées décisives. L'arrêt entrepris ne serait pas fondé sur le moyen qu'Alrosa avait articulé dans sa requête, mais le rejetterait au contraire dans les termes les plus clairs[88].

145. La Commission estime qu'en procédant de la sorte le Tribunal a statué ultra petita et qu'il a, en outre, enfreint le principe de la procédure équitable.

i) Sur le principe ne ultra petita

146. Nul ne songera à contester que le juge communautaire saisi d'un recours en annulation ne peut pas statuer ultra petita[89]. Cette règle est l'expression du principe dispositif suivant lequel ce sont les parties qui définissent l'objet du litige, le juge devant se

87 — Arrêt Wunenburger/Commission (déjà cité à la note 66, point 80).

88 — La Commission se réfère au point 130 de l'arrêt entrepris.

89 — Arrêts du 14 septembre 1999, Commission/AssiDomän Kraft Products e.a. (C-310/97 P, Rec. p. I-5363, point 52); du 15 février 2001, Nachi Europe (C-239/99, Rec. p. I-1197, point 24), et du 19 janvier 2006, Comunità montana della Valnerina/Commission (C-240/03 P, Rec. p. I-731, point 43). Voir, également, arrêt du 14 décembre 1962, Meroni/Haute Autorité (46/59 et 47/59, Rec. p. 783, 854).

prononcer sur tout ce qui lui est demandé, et seulement sur ce qui lui est demandé.

147. La Commission semble comprendre le principe ne ultra petita en ce sens que le juge communautaire ne peut constater une violation du droit d'être entendu que si les moyens invoqués par le requérant en première instance sont fondés.

148. Une telle interprétation est néanmoins excessivement restrictive. Si le principe ne ultra petita interdit au juge de prononcer une annulation qui irait au-delà de la demande du requérant [90], il ne saurait cependant pas être lié par les arguments exposés par les parties à l'appui de leurs prétentions, sauf à prendre le risque de fonder sa décision sur des considérations juridiques erronées [91]. Comme l'avocat général Léger l'a formulé fort judicieusement, le juge n'est aucunement confiné à un rôle passif et ne peut pas être relégué à la fonction de «bouche des parties» [92].

149. Un des moyens qu'Alrosa a invoqués en première instance est une violation de son droit d'être entendue. Contrairement à ce que pense la Commission, le Tribunal a donc constaté la violation de ce droit non pas d'office, mais à la demande de la requérante. Le fait que, pour statuer sur ce moyen, le Tribunal se soit fondé sur d'autres arguments que ceux qu'Alrosa avait invoqués ne signifie pas en soi qu'il se serait écarté de l'objet du litige ni, par conséquent, qu'il aurait statué ultra petita [93].

ii) Sur le droit à une procédure équitable

150. La Commission fait ensuite grief au Tribunal d'avoir constaté une violation du droit d'Alrosa d'être entendue sans que cette violation ait jamais été débattue entre les parties. Elle y voit une infraction au principe de la procédure équitable.

151. Le respect des droits de la défense des parties litigantes n'est pas la moins importante des garanties d'une procédure équitable. Le principe du respect des droits de la défense est un principe fondamental du droit

90 — Arrêts Commission/AssiDomän Kraft Products e.a. (déjà cité à la note 89, point 52) et Comunità montana della Valnerina/Commission (déjà cité à la note 89, point 43).

91 — Ordonnances du 27 septembre 2004, UER/M6 e.a. (C-470/02 P, point 69), et du 13 juin 2006, Mancini/Commission (C-172/05 P, point 41).

92 — Point 30 des conclusions de l'avocat général Léger du 2 avril 1998 dans l'affaire Parlement/Gutiérrez de Quijano y Lloréns (arrêt du 19 novembre 1998, C-252/96 P, Rec. p. I-7421).

93 — Voir, en ce sens, arrêt Parlement/Gutiérrez de Quijano y Lloréns (déjà cité à la note 92, point 34) et ordonnance UER/M6 e.a. (déjà citée à la note 91, point 74).

communautaire[94]. Ce serait violer un principe élémentaire du droit que de fonder une décision judiciaire sur des faits ou des documents dont les parties, ou l'une d'entre elles, n'ont pas pu prendre connaissance et sur lesquels elles n'ont donc pas été en mesure de s'exprimer[95]. En d'autres termes, le respect des droits de la défense garantit donc que les parties ne soient pas confrontées à une «décision surprise» du juge[96].

152. Le Tribunal peut non seulement rendre une décision surprise lorsqu'il se fonde sur des faits ou des éléments de preuve dont les parties ou l'une d'entre elles n'avaient pas connaissance, mais également lorsqu'il apprécie le cas d'espèce en se fondant sur des faits dont les parties avaient, certes, connaissance, mais qui n'avaient pas été abordés en tant que tels au cours de la procédure devant la juridiction[97].

153. C'est exactement ce qui s'est passé en l'espèce en ce qui concerne la transmission de certaines pièces du dossier à Alrosa. Nul ne conteste la date à laquelle ces documents ont été transmis, mais il résulte du dossier qu'au cours de la procédure écrite, aucune des parties n'avait abordé la transmission tardive[98] condamnée par le Tribunal en l'espèce. Conformément aux explications de la Commission, auxquelles Alrosa n'oppose aucun démenti, ce problème n'a pas davantage été abordé au cours de la procédure orale. Il n'a pas non plus fait l'objet de questions écrites de la part du Tribunal, lequel n'a pas non plus jugé utile de rouvrir la procédure orale afin qu'il puisse être discuté[99].

154. En tant que défenderesse, la Commission n'avait d'ailleurs aucune raison de prendre position sur cette question à titre conservatoire. Elle avait d'autant moins de raisons de le faire que la procédure accélérée suivie en première instance s'accompagne de contraintes particulières pour les parties aussi bien en ce qui concerne le volume de leur argumentation qu'en ce qui concerne le délai dans lequel elles doivent les déposer[100].

155. Dans ces conditions, le fait que le Tribunal ait motivé la violation du droit d'être entendu qu'il avait constatée en invoquant

94 — Arrêts du 10 juillet 1986, Belgique/Commission (234/84, Rec. p. 2263, point 27); du 24 octobre 1996, Commission/Lisrestal e.a. (C-32/95 P, Rec. p. I-5373, point 21); du 8 mars 2007, Gerlach (C-44/06, Rec. p. I-2071, point 38), et du 13 septembre 2007, Land Oberösterreich et Autriche/Commission (C-439/05 P et C-454/05 P, Rec. p. I-7141, point 36); en ce qui concerne plus particulièrement le respect des droits de la défense au cours de la procédure juridictionnelle, voir arrêt du 2 octobre 2003, Corus UK/Commission (C-199/99 P, Rec. p. I-11177, point 19).

95 — Arrêts du 22 mars 1961, SNUPAT/Haute Autorité (42/59 et 49/59, Rec. p. 101, p. 169); du 10 janvier 2002, Plant e.a./Commission et South Wales Small Mines (C-480/99 P, Rec. p. I-265, point 24), et Corus UK/Commission (déjà cité à la note 94, point 19).

96 — Voir également, en ce sens, mes conclusions du 27 septembre 2006 dans l'affaire PKK et KNK/Conseil (déjà citée à la note 59, point 67).

97 — On peut déduire de l'ordonnance UER/M6 e.a. (déjà citée à la note 91, point 74) que l'arrêt de première instance ne peut pas être fondé sur une «nouvelle thèse inspirée par le Tribunal».

98 — Voir, à ce sujet, une fois encore le point 201 de l'arrêt entrepris et le point 140 des présentes conclusions.

99 — Article 62 du règlement de procédure du Tribunal.

100 — Voir, à ce sujet, l'article 76 bis du règlement de procédure du Tribunal ainsi que l'arrêt Royal Philips Electronics/Commission (déjà cité à la note 41, point 205).

le motif particulier que la Commission avait transmis des documents tardivement s'est avéré une décision surprise. Que le Tribunal n'ait donné aucune occasion à la Commission de s'exprimer sur ce point avant de statuer constitue une violation des droits de la défense de celle-ci et donc une irrégularité de procédure.

