CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. JEAN MISCHO

présentées le 18 mai 2000 *

1. Par requête introduite le 9 juillet 1998, la société NV Koninklijke KNP BT (ci-après «KNP») a formé un pourvoi contre l'arrêt du Tribunal de première instance du 14 mai 1998, KNP BT/Commission [1] (ci-après l'«arrêt attaqué»).

2. Par cet arrêt, le Tribunal a partiellement accueilli, en ce qu'il a ramené l'amende infligée à la requérante de 3 000 000 écus à 2 700 000 écus, mais rejeté pour le surplus le recours de KNP contre la décision 94/601/CE de la Commission, du 13 juillet 1994, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (IV/C/33.833 — Carton) [2] (ci-après la «décision»), par laquelle celle-ci avait infligé à 19 fabricants fournisseurs de carton sur le marché communautaire des amendes à raison de violations de l'article 85, paragraphe 1, du traité CE (devenu article 81, paragraphe 1, CE).

3. Par ce recours, KNP demandait au Tribunal d'annuler entièrement ou partiellement la décision, d'annuler l'amende infligée ou au moins d'en réduire le montant, et de prendre les dispositions que le Tribunal jugerait nécessaires.

4. Pour l'exposé complet des griefs articulés par KNP à l'encontre de la décision et des motifs pour lesquels le Tribunal a estimé devoir ne retenir que partiellement ces griefs, il y a lieu de se référer à l'arrêt attaqué.

5. Devant la Cour, KNP présente les conclusions suivantes:

Plaise à la Cour:

1) annuler l'arrêt attaqué;

2) annuler la décision et annuler ou réduire l'amende imposée à la requérante, conformément à sa requête du 7 octobre 1994, ou, à titre subsidiaire, renvoyer l'affaire devant le Tribunal afin qu'il se prononce sur l'annulation (partielle) de ladite décision;

* Langue originale: le français.

1 — T-309/94, Rec. p. II-1007.

2 — JO L 243, p. 1.

3) condamner la Commission aux dépens des procédures devant le Tribunal et la Cour.

6. La Commission, partie défenderesse au pourvoi comme elle l'avait été en première instance, conclut pour sa part à ce qu'il plaise à la Cour:

1) rejeter le pourvoi;

2) condamner la requérante aux dépens de l'instance.

7. À l'appui de ses conclusions, KNP développe quatre moyens:

— un moyen, qualifié de principal, visant l'insuffisance de motivation de la décision en ce qui concerne la fixation de l'amende infligée à la requérante;

— un deuxième moyen, visant l'absence de prise en compte, pour la fixation de l'amende, du retrait de la requérante de l'entente à partir de la fin de 1989 ou, tout au moins, du caractère marginal de sa participation à partir de 1990;

— un troisième moyen, visant la prise en compte, pour la détermination du chiffre d'affaires à partir duquel s'est opérée la fixation de l'amende, de ventes internes au groupe constitué par la requérante et ses filiales;

— un quatrième moyen, visant la fixation, comme point de départ de la période d'infraction pour Badische Kartonfabrik (ci-après «Badische»), l'une des entreprises de son groupe, de la mi-1986.

8. Le détail de ces moyens sera, de manière à éviter toute répétition inutile, exposé autant que de besoin au fur et à mesure que j'avancerai dans leur examen.

Premier moyen, relatif à l'insuffisance de motivation de la décision en ce qui concerne la fixation de l'amende

9. La requérante prétend que le Tribunal aurait dû annuler la décision en raison de sa motivation largement insuffisante en ce qui concerne la fixation de l'amende.

10. Selon elle, on n'y trouve pas le moindre aperçu de la méthode utilisée par la Commission pour fixer une amende proportion-

née au chiffre d'affaires des différentes entreprises pour lesquelles KNP a été considérée responsable, ainsi qu'à la durée et à l'intensité de la participation de chacune d'entre elles à l'infraction.

11. Cette critique rejoignant celle présentée par la requérante Mo och Domsjö AB dans l'affaire C-283/98 P, je me permets de renvoyer, pour l'exposé des raisons justifiant le rejet de ce moyen, aux conclusions que je présente ce même jour dans cette affaire.