156. Le grief qu'en déduit la Commission est donc fondé. Dès lors que rien n'exclut que, si le problème de la transmission tardive avait été abordé au cours de la procédure de première instance, la Commission aurait présenté au Tribunal des arguments qui auraient amené celui-ci à une conclusion différente, l'irrégularité de procédure qu'il a commise justifie l'annulation de l'arrêt entrepris.

c) Sur les effets qu'une éventuelle violation du droit d'Alrosa d'être entendue peut avoir sur la décision de la Commission (quatrième partie du deuxième moyen)

157. La Commission soutient ensuite que le Tribunal a commis une erreur de droit en ce qu'il n'a pas démontré quels effets l'éventuelle violation du droit d'Alrosa d'être entendue avait eus sur la décision litigieuse.

158. Conformément à une jurisprudence constante, une irrégularité de procédure ne peut justifier l'annulation d'une décision de la Commission que lorsque la procédure administrative aurait pu aboutir à un autre résultat si cette irrégularité n'avait pas été commise [101]. En d'autres termes, il ne saurait être exclu que l'irrégularité de procédure a eu un impact sur le contenu de la décision de la Commission, c'est-à-dire que la décision aurait pu avoir une autre teneur [102].

159. S'il a constaté que la Commission avait enfreint le droit d'Alrosa d'être entendue, le Tribunal a néanmoins expliqué, dans le même temps, que «la mesure dans laquelle cette irrégularité a pu affecter la décision de la Commission ne peut pas être nettement établie» [103].

160. Cette formulation quelque peu ambiguë — à première vue du moins — fait effectivement surgir le soupçon que le Tribunal aurait annulé la décision litigieuse en raison d'une irrégularité de procédure sans avoir, tout d'abord, suffisamment évalué si cette irrégularité avait pu avoir une quelconque influence sur la teneur de cette décision.

101 — Arrêts du 10 juillet 1980, Distillers Company/Commission (30/78, Rec. p. 2229, point 26), et du 14 février 1990, France/Commission (C-301/87, Rec. p. I-307, point 31); voir, également, dans le même sens, arrêts Aalborg Portland e.a./Commission (déjà cité à la note 37, point 73), et du 29 juin 2006, SGL Carbon/Commission (C-308/04 P, Rec. p. I-5977, points 97 et 98).

102 — Arrêts du 29 octobre 1980, Van Landewyck e.a./Commission (209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125, point 47), et du 23 avril 1986, Bernardi/Parlement (150/84, Rec. p. 1375, point 28).

103 — Point 203 de l'arrêt entrepris.

161. À y regarder de plus près, cette formulation exprime cependant la conviction du Tribunal *que* la violation du droit d'être entendu qu'il avait constatée a pu avoir des effets sur le résultat de la procédure administrative. Tout ce que l'on ne peut pas établir nettement en l'espèce, c'est la *mesure* concrète de ces effets.

162. En dépit de la formulation malheureuse qu'il a adoptée, le Tribunal se situe donc ainsi toujours dans le cadre des exigences de droit auxquelles doit se conformer l'annulation d'une décision pour irrégularité de procédure. En effet, ce qui importe pour une telle annulation, ce n'est pas tant la mesure précise dans laquelle l'irrégularité a influencé le contenu de la décision.

163. Lorsque l'irrégularité de procédure constatée par le Tribunal consiste en une violation du droit d'être entendu, il sera de toute façon difficile d'établir dans quelle mesure cette violation a influencé la teneur de la décision de la Commission. Il ne pourra jamais être exclu qu'elle aurait adopté une décision identique, même après avoir entendu la partie qui en est la destinataire.

164. L'audition doit permettre à la partie concernée de s'exprimer et donc d'influer sur le contenu du processus décisionnel de la Commission. C'est la raison pour laquelle la simple possibilité qu'une violation du droit d'être entendu ait pu avoir un effet sur le contenu de la décision justifie, à elle seule, l'annulation de celle-ci.

165. La quatrième partie du deuxième moyen est ainsi dénuée de fondement.

d) Sur la portée du droit d'Alrosa d'être entendue (troisième partie du deuxième moyen)

166. Enfin, la Commission reproche au Tribunal d'avoir méconnu la portée du droit d'Alrosa d'être entendue.

i) Remarque préliminaire

167. Conformément à l'article 41, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[104], toute personne a le

104 — La charte des droits fondamentaux a été solennellement proclamée une première fois à Nice le 7 décembre 2000 (JO C 364, p. 1), puis, une seconde fois, à Strasbourg le 12 décembre 2007 (JO C 303, p. 1).

droit d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre. Ce droit fondamental doit être pris en considération lors de l'interprétation et de l'application du règlement nº 1/2003[105].

168. Le droit d'être entendu fait en même temps partie des droits de la défense, dont le respect est un principe fondamental du droit communautaire dans toutes les procédures qui peuvent déboucher sur une mesure individuelle qui affecterait défavorablement le justifiable concerné[106].

169. En ce qui concerne les procédures d'application du droit de la concurrence, le droit d'être entendu est concrétisé notamment à l'article 27 du règlement nº 1/2003 ainsi qu'aux articles 10 et 15 du règlement d'application nº 773/2004.

105 — Trente-septième considérant du règlement nº 1/2003. S'il est vrai que la charte des droits fondamentaux en tant que telle ne sortit pas encore d'effets juridiques obligatoires comparables à ceux du droit primaire, elle fournit, en tant que source d'interprétation du droit, des enseignements sur les droits fondamentaux garantis par le droit communautaire, a fortiori lorsqu'un acte juridique communautaire s'y réfère expressément; voir arrêt du 27 juin 2006, Parlement/Conseil, dit «Regroupement familial» (C-540/03, Rec. p. I-5769, point 38), ainsi que le point 108 des conclusions que j'ai présentées le 8 septembre 2005 dans cette affaire.

106 — Voir, à ce sujet, la jurisprudence citée à la note 94; en ce qui concerne, plus particulièrement, le respect des droits de la défense dans les procédures administratives d'application du droit de la concurrence, voir notamment les arrêts du 18 octobre 1989, Orkem/Commission (374/87, Rec. p. 3283, point 32), et du 3 septembre 2009, Prym et Prym Consumer/Commission (C-534/07 P, Rec. p. I-7415, point 26).

ii) Sur le grief de la Commission

170. La Commission reproche en substance au Tribunal d'avoir abusivement assimilé Alrosa à une «partie concernée».

171. Le Tribunal explique, en effet, que, si seule De Beers peut être une entreprise «concernée» dans la procédure d'application de l'article 82 CE, Alrosa n'en est pas pour autant un simple «tiers intéressé»[107]. Il s'en explique en renvoyant à la manière dont la Commission instruit les deux procédures relatives à l'accord entre De Beers et Alrosa[108]. Il souligne, exemples à l'appui, que les deux procédures parallèles au titre des articles 81 CE et 82 CE «ont toujours été de fait traitées comme étant une seule procédure tant par la Commission que par la requérante et par De Beers»[109]. Le Tribunal en conclut qu'il aurait fallu reconnaître à Alrosa, «pour la procédure considérée dans son ensemble, les droits accordés à une 'entreprise concernée' au sens du règlement nº 1/2003», bien que, stricto sensu, elle n'en soit pas une dans la procédure relative à l'article 82 CE[110].

172. Ces explications ne sont pas convaincantes.

107 — Points 176 et 177 de l'arrêt entrepris.
108 — Point 178 de l'arrêt entrepris.
109 — Point 186 de l'arrêt entrepris.
110 — Point 187 de l'arrêt entrepris.

173. Lorsqu'il a défini le droit d'être entendu, le législateur communautaire a sciemment introduit, à l'article 27 du règlement n° 1/2003 ainsi qu'aux articles 10 et 15 du règlement d'application n° 773/2004, une gradation entre les différentes personnes susceptibles d'être impliquées sous une forme ou sous une autre dans une procédure d'application du droit de la concurrence. Les droits des parties à la procédure administrative (également appelées «parties concernées») sont plus étendus que les droits des tiers qui, s'ils ont un intérêt à l'issue de la procédure, ne seront pas eux-mêmes destinataires de la décision qu'adoptera la Commission.

174. La Commission a engagé, ce que nul ne conteste, deux procédures administratives parallèles en l'espèce, l'une étant fondée sur l'article 81 CE et l'autre sur l'article 82 CE. Dans la première, Alrosa avait, en tant que partie à l'accord notifié, la position d'une entreprise concernée au même titre que De Beers. Dans la seconde, en revanche, seule De Beers avait cette position en tant qu'entreprise prétendument dominante sur le marché, position que n'avait pas Alrosa.

175. Dans la procédure d'application de l'article 82 CE, qui a été clôturée par la décision litigieuse, Alrosa ne disposait donc que des droits plus restreints d'un tiers intéressé.

176. Ce n'est que s'il pouvait être démontré que la Commission a engagé de manière arbitraire, c'est-à-dire sans motif objectif, deux procédures distinctes relativement à une situation de fait uniforme qu'il faudrait reconnaître à Alrosa, «pour la procédure considérée dans son ensemble» — pour reprendre l'expression du Tribunal —, les droits accordés à une entreprise concernée[111].

177. Le Tribunal n'a cependant pas constaté un tel abus de pouvoir de la part de la Commission en l'espèce. Il n'avait d'ailleurs aucune raison de le faire. Bien au contraire, la Commission était objectivement fondée à engager deux procédures administratives distinctes puisqu'elles reposaient sur des bases juridiques matérielles distinctes, à savoir l'article 81 CE (article 53 de l'accord EEE), d'une part, et l'article 82 CE (article 54 de l'accord EEE), d'autre part. Pour ce qui concerne l'article 82 CE (article de l'accord 54 EEE), seule De Beers pouvait, en sa qualité d'entreprise prétendument dominante sur le marché, être destinataire de la communication des griefs et de la décision de la Commission qui a mis fin à la procédure.

178. C'est la raison pour laquelle le Tribunal a commis une erreur en droit lorsqu'il a estimé qu'Alrosa devait être assimilée à une entreprise concernée dans le cadre de la procédure fondée sur l'article 82 CE.

179. Alrosa rétorque que, par ses effets pratiques, la décision litigieuse revient à une

111 — Point 187 de l'arrêt entrepris.

décision d'interdiction qui lui serait adressée conformément à l'article 7 du règlement nº 1/2003 puisqu'elle l'empêche d'avoir des relations d'affaires avec De Beers à l'avenir.

180. On observera, à ce propos, que le dispositif de la décision litigieuse ne s'adresse qu'à De Beers et déclare obligatoire son renoncement volontaire à acheter des diamants à Alrosa. Les effets que cette dernière évoque à propos des relations d'affaires futures résultent de la décision litigieuse tout au plus *de manière indirecte*. Or, de simples *effets par ricochet* de ce genre caractérisent non pas la situation d'entreprises concernées (les parties), mais précisément celle de tiers intéressés.

181. Contrairement à ce que soutient Alrosa, cette entreprise ne peut pas non plus être considérée comme une entreprise concernée aux fins de l'article 82 CE parce que la Commission a préalablement rejeté les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa. En effet, elle ne les a pas rejetés dans le cadre de la procédure relative à l'application de l'article 82 CE qui nous intéresse ici, mais bien dans le cadre de la procédure parallèle fondée sur l'article 81 CE. Le rejet des engagements conjoints n'est dès lors pas l'objet de la décision litigieuse intervenue dans la procédure d'application de l'article 82 CE, les engagements conjoints n'étant au contraire qu'un élément dont la Commission devait tenir compte pour son contrôle de proportionnalité en ce qui concerne les intérêts d'Alrosa en tant que tiers intéressé.

182. En assimilant Alrosa à une entreprise concernée, le Tribunal a donc commis une erreur en droit. Cette erreur juridique a d'ailleurs des répercussions également sur la suite du raisonnement suivi par le Tribunal dans l'arrêt entrepris jusqu'à l'annulation de la décision litigieuse[112]. C'est sur elle que repose en particulier l'opinion du Tribunal suivant laquelle la Commission aurait dû laisser Alrosa consulter le dossier[113]. Le droit d'accéder au dossier n'appartient qu'aux parties à la procédure administrative (article 27, paragraphe 2, deuxième phrase, du règlement nº 1/2003) et ne peut être exercé qu'après l'envoi d'une communication des griefs (article 15, paragraphe 1, deuxième phrase, du règlement nº 773/2004). Comme Alrosa n'était pas partie à la procédure administrative fondée sur l'article 82 CE qui nous intéresse ici, mais uniquement partie à la procédure administrative instruite parallèlement sur le pied de l'article 81 CE, elle n'avait pas le droit d'accéder au dossier durant la phase préliminaire à l'adoption de la décision litigieuse.

183. Dans ces circonstances, la troisième partie du deuxième moyen est fondée et justifie l'annulation de l'arrêt entrepris.

112 — Points 197 à 203 de l'arrêt entrepris.
113 — Point 197 de l'arrêt entrepris.

C — *Résultat intermédiaire*

184. S'il est exact qu'une partie des griefs soulevés par la Commission ne sont pas fondés, on retiendra en résumé que son pourvoi prospère et entraîne l'annulation de l'arrêt entrepris dans sa totalité.

VI — Appréciation du recours de première instance introduit par Alrosa

185. Conformément à l'article 61, paragraphe 1, de son statut, la Cour peut statuer elle-même définitivement sur le litige lorsque celui-ci est en état d'être jugé.

186. Tel est le cas en l'espèce. Toutes les questions de fait et de droit nécessaires à la solution du recours d'Alrosa ont déjà été abordées par le Tribunal en première instance et les parties ont eu l'occasion d'échanger leurs arguments à ce propos. Il n'est, dès lors, pas nécessaire que la Cour renvoie l'affaire devant le Tribunal, mais il lui appartient de statuer elle-même sur le recours en annulation de la décision litigieuse formé par Alrosa.

A — *La légalité formelle de la décision litigieuse (premier moyen)*

187. Le premier moyen du recours de première instance formé par Alrosa est déduit d'une violation de son droit d'être entendue.

1. Le droit d'Alrosa d'être entendue

188. Dans le mémoire en défense qu'elle a présenté en première instance, la Commission semble mettre en doute le fait qu'Alrosa aurait eu le moindre droit d'être entendue en l'espèce.

189. Un tel raisonnement serait dépourvu de tout fondement en droit.

190. Si, comme nous venons de l'expliquer[114], Alrosa n'était pas partie («entreprise concernée») dans la procédure d'application de l'article 82 CE dont il s'agit ici, il ne fait aucun doute qu'elle avait un intérêt légitime à son issue. Cet intérêt résulte du fait qu'Alrosa était la cocontractante *in spe* de l'entreprise prétendument dominante sur le marché. La Commission est tenue d'entendre une telle cocontractante, si celle-ci en fait la demande, avant de pouvoir adopter une décision sur les engagements qui imposerait de mettre fin à toute relation de fourniture entre l'entreprise dominante et sa cocontractante.

192. Il est néanmoins également établi qu'en tant que tiers intéressé Alrosa disposait de droits moins étendus qu'une «entreprise concernée» ou qu'une partie au sens de l'article 9, paragraphe 1, et de l'article 27, paragraphes 1 et 2, du règlement nº 1/2003. En particulier, Alrosa n'avait aucun droit à ce qu'une communication des griefs ou tout autre document comparable lui soit adressé et n'avait pas davantage le droit de consulter le dossier (voir l'article 27, paragraphe 2, du règlement nº 1/2003 ainsi que l'article 10, paragraphes 1 et 2, et l'article 15, paragraphe 1, du règlement nº 773/2004).