Deuxième moyen, relatif à la prise en compte, pour la fixation de l'amende, d'une implication de KNP dans l'entente après 1989

12. La requérante fait valoir que le Tribunal «aurait dû analyser, dans son arrêt, son argument selon lequel la Commission a abusivement infligé une amende afférente à la période après fin 1989 ou, à titre subsidiaire, qu'elle n'aurait dû infliger qu'une amende très modérée étant donné le caractère marginal de la participation».

13. Elle prétend donc que l'un de ses arguments n'a pas reçu de réponse dans l'arrêt attaqué. Or, ceci n'est manifestement pas exact, puisque les points 55 à 59 de cet arrêt sont très précisément consacrés à la réfutation dudit argument.

14. On doit donc constater que, en tant qu'il vise un défaut de prendre position, le grief n'est pas fondé. Mais peut-être doit-il être pris dans un sens différent, la requérante reprochant au Tribunal non pas de ne pas avoir pris position, mais de ne pas avoir jugé fondé l'argument qui lui était présenté.

15. Cependant, si c'est ainsi qu'il faut comprendre le grief de KNP, celui-ci ne peut, ainsi que le suggère la Commission, qu'être rejeté comme irrecevable, faute de comporter une critique argumentée du raisonnement suivi par le Tribunal, qui seule aurait pu le faire échapper au reproche de n'être que la répétition pure et simple de l'argumentation présentée devant le Tribunal.

16. Toujours au titre de ce même moyen, la requérante critique le fait que, pour la période suivant la fin de l'année 1989, le Tribunal a, lorsqu'il a modifié le montant de l'amende infligée par la Commission, fait application au chiffre d'affaires de l'entreprise d'un taux de 7,5 %, qui serait inadéquat au regard du caractère purement marginal de la participation à l'entente, que la Commission elle-même reconnaît dans sa décision.

17. Cette critique ne peut, comme le signale la Commission, être retenue dans le cadre d'un pourvoi puisqu'elle invite la Cour à censurer l'usage qu'a fait le Tribunal de sa compétence de pleine juridiction, sans que

soient aucunement indiquées les raisons qui *en droit* justifieraient pareille censure.

18. Le simple fait que la requérante ne soit pas d'accord avec une appréciation à laquelle s'est livré le Tribunal quant au montant adéquat de l'amende ne constitue pas un moyen de pourvoi.

19. Cette constatation me conduit à proposer le rejet du deuxième moyen, soit comme partiellement mal fondé et partiellement irrecevable, soit comme totalement irrecevable.

Troisième moyen, relatif à la prise en compte, pour la fixation de l'amende, de la part du chiffre d'affaires correspondant à des ventes internes au groupe

20. La requérante prétend que c'est erronément et en violation du droit communautaire que le Tribunal affirme, au point 112 de l'arrêt attaqué, que, s'agissant des ventes de carton internes au groupe, « force est de constater que la requérante n'a fourni aucun élément de preuve susceptible de démontrer que la Commission aurait dû ne pas en tenir compte lors du calcul de l'amende ».

21. Les développements que KNP consacre à ce moyen font apparaître que, en réalité, ce sont divers reproches qui sont adressés au Tribunal.

22. La requérante fait d'abord grief au Tribunal d'avoir affirmé qu'elle n'a fourni « aucun élément », alors que, des notes de son avocat, il ressort qu'elle a plaidé à l'audience que les chiffres d'affaires internes sont sans importance.

23. Elle considère ensuite que la formule rappelée ci-dessus, par laquelle le Tribunal a rejeté sa prétention, permet de considérer que celui-ci aurait violé sur ce point l'obligation de motivation.

24. Elle soutient enfin que la prise en compte des ventes internes pour déterminer le chiffre d'affaires servant de base à la fixation du montant de l'amende constitue une violation de « certains principes généraux du droit, notamment les principes d'égalité de traitement et de proportionnalité », ainsi que des « articles 190 du traité CE et 15 du règlement n° 17 ».

25. Le premier de ces reproches, outre qu'il est grave, pose, à mon avis, un problème très délicat, compte tenu des conditions dans lesquelles les différentes sociétés aux-

quelles était adressée la décision ont pu faire valoir leurs droits en justice.

26. Je me contenterai de rappeler ici que, en ce qui concerne la fixation du montant des amendes, la décision ne comporte qu'une motivation succincte, quoique suffisante, et que ce n'est qu'au cours de la procédure devant le Tribunal, en réponse à une question de ce dernier, que la Commission a livré une série d'éléments qu'elle avait pris en compte pour arrêter le montant des amendes.