2. Objet du droit d'Alrosa d'être entendue

191. Il n'est pas nécessaire, pour résoudre le présent litige, de répondre à la question de savoir si Alrosa devait être entendue en tant que tiers intéressé au sens de l'article 27, paragraphe 3, deuxième phrase, du règlement nº 1/2003[115] puisqu'il résulte de la jurisprudence que le droit d'être entendu, qui est garanti en tant que droit fondamental, doit également être assuré lorsque la procédure dont il s'agit n'est pas réglementée[116]. Dès lors que la décision sur les engagements était une mesure individuelle défavorable à Alrosa, celle-ci devait en tout cas être entendue si elle en faisait la demande. L'appréciation exprimée par le législateur à l'article 27, paragraphe 4, du règlement nº 1/2003 va également dans ce sens.

193. Les parties sont essentiellement en désaccord sur le point de savoir sur quoi porte le droit d'Alrosa d'être entendue.

194. Alrosa exige des explications sur les motifs pour lesquels les engagements conjoints qu'elle a présentés de conserve avec De Beers ont été rejetés et elle souhaite s'exprimer à ce sujet.

195. Les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa n'ont cependant pas été offerts dans le cadre de la procédure d'application

114 — Voir les points 174 et 175 des présentes conclusions.

115 — La position systématique du troisième alinéa de l'article 27 du règlement nº 1/2003 après le premier alinéa indique qu'il ne doit s'appliquer qu'aux fins de l'adoption de décisions conformément aux articles 7, 8, 23 et 24, paragraphe 2, de ce règlement.

116 — Voir, à ce sujet, les arrêts cités à la note 106.

de l'article 82 CE, mais bien dans celui de la procédure d'application de l'article 81 CE qui a été instruite parallèlement à elle. Ils ne sont donc pas l'objet de la décision litigieuse, dans laquelle ils ne sont d'ailleurs pas rejetés, mais uniquement mentionnés par la Commission aux fins de l'appréciation du cas d'espèce en droit de la concurrence. La décision litigieuse porte uniquement sur les engagements individuels de De Beers, que la Commission déclare obligatoires.

196. Les seuls points sur lesquels Alrosa devait donc être entendue concernaient les engagements individuels de De Beers ainsi que l'intention de la Commission de les déclarer obligatoires. C'est finalement de ces engagements individuels que résultait le préjudice allégué par Alrosa, à savoir la fin de toute relation de vente de diamants bruts à De Beers.

197. Tout cela ne signifie cependant absolument pas qu'à l'occasion de l'audition d'Alrosa qui a précédé l'adoption de la décision litigieuse, les engagements communs de De Beers et de celle-ci ne pouvaient jouer aucun rôle.

198. Pour pouvoir permettre aux tiers intéressés tels qu'Alrosa de s'exprimer de manière utile, en effet, la Commission doit les informer — du moins dans les grandes lignes — du contenu de la décision qu'elle a l'intention d'adopter. De tels renseignements comportent non seulement des indications sur le contenu essentiel des engagements qui doivent être déclarés obligatoires, mais également des indications sur les motifs principaux qui ont amené la Commission à accepter ces engagements.

199. Dans le cas présent, la Commission devait donc informer Alrosa du contenu essentiel des engagements individuels de De Beers — qui consiste dans la diminution progressive des achats de diamants bruts auprès d'Alrosa et dans l'abandon total de ceux-ci à partir de 2009 — et elle devait en outre expliquer à Alrosa les principales raisons pour lesquelles elle avait l'intention de déclarer ces engagements individuels obligatoires.

200. Il est manifeste qu'à cette occasion, la Commission devait également préciser que les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa qui lui avaient été présentés précédemment n'étaient pas suffisants pour remédier aux problèmes de concurrence qu'elle avait identifiés, car c'était la seule façon de permettre à Alrosa de s'exprimer de manière utile sur le caractère proportionné de la décision envisagée par rapport à ses propres intérêts commerciaux. Si l'on regarde les choses sous cet angle, Alrosa a raison d'affirmer que la décision litigieuse présente un rapport très étroit avec le rejet préalable des engagements conjoints par la Commission.

201. C'est à la lumière de ce qui précède qu'il faut à présent examiner si la Commission a respecté le droit d'Alrosa d'être entendue.

3. Aucune violation du droit d'Alrosa d'être entendue

202. Alrosa soutient que la Commission ne lui aurait pas fait part de son appréciation modifiée des faits alors que ce serait, en fin de compte, sur cette appréciation que, dans la décision litigieuse, elle a fondé son rejet des engagements conjoints pour accepter les engagements individuels de De Beers. Alrosa n'aurait pas davantage eu la possibilité de s'exprimer utilement sur cette appréciation modifiée des faits par la Commission.

203. Ainsi qu'il apparaît des constatations du Tribunal[117], la Commission a cependant informé Alrosa et De Beers dès le 27 octobre 2005, à l'occasion d'une réunion concernant les résultats de sa consultation du marché. À la lumière de ceux-ci, la Commission a en même temps exigé des deux entreprises qu'elles lui présentent, avant la fin du mois de novembre 2005, de nouveaux engagements conjoints visant à mettre complètement fin à leurs relations commerciales à partir de l'année 2009.

204. Alrosa avait ainsi déjà été informée du fait que la Commission ne considérait plus que les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa étaient suffisants pour remédier aux problèmes de concurrence qu'elle avait identifiés. Depuis cette réunion, Alrosa savait en outre que la Commission jugeait qu'une poursuite des relations commerciales entre Alrosa et De Beers, telles qu'envisagées dans l'accord notifié ainsi que dans les engagements conjoints, n'était pas acceptable (ou ne l'était plus) et que tout ce que la Commission était encore disposée à accepter, c'étaient des engagements au sens d'un abandon complet des relations commerciales des deux entreprises.

205. Si l'on considère qu'en tant que partie à la procédure d'application de l'article 81 CE instruite parallèlement par la Commission, Alrosa avait une connaissance approfondie des conditions du marché et du contexte de la procédure, de telles explications orales de la part de la Commission devaient suffire pour permettre à Alrosa de s'exprimer de manière utile dans des observations où elle aurait pu, d'une part, parler de ses propres intérêts commerciaux et, d'autre part, prendre position sur le caractère proportionné — insuffisamment proportionné selon elle — d'un abandon complet de ses relations commerciales avec De Beers. En tant que tiers intéressé, Alrosa n'avait en tout cas pas droit à obtenir une information écrite, bien moins encore dans un document comparable, par son volume, à une communication des griefs.

206. Depuis la réunion du 27 octobre 2005, Alrosa avait donc la possibilité de faire valoir utilement son point de vue concernant

117 — Point 21 de l'arrêt entrepris; voir, également, le point 27 des présentes conclusions.

l'abandon total de ses relations commerciales avec De Beers.

207. Alrosa a d'ailleurs fait usage de cette possibilité. Il résulte du dossier qu'elle a exposé son point de vue au membre de la Commission compétent pour les questions de concurrence par lettre du 6 décembre 2005[118]. Par lettre du 6 février 2006, elle a en outre pris position sur les engagements individuels de De Beers et sur les commentaires des tiers interrogés dans le cadre de la consultation du marché[119].

208. En sa seule qualité de tiers intéressé, Alrosa ne pouvait pas prétendre à davantage qu'à une telle possibilité de s'exprimer.

209. Le moyen qu'Alrosa tire d'une violation de son droit d'être entendue doit dès lors être rejeté comme étant non fondé.

210. Je souhaite encore préciser, uniquement par souci d'être complète, que le droit qu'ont les tiers intéressés d'être entendus ne comporte aucun droit quelconque de présenter de nouveaux engagements à la Commission avant que celle-ci adopte une décision. Seules les entreprises concernées au sens de l'article 9, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 peuvent validement présenter des engagements[120]. Le fait que, pour des raisons de temps, par exemple, il n'a pas été possible à Alrosa de «proposer de nouveaux engagements conjoints avec De Beers»[121] ne peut donc absolument pas être considéré comme une violation du droit d'être entendu. C'est ce que le Tribunal a méconnu au point 201 de l'arrêt entrepris, de même qu'Alrosa lorsqu'elle lui emboîte le pas sur ce point.

B — *La légalité matérielle de la décision litigieuse (deuxième et troisième moyens)*

211. La légalité matérielle de la décision litigieuse est au centre de deux moyens supplémentaires qu'Alrosa a déduits en première instance de violations de l'article 82 CE, de l'article 9 du règlement n° 1/2003, de la liberté contractuelle et du principe de proportionnalité.

118 — Alrosa a, elle-même, produit cette lettre en annexe 14 à la requête qu'elle a présentée au Tribunal.

119 — Point 24 de l'arrêt entrepris; voir, également, le point 30 des présentes conclusions.

120 — Voir, à ce sujet, les points 214 à 216 des présentes conclusions.

121 — Point 201 de l'arrêt entrepris.

1. Sur la violation de l'article 9 du règlement nº 1/2003 (deuxième moyen)

212. Par son deuxième moyen de première instance, Alrosa soutient que l'article 9 du règlement nº 1/2003 n'offre pas une base juridique suffisante pour l'adoption de la décision litigieuse. Elle se fonde en cela sur une interprétation restrictive de cette disposition. D'une part, elle estime que les seuls engagements que la Commission pouvait accepter étaient les engagements qu'elle avait offerts avec De Beers. D'autre part, la décision sur les engagements aurait dû être assortie d'une limitation dans le temps.

213. Ni le premier ni le second argument ne résistent à l'analyse.

a) Sur le droit de présenter des engagements conformément à l'article 9 du règlement nº 1/2003

214. Seules les «entreprises concernées» peuvent présenter des engagements au sens de l'article 9 du règlement nº 1/2003. Comme je l'ai déjà signalé[122], il s'agit uniquement des parties à la procédure d'application du droit de la concurrence engagée dans le cas d'espèce. Dans une procédure d'application de l'article 82 CE telle que celle qui nous occupe aujourd'hui, seule l'entreprise prétendument dominante[123] est susceptible d'être considérée comme entreprise concernée. Elle seule peut présenter des engagements d'une manière valide en droit.

215. La Commission pouvait donc accepter les engagements individuels de De Beers, entreprise prétendument dominante, dans le cadre de la procédure d'application de l'article 82 CE et les déclarer obligatoires conformément à l'article 9, paragraphe 1, du règlement nº 1/2003[124]. Elle ne devait aucunement se limiter à accepter les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa. Qui plus est, des engagements conjoints ne pouvaient être présentés que dans le cadre de la procédure d'application de l'article 81 CE instruite parallèlement.

216. Il aurait certainement été concevable que, dans le cadre de cette procédure parallèle d'application de l'article 81 CE, la Commission poursuive ses efforts en vue de dégager, de conserve avec les deux entreprises, De Beers et Alrosa, une solution pour les problèmes de concurrence qu'elle avait identifiés. La question de savoir si cette voie devait être préférée à celle des engagements individuels offerts dans le cadre de la procédure d'application de l'article 82 CE n'est cependant, en fin de compte, pas une question de droit, mais une

122 — Voir les points 174 et 175 des présentes conclusions.

123 — Plusieurs entreprises peuvent dominer le marché de conserve (il s'agit alors de ce qu'il est convenu d'appeler une domination collective du marché).

124 — Voir également, en ce sens, les points 89 et 90 de l'arrêt entrepris.

question d'opportunité qu'il n'appartient pas au juge communautaire d'apprécier.

b) Sur la limitation de la durée de validité d'une décision relative aux engagements

217. L'article 9, paragraphe 1, du règlement nº 1/2003 n'impose pas à la Commission de limiter la durée de validité de sa décision sur les engagements. Contrairement à la proposition de règlement nº 1/2003 faite par la Commission[125], l'article 9, paragraphe 1, en effet, ne prévoit précisément pas l'obligation d'assortir la décision d'un délai de validité[126].

218. Limiter les effets de la décision sur les engagements dans le temps n'aurait guère de sens si rien ne permet d'envisager que l'entreprise destinataire, De Beers en l'espèce, va perdre sa position dominante sur le marché à court ou à moyen terme.

219. Quoi qu'il en soit, une décision non limitée dans le temps n'a pas pour effet de priver les entreprises concernées et les tiers de toute protection. En effet, l'article 9, paragraphe 2, sous a), du règlement nº 1/2003 permet de rouvrir la procédure si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important. Tel serait le cas, par exemple, si la situation du marché subissait avec le temps une modification telle que l'entreprise qui le dominait en viendrait à perdre sa position dominante.

220. Le principe de bonne administration[127] impose à la Commission d'examiner sans délai tout indice d'une modification importante de la situation de fait qui lui serait rapporté de manière circonstanciée et de prendre une décision sur la réouverture éventuelle de la procédure.

c) Résultat intermédiaire

221. L'interprétation restrictive de l'article 9 du règlement nº 1/2003 prônée par Alrosa ne pouvant prospérer, le deuxième moyen de première instance est dès lors dénué de fondement.

125 — Proposition de règlement du Conseil relatif à une mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) nº 1017/68, (CEE) nº 2988/74, (CEE) nº 4056/86 et (CEE) nº 3975/87 («règlement d'application des articles 81 et 82 du traité»), présentée par la Commission le 27 septembre 2000 [COM(2000) 582 final, publiée au JO C 365 E, p. 284); voir, en particulier, l'article 9, paragraphe 1, deuxième phrase, de cette proposition.

126 — Voir, également, le point 91 de l'arrêt entrepris.

127 — Le droit à une bonne administration a trouvé son expression à l'article 41 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à laquelle le trente-septième considérant de l'exposé des motifs du règlement nº 1/2003 renvoie.

2. Sur la violation de l'article 82 CE, de l'article 9 du règlement nº 1/2003, de la liberté contractuelle et du principe de proportionnalité (troisième moyen)

222. Par le troisième moyen qu'elle a invoqué en première instance, Alrosa soutient que l'«interdiction absolue et potentiellement illimitée dans le temps faite à De Beers d'acheter directement ou indirectement des diamants bruts auprès d'Alrosa», interdiction qui est à la base de la décision, enfreindrait l'article 82 CE et l'article 9 du règlement nº 1/2003 lus en combinaison avec les principes fondamentaux de la liberté contractuelle et de proportionnalité.

223. Il convient d'examiner ce moyen au regard de la liberté contractuelle, d'une part, et au regard de la proportionnalité, d'autre part.

a) Sur la liberté contractuelle (première partie du troisième moyen)

224. Alrosa prétend que la décision litigieuse ne pourrait être fondée sur l'article 82 CE et sur l'article 9 du règlement nº 1/2003 parce qu'elle enfreindrait le principe de la liberté contractuelle. La Commission aurait de facto ordonné un boycott d'Alrosa.

225. La liberté contractuelle fait partie des principes généraux du droit communautaire. Elle est l'émanation de la liberté d'agir des personnes. Elle est également inséparablement liée à la liberté d'entreprendre[128], qui est protégée au titre des droits fondamentaux[129]. Dans une Communauté qui s'est engagée à respecter le principe de l'économie de marché ouverte où la concurrence est libre[130], il est indispensable de garantir la liberté contractuelle. La Cour a, elle aussi, reconnu dans sa jurisprudence que les opérateurs économiques ont droit à la liberté contractuelle[131].

226. Lorsqu'elle adopte des décisions en matière de droit de la concurrence, la Commission doit tenir compte du principe de la liberté contractuelle ou de la liberté d'entreprendre[132].

128 — Voici comment l'avocat général Jacobs s'est exprimé à ce sujet dans les conclusions qu'il a présentées le 28 mai 1998 dans l'affaire Bronner (arrêt du 26 novembre 1998, C-7/97, Rec. p. I-7791), point 56: «[L]e droit de choisir ses partenaires contractuels et de disposer librement de sa propriété sont des principes universellement consacrés dans les systèmes juridiques des États membres et revêtent parfois un caractère constitutionnel. Les atteintes à ces droits doivent être soigneusement justifiées».

129 — Article 16 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

130 — Article 4, paragraphe 1, CE et article 98 CE; voir, également, à ce sujet l'arrêt du 9 septembre 2003, CIF (C-198/01, Rec. p. I-8055, point 47).