27. De ce fait, c'est durant la procédure orale que les sociétés sanctionnées ont pu présenter leur contestation sur ce point.

28. Il ne saurait, par conséquent, être question de considérer que, après examen du recours et du mémoire en réplique présentés par KNP devant le Tribunal, il apparaît que l'affirmation contenue au point 112 de l'arrêt attaqué est parfaitement fondée.

29. Sur quelle considération pouvons-nous alors nous fonder pour décider du bien-fondé de la critique de KNP?

30. Le premier élément certain, c'est que, durant la procédure administrative, Badische, lorsqu'elle a donné suite à une demande de la Commission visant à obtenir communication de son chiffre d'affaires, a produit un tableau annexé par la Commission à son mémoire en réponse dans la présente procédure distinguant entre chiffre d'affaires global et chiffre d'affaires réalisé avec des entreprises externes au groupe, en faisant valoir que, «Quant aux quantités destinées à la transformation interne en produits finis, elles n'étaient ni ne sont disponibles sur le marché du carton. Par conséquent, on ne peut en tenir compte pour déterminer les parts de marché de notre entreprise».

31. Le deuxième, c'est que rien dans la décision ne permettait à KNP de savoir si ce point de vue avait été accepté par la Commission.

32. Le troisième, c'est que, même une fois en possession des éléments fournis par la Commission à la demande du Tribunal, KNP ne pouvait se forger une certitude sur ce point, puisque ce n'est qu'à l'audience que la Commission a révélé que, pour KNP, elle n'avait pas retenu le chiffre d'affaires de 1990, comme pour les autres entreprises sanctionnées, mais, pour des raisons sur lesquelles elle s'est expliquée et qui n'ont pas convaincu le Tribunal, celui de 1989.

33. Ce n'est donc que durant la procédure orale que la requérante a pu constater que c'est le chiffre d'affaires total de Badische qui avait été pris en compte.

34. Dans ces conditions, il ne lui a certainement pas été aisé d'improviser, une fois la réalité connue, une plaidoirie ad hoc. A-t-elle néanmoins développé une argumentation dont elle était en droit d'attendre que le Tribunal tînt compte, que ce soit pour l'accepter ou pour la refuser?

35. Qu'elle ait évoqué la question est certain, puisque le Tribunal indique lui-même, au point 98 de l'arrêt attaqué, que KNP a prétendu que la Commission «aurait à tort tenu compte des ventes de carton internes au groupe».

36. Toute la question est donc de savoir si KNP a procédé par voie de simple affirmation ou si elle a réellement argumenté. Dans le premier cas, le Tribunal était effectivement en droit d'affirmer que «la requérante n'a fourni aucun élément de preuve susceptible de démontrer que la Commission aurait dû ne pas en tenir compte lors du calcul de l'amende», encore que, à mon avis, ce n'étaient pas des preuves qu'elle était tenue de fournir, puisque la ventilation entre ventes internes et ventes externes avait été communiquée durant la procédure administrative, mais des raisons *en droit*. Dans le second cas, les premier et deuxième reproches inclus dans ce troisième moyen seraient fondés et une annulation devrait être envisagée.

37. J'aurais tendance à croire qu'elle n'a pas véritablement argumenté, car on ne voit guère pourquoi, si argumentation il y avait eu, le Tribunal aurait négligé de la réfuter, ce qui lui aurait été facile puisqu'il l'a fait dans son arrêt du même jour dans l'affaire Europa Carton/Commission [3], où la requérante contestait, elle aussi, la prise en compte des ventes internes.

38. Je ne peux, cependant, prétendre avoir acquis une certitude, en dépit du fait que la Commission nous affirme que, dans les souvenirs de ses agents, «le conseil de la requérante n'a expliqué en aucune façon *pourquoi* ces ventes à une société sœur devaient être défalquées».