131 — Arrêt du 28 avril 2009, Commission/Italie (C-518/06, Rec. p. I-3491, point 66); voir, en outre, arrêts du 21 janvier 1999, Bagnasco e.a. (C-215/96 et C-216/96, Rec. p. I-135, points 45 et 46), et du 18 juillet 2007, Société thermale d'Eugénie-les-Bains (C-277/05, Rec. p. I-6415, point 21).

132 — Voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 18 septembre 1992, Automec/Commission (T-24/90, Rec. p. II-2223, points 51 à 53), et — en ce qui concerne la liberté d'entreprendre — arrêt du Tribunal du 26 octobre 2000, Bayer/Commission (T-41/96, Rec. p. II-3383, point 180).

227. La liberté contractuelle ne comporte pas seulement la liberté de conclure des contrats (liberté contractuelle positive), mais également la liberté de ne pas en conclure (liberté contractuelle négative).

228. Par les engagements individuels qu'elle a offerts à la Commission, De Beers a fait usage de sa liberté contractuelle négative. Elle a renoncé *librement* à passer des contrats avec Alrosa à l'avenir.

229. Le fait que De Beers a offert ses engagements au cours d'une procédure d'application du droit de la concurrence dans le but d'éviter de faire l'objet d'une décision d'interdiction — y compris la constatation de sa position dominante sur le marché inscrite dans une telle décision — ne porte pas atteinte au caractère volontaire de ce renoncement. Le simple fait pour la Commission d'annoncer l'ouverture d'une procédure d'application du droit de la concurrence ou la poursuite de celle-ci jusqu'à la décision d'interdiction et une éventuelle amende n'est pas un moyen illicite, mais un moyen parfaitement légal d'atteindre son but légitime de protection efficace de la concurrence contre toute distorsion [133].

230. S'il est vrai qu'Alrosa a ainsi perdu le cocontractant de ses vœux pour l'avenir, cette perte fait néanmoins partie des risques qu'à l'instar de tout autre opérateur économique, Alrosa doit supporter dans une économie de marché ouverte. Elle ne comporte aucune atteinte à sa liberté contractuelle [134].

231. La Commission n'a pas davantage enfreint le principe de la liberté contractuelle en déclarant obligatoires les engagements individuels, et donc le renoncement de De Beers à de futures relations contractuelles avec Alrosa. Par la décision litigieuse, elle n'a fait que concrétiser les limites de cette liberté contractuelle, telles qu'elles résultent pour tous les opérateurs économiques des dispositions directement applicables du traité CE et de l'accord EEE relatives à la concurrence. La liberté contractuelle (positive) des entreprises, en effet, ne couvre pas les contrats qui ont pour objet ou pour effet de fausser la concurrence au sens de l'article 81 CE (article 53 de l'accord EEE) ni les abus de position dominante au sens de l'article 82

133 — Voir, dans le même sens, le point 71 de mes conclusions dans l'affaire Cementbouw (déjà citées à la note 23).

134 — La présente espèce ne contient aucun élément qui permettrait d'invoquer une éventuelle obligation de passer contrat, obligation par laquelle De Beers continuerait à devoir acheter certaines quantités de diamants bruts à Alrosa. Je souhaite encore indiquer, par pur souci d'être complète, qu'au cours de la procédure orale, la Cour a discuté avec les parties de ce qu'il est convenu d'appeler l'«essential-facilities-doctrine» à propos du réseau de distribution de De Beers. Or, comme Alrosa l'a elle-même reconnu, un tel réseau de distribution ne peut pas être considéré comme étant à ce point essentiel qu'il constituerait un mécanisme indispensable («essential facility») auquel De Beers devrait nécessairement donner accès aux autres opérateurs du marché. Conformément à la jurisprudence de la Cour, De Beers n'aurait aucune obligation de contracter même si la création d'un système propre de distribution était non rentable pour Alrosa (arrêt Bronner, déjà cité à la note 128, points 41 à 46 inclus, en particulier le point 45; sur l'«essential-facilities-doctrine», voir en outre arrêts Magill, déjà cité à la note 23, points 49 à 57, et du 29 avril 2004, IMS Health, C-418/01, Rec. p. I-5039).

CE (article 54 de l'accord EEE) dont une entreprise se rendrait coupable au moyen de contrats.

232. Alrosa prétend que la Commission n'a pas adopté la décision litigieuse pour s'opposer à un comportement abusif, mais bien à un comportement manifestement légal. Sans préjudice d'éventuelles conditions inéquitables, le simple fait d'acheter et de vendre un produit ne peut pas être abusif en soi, même si l'acheteur ou le vendeur est une entreprise dominante sur le marché. À l'appui de sa thèse, Alrosa cite de la jurisprudence, notamment l'arrêt Langnese-Iglo/Commission [135], aux termes duquel les contrats d'approvisionnement exclusif ne peuvent pas être interdits de manière générale et pour une durée indéterminée.

233. Cette argumentation ne saurait prospérer. Alrosa oublie que De Beers n'est pas un simple client quelconque sur le marché des diamants bruts, mais bien le plus grand producteur mondial sur ce même marché. La relation de livraison entre Alrosa et De Beers que l'accord notifié visait à mettre en place n'aurait donc pas été une relation de type vertical, mais bien de type horizontal, c'est-à-dire une relation contractuelle entre concurrents. Cet élément présente des différences décisives par rapport à l'affaire Langnese-Iglo, dans laquelle il s'agissait de contrats verticaux d'approvisionnement exclusif [136].

234. Comme je l'ai déjà expliqué plus haut, acheter régulièrement la totalité de la production de son principal concurrent (ou du moins une partie importante de celle-ci) n'est, en principe, pas un comportement concurrentiel normal de la part d'une entreprise, en particulier lorsque celle-ci occupe une position dominante sur le marché [137], comme Alrosa l'a d'ailleurs reconnu lorsque la Cour l'a interrogée à l'audience.

235. À cela s'ajoute le rôle de «teneur du marché» que De Beers a notoirement joué dans le passé ainsi que les efforts qu'elle a développés pour contrôler la production sur le marché du diamant [138]. Compte tenu de ces circonstances, il n'était absolument pas déraisonnable de la part de la Commission d'estimer qu'une poursuite de la relation de fourniture entre Alrosa et De Beers puisse entraîner un abus de position dominante par cette dernière. Pour écarter cette menace qui pesait sur la concurrence, elle était fondée à

135 — Alrosa invoque, en particulier, l'arrêt que le Tribunal a rendu le 8 juin 1995 dans l'affaire Langnese-Iglo/Commission (T-7/93, Rec. p. II-1533, points 206 et 207), confirmé par l'arrêt de la Cour du 1er octobre 1998, Langnese-Iglo/Commission (C-279/95 P, Rec. p. I-5609, point 74).

136 — Arrêt Langnese-Iglo/Commission (déjà cité à la note 135, points 4 et 5).

137 — Voir les points 119 à 122 des présentes conclusions.

138 — Voir les points 25, 26, 28 et 30 des motifs de la décision litigieuse ainsi que les points 64 et 65 du mémoire en défense que la Commission a présenté en première instance; voir également le point 83 de l'arrêt entrepris.

déclarer obligatoires les engagements individuels de De Beers, qui prévoient l'abandon complet de cette relation de fourniture.

236. Alrosa déplore, en outre, que la décision lui barre l'accès au plus grand acheteur du marché. Elle estime que la Commission aurait, à tout le moins, dû l'autoriser à conclure des ventes ad hoc avec De Beers, par exemple par le biais de ventes aux enchères. J'ai déjà démontré plus haut qu'aucun de ces arguments n'est fondé[139].

237. Alrosa affirme également devoir craindre de ne plus avoir aucune certitude de pouvoir écouler ses diamants bruts à des prix économiquement attrayants si De Beers ne les achète plus. Le départ de celle-ci augmenterait la position de négociation des acheteurs restants, de sorte qu'Alrosa ne pourrait plus obtenir que des prix à la baisse, ce qui entraînerait une distorsion de la concurrence à son détriment.

238. Dans une économie de marché ouverte, tout opérateur doit supporter le risque afférent à l'écoulement de ses produits. Ce serait, en fin de compte, protéger les concurrents contre la concurrence et donner la priorité aux intérêts des entreprises concernées au détriment de l'intérêt public que constitue une concurrence non faussée [article 3, paragraphe 1, sous g) CE] que tolérer au bénéfice d'une entreprise déterminée une relation de fourniture douteuse au regard de l'article 82 CE. Or, le droit communautaire de la concurrence doit avoir pour objectif de protéger non les concurrents, mais la concurrence, car cela profitera également indirectement aux consommateurs et au public en général[140].

239. Qu'Alrosa doive désormais mener des négociations de prix plus intenses avec les acheteurs encore présents sur le marché du diamant brut n'est pas le signe d'une concurrence amoindrie, mais, au contraire, l'indice d'une concurrence accrue. Comme l'explique en outre la Commission, sans être contredite sur ce point, le marché se caractérise par la présence d'une multitude d'acheteurs comparativement modestes dont le pouvoir de négociation ne doit pas être surestimé.

240. Enfin, Alrosa prétend que la décision litigieuse aurait un effet délétère sur la concurrence parce qu'elle risquerait d'entraîner une diminution de la production si Alrosa ne trouvait plus d'acheteurs pour ses diamants bruts. Comme la Commission le lui rétorque à bon droit, un tel scénario est invraisemblable avec une demande de diamants stable sur les marchés situés en aval. Or Alrosa n'a elle-même fourni aucun indice qui devrait faire craindre une baisse de la demande sur ces marchés d'aval.

139 — Voir les points 119 à 123 et 128 à 130 des présentes conclusions.

140 — Voir, à ce sujet, le point 71 des conclusions que j'ai présentées le 19 février 2009 dans l'affaire T-Mobile Netherlands e.a. (arrêt du 4 juin 2009, C-8/08, Rec. p. I-4529).

241. On retiendra pour l'ensemble que la décision litigieuse n'enfreint pas le principe de la liberté contractuelle. La première partie du troisième moyen invoqué en première instance est dès lors non fondée.

b) Sur la proportionnalité (deuxième partie du troisième moyen)

242. Alrosa prétend que la décision litigieuse ne pourrait pas être fondée sur l'article 82 CE et l'article 9 du règlement nº 1/2003 parce qu'elle enfreindrait le principe de proportionnalité.

243. Alrosa fait valoir en substance qu'il n'était pas nécessaire d'imposer à De Beers une interdiction absolue d'acheter des diamants bruts auprès d'elle, et cela pour deux motifs: premièrement, l'accord notifié ne réservait de toute façon pas plus de 50 % de la production de diamants d'Alrosa à De Beers; deuxièmement, la Commission disposait, avec les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa, d'une solution de substitution moins restrictive qu'une interdiction totale de vente.

244. Ces arguments ne sauraient justifier l'annulation de la décision litigieuse.

245. Il faut, tout d'abord, rappeler que l'examen du caractère approprié et nécessaire d'engagements exige de la Commission, avant qu'elle puisse adopter une décision conformément à l'article 9 du règlement nº 1/2003, qu'elle évalue des données économiques complexes, évaluation pour laquelle elle dispose d'une marge d'appréciation [141].

246. Dans le cadre de cette marge d'appréciation, la Commission devait, dans un premier temps, décider si l'accord notifié présentait des risques pour la concurrence et, dans un deuxième temps, si les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa pouvaient être retenus en tant que moyen moins contraignant par rapport aux engagements individuels de De Beers.

247. Comme je l'ai déjà expliqué [142], le juge communautaire est compétent à contrôler, d'un point de vue matériel, le bien-fondé des faits sur lesquels la Commission base une telle décision et à s'assurer qu'elle n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation. Ce faisant, il ne doit pas seulement vérifier l'exactitude objective des preuves fournies, leur fiabilité et leur cohérence, mais contrôler également si ces preuves représentent toutes les données pertinentes dont il y avait lieu de tenir compte pour évaluer une situation complexe et si elles sont de nature à étayer les conclusions que la Commission en a tirées.

141 — Voir les points 70 à 75 des présentes conclusions.
142 — Voir le point 77 des présentes conclusions.

248. Le seul point litigieux en l'espèce est celui de savoir si les faits mis au jour par la Commission étaient de nature à étayer les conclusions qu'elle en a tirées, à savoir, d'une part, que l'accord notifié soulevait des doutes en matière de concurrence au regard de l'article 82 CE et, d'autre part, que les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa n'offraient pas une solution de substitution appropriée par rapport aux engagements individuels déclarés obligatoires.

i) Sur l'existence d'un problème de concurrence

249. En ce qui concerne, tout d'abord, l'existence d'un problème de concurrence, Alrosa s'est contentée de déclarer de façon lapidaire que, par le passé, la Commission n'aurait soulevé aucune objection en matière de concurrence à l'égard de relations de fourniture exclusive avec des entreprises dominantes sur le marché qui portaient sur un volume comparable à celui prévu par l'accord notifié (à savoir 50 % environ de la production totale d'Alrosa).

250. Il n'y a pas lieu de contrôler ici si cette affirmation, qu'Alrosa n'a pas étayée plus avant, est exacte ou non. En effet, la présente espèce se caractérise en tout cas par une série de particularités.

251. Premièrement, les 50 % environ de la production annuelle de diamants d'Alrosa qui devaient faire l'objet de l'accord notifié représentaient la totalité de sa production destinée à l'exportation à l'époque[143]. Deuxièmement, De Beers n'était pas un acheteur quelconque des produits d'Alrosa, mais bien le principal producteur mondial de diamants bruts, c'est-à-dire un concurrent d'Alrosa qui, selon l'appréciation provisoire de la Commission, occupait en outre une position dominante sur le marché[144]. Troisièmement, la Commission a relevé des indices conformément auxquels l'accord notifié permettrait à De Beers en sa qualité de «teneur du marché» de contrôler la production sur le marché du diamant[145].

252. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de reprocher à la Commission d'avoir conclu que l'accord notifié soulevait des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec l'article 82 CE. Elle était raisonnablement fondée à considérer que cet accord entraînerait un abus de position dominante dans le chef de De Beers.

143 — Point 13 de l'arrêt entrepris.

144 — Points 9 et 14 de l'arrêt entrepris; points 23 à 27 des motifs de la décision litigieuse.

145 — Points 28 et 30 des motifs de la décision litigieuse.

ii) Sur le caractère approprié et nécessaire des engagements individuels de De Beers

253. En ce qui concerne le caractère approprié et nécessaire des engagements individuels de De Beers qui ont été déclarés obligatoires et qui prévoyaient l'abandon total des relations commerciales avec Alrosa, on retiendra les éléments suivants.

254. Il est exact que la Commission disposait des engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa comme remède prétendument plus bénin. Elle devait donc examiner si ces engagements conjoints étaient aussi aptes à résoudre les problèmes de concurrence détectés par elle que les engagements individuels nettement plus radicaux de De Beers. Aux fins de cette analyse, la Commission s'est fondée sur une consultation du marché et elle a reproduit, fût-ce de la manière la plus succincte qui se puisse concevoir, les résultats de cette consultation dans la décision litigieuse[146].

255. Si elle a critiqué les résultats de la consultation du marché consignés par la Commission[147] au cours de la procédure administrative, Alrosa ne les a pas contestés devant le Tribunal. Ce n'est qu'au stade du pourvoi qu'elle a affirmé pour la première fois que les déclarations des 21 tiers participant à cette consultation ne seraient pas pertinentes[148]. Cette façon de procéder est irrecevable, parce que l'objet du pourvoi ne peut pas être étendu par de nouveaux moyens par rapport à la procédure de première instance (article 42, paragraphe 2, lu en combinaison avec l'article 118 du règlement de procédure de la Cour)[149]. C'est la raison pour laquelle je me baserai ci-après sur les constatations que la Commission a déduites des résultats de la consultation du marché et qu'Alrosa n'a pas contestées à temps devant le Tribunal.

256. Dans les déclarations qu'ils ont faites dans le cadre de la consultation du marché, les tiers participant à celle-ci ont notamment exprimé la crainte que, si De Beers et Alrosa poursuivaient les relations d'achat qu'ils entretenaient depuis des années, De Beers serait en mesure d'empêcher Alrosa de devenir un concurrent indépendant[150]. La grande majorité des tiers intéressés a en outre estimé qu'il ne devrait y avoir absolument aucune relation d'achat entre De Beers et Alrosa[151].

146 — Points 41 et 42 des motifs de la décision litigieuse.

147 — Voir point 41 des motifs de la décision litigieuse.

148 — Points 67 et 77 du mémoire en défense et point 17 de la duplique d'Alrosa. Alrosa critique, en particulier, le fait que la plupart des déclarations négatives de tiers participants seraient fondées sur un modèle de réponse uniforme et ne soulèveraient aucun problème de concurrence pertinent pour la présente procédure.

149 — Arrêts du 1er juin 1994, Commission/Brazzelli Lualdi e.a. (C-136/92 P, Rec. p. I-1981, point 59); Storck/OHMI (déjà cité à la note 36, point 45); PKK et KNK/Conseil (déjà cité à la note 59, point 61), et France Télécom/Commission (déjà cité à la note 64, point 60).

150 — Point 41, deuxième tiret, des motifs de la décision litigieuse.

151 — Point 41, troisième tiret, des motifs de la décision litigieuse.

257. Dans ces conditions, la Commission était parfaitement fondée à conclure que les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa aux termes desquels cette dernière pouvait continuer à vendre des diamants à De Beers, mais en quantité limitée, n'étaient pas propres à résoudre les problèmes de concurrence qu'elle avait identifiés. Il n'était, en tout état de cause, pas déraisonnable de présumer que les engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa n'étaient pas aussi aptes à écarter les objections au regard de l'article 82 CE que les engagements individuels de De Beers.

258. Contrairement à l'affaire Automec/Commission[152], à laquelle Alrosa s'est référée à plusieurs reprises, il n'existait donc pas plusieurs solutions d'égale valeur pour résoudre les problèmes de concurrence identifiés par la Commission en l'espèce. Par conséquent, l'arrêt Automec/Commission est dénué de pertinence en l'espèce.

259. On retiendra ainsi en conclusion que la connaissance qu'avait la Commission des engagements conjoints de De Beers et d'Alrosa ne pouvait pas l'empêcher de déclarer obligatoires les engagements individuels plus radicaux de De Beers.

iii) Sur la proportionnalité au sens strict

260. Alrosa fait également valoir que lui interdire toute vente à De Beers nuirait excessivement à ses intérêts. Cette interdiction la priverait complètement et pour une période potentiellement illimitée de sa liberté de passer des contrats avec son principal client actuel.

261. Cet argument recoupe la première partie du deuxième moyen, qui est tiré de la liberté contractuelle. Il doit être rejeté pour les motifs que j'avais exposés à ce propos-là[153].

iv) Sur la discrimination alléguée d'Alrosa

262. Alrosa prétend enfin que la décision litigieuse serait arbitraire et la traiterait de manière discriminatoire par rapport aux autres fournisseurs qui pourraient continuer à vendre des diamants bruts à De Beers sans devoir entrer en concurrence avec Alrosa.

152 — Arrêt déjà cité à la note 132 , en particulier point 52.

153 — Voir les points 224 à 241 des présentes conclusions.

263. Alrosa n'a pas présenté d'éléments qui démontreraient que d'autres producteurs vendraient à De Beers des quantités de diamants dignes d'être mentionnées. Elle aurait cependant dû étayer son grief de manière plus substantielle, compte tenu du fait que des ventes entre concurrents ne peuvent pas être considérées sans autre forme de procès comme étant un comportement normal sur le marché [154].

264. À supposer même que De Beers s'approvisionne de manière significative auprès d'autres producteurs, la décision litigieuse ne réserve pas à Alrosa un traitement discriminatoire par rapport à ces autres fournisseurs.

265. Conformément à une jurisprudence constante, le principe de l'égalité de traitement ou de non-discrimination exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié [155].

266. Alrosa et les autres producteurs de diamants bruts qui opèrent sur le marché mondial ne se trouvent pas nécessairement dans une situation comparable. Comme le Tribunal l'a constaté [156], Alrosa est le numéro deux du commerce mondial des diamants et souhaite conclure un contrat de livraison à long terme avec De Beers, qui est le numéro un. La position éminente de ces deux entreprises sur le marché justifie déjà que l'on porte sur une relation de livraison entre De Beers et Alrosa un regard différent de celui qu'il faudrait porter sur une éventuelle relation de livraison entre De Beers et un autre producteur de diamants bruts nettement moins important.

267. À cela s'ajoute le fait que l'accord notifié permettrait de poursuivre une relation d'approvisionnement exclusif entre Alrosa et De Beers qui existe depuis des décennies et que De Beers pourrait l'utiliser afin de verrouiller son rôle de «teneur du marché» et de contrôler la production sur le marché mondial [157]. Ce contexte historique distingue, lui aussi, la situation d'Alrosa de celle d'autres producteurs sur le marché.

268. Il en résulte que la décision litigieuse n'enfreint pas le principe d'égalité de traitement ou de non-discrimination. Contrairement à ce qu'affirme Alrosa, elle n'était pas davantage arbitraire, mais bien fondée sur

154 — Voir les points 119 à 122 et 234 des présentes conclusions.

155 — Arrêts du 10 janvier 2006, IATA et ELFAA (C-344/04, Rec. p. I-403, point 95); du 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Rec. p. I-3633, point 56), et S.P.C.M. e.a. (déjà cité à la note 50, point 74).

156 — Points 8 et 9 de l'arrêt entrepris; voir, également, les points 14 et 15 des présentes conclusions.

157 — Points 25, 26, 28 et 30 des motifs de la décision litigieuse et points 64 et 65 du mémoire en défense que la Commission a présenté en première instance; voir, également, le point 83 de l'arrêt entrepris.

des considérations objectives, basées en particulier sur les résultats d'une consultation du marché menée par la Commission.

269. Je voudrais encore ajouter, par simple souci d'être complète, que la décision litigieuse ne doit pas être considérée comme une sorte de blanc-seing qui permettrait à De Beers d'acheter des diamants bruts auprès d'autres producteurs qu'Alrosa. Les relations de fourniture que De Beers pourrait avoir avec d'autres producteurs devraient, naturellement, être elles aussi analysées au cas par cas suivant les critères des articles 81 CE et 82 CE ainsi que les critères des articles 53 et 54 de l'accord EEE.

v) Résultat intermédiaire

270. Il en résulte que la deuxième partie du troisième moyen articulé en première instance est, elle aussi, dénuée de fondement.

C — *Résultat intermédiaire*

271. Aucun des moyens invoqués par Alrosa en première instance ne pouvant prospérer, le recours en annulation qu'elle a formé contre la décision litigieuse doit être rejeté.

VII — Les dépens

272. Conformément à l'article 122, paragraphe 1, de son règlement de procédure, la Cour statue sur les dépens lorsque le pourvoi est fondé et que la Cour juge elle-même définitivement le litige.

273. Conformément à l'article 69, paragraphe 2, lu en combinaison avec l'article 118 du règlement de procédure de la Cour, la partie succombée doit être condamnée aux dépens s'il est conclu en ce sens. Dès lors que la Commission a demandé qu'Alrosa soit condamnée aux dépens et que celle-ci a succombé en ses moyens dans les deux instances, elle doit être condamnée aux dépens dans les deux cas.

VIII — Conclusion

274. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de statuer comme suit:

1) L'arrêt que le Tribunal de première instance des Communautés européennes a rendu le 11 juillet 2007 dans l'affaire Alrosa/Commission (T-170/06) est annulé.

2) Le recours en annulation qu'Alrosa Company Ltd a formé devant le Tribunal contre la décision 2006/520/CE de la Commission, du 22 février 2006, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE, est rejeté.

3) Alrosa Company Ltd est condamnée aux dépens des deux instances.