39. En pareille situation, il me semble que les doutes devraient pouvoir profiter à KNP, surtout si l'on intègre le fait qu'elle a été placée, pour faire valoir ses arguments, dans une situation qui, comme je l'ai relevé plus haut, était tout sauf idéale. Mais, avant de conclure à l'annulation, il me faut examiner si celle-ci se justifie, étant donné que la Cour a jugé que, «si les motifs d'un arrêt du Tribunal révèlent une violation du droit communautaire, mais que son dispositif apparaît fondé pour d'autres motifs de droit, le pourvoi doit être rejeté» [4].

40. C'est pourquoi je crois devoir examiner le troisième reproche qu'elle formule et qui tient au fond, c'est-à-dire à la détermina-

3 — Arrêt du 14 mai 1998 (T-304/94, Rec. p. II-869, points 120 à 131).

4 — Arrêt du 9 juin 1992, Lestelle/Commission (C-30/91 P, Rec. p. I-3755, point 28).

tion du chiffre d'affaires pris en compte pour fixer le montant de l'amende.

41. Je considère cependant que c'est à juste titre que la Commission n'a pas été censurée par le Tribunal pour avoir retenu le chiffre d'affaires global de Badische dans le secteur du carton.

42. En effet, comme l'a jugé le Tribunal dans l'arrêt Europa Carton/Commission, précité:

«Ne pas tenir compte de la valeur des livraisons de carton internes... reviendrait nécessairement à avantager sans justification les sociétés verticalement intégrées.

Le profit tiré de l'entente pourrait dans une telle situation ne pas être pris en compte, et l'entreprise en cause échapperait à une sanction proportionnée à son importance sur le marché des produits faisant l'objet de l'infraction.»

43. Je considère, en conséquence, que le troisième moyen doit être rejeté comme non fondé.

Quatrième moyen, relatif à la fixation du point de départ de l'infraction pour l'une des sociétés du groupe

44. La requérante prétend que, en lui imputant, pour la fixation du montant de l'amende, la responsabilité des agissements délictueux de Badische à compter de la mi-1986, alors qu'elle n'a acquis cette société qu'au 1er janvier 1987, la Commission a violé tout à la fois le principe d'égalité de traitement, celui de proportionnalité, l'article 190 du traité CE (devenu article 253 CE) et l'article 15 du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité [5], et que le Tribunal, en avalisant cette manière de procéder sans s'en expliquer aucunement, alors que la requérante l'avait contestée, a lui-même violé le droit communautaire et, notamment, l'obligation de motivation.

45. Là encore, comme dans le cas du moyen précédent, la Commission s'inscrit en faux contre les affirmations de la requérante. Elle affirme n'avoir retrouvé «aucune trace d'un tel moyen ou argument relatif à la fixation du montant de l'amende ni dans la requête en première instance ni dans la réplique. Les agents de la Commission ne se rappellent pas davantage que le point ait été soulevé lors de l'audience». Elle en conclut que le moyen est irrecevable.

5 — JO 1962, 13, p. 204.

46. Avant d'examiner si tel est bien le cas, commençons par constater que, effectivement, comme l'affirme KNP, l'arrêt attaqué n'aborde à aucun moment la question de savoir à partir de quel moment KNP pouvait se voir imputer une responsabilité au titre de la participation de Badische à l'entente, alors même que la question de la fin de la participation de Badische à l'entente est, elle, examinée aux points 55 à 60 dudit arrêt.

47. Ce silence ne fait-il que refléter le fait que la question n'a jamais été soulevée par KNP? Si KNP nous expliquait que ce n'est qu'à l'audience qu'elle a attiré l'attention du Tribunal sur cet aspect contestable de la décision, nous nous trouverions confrontés au même dilemme que pour le troisième moyen. Mais tel n'est, heureusement oserais-je dire, pas le cas.

48. En effet, il suffit de se plonger dans les écritures de KNP devant le Tribunal pour constater que, alors même que la requérante ne connaissait pas dans le détail la manière dont l'amende avait été calculée, elle a, au vu du point 149 des motifs de la décision, où il est affirmé que «KNP a également été, pendant toute la période concernée, propriétaire à 95 % du fabricant allemand de carton Herzbergerpapierfabrik, qui comprenait aussi Badische Kartonfabrik», mis en avant que Badische n'avait intégré son groupe qu'à partir du 1er janvier 1987 et demandé que le Tribunal en tire les conséquences.

49. L'argumentation qu'elle développe à ce propos figure aux points 7 et 8 ainsi que 12 à 14 de la requête, un rappel de la date d'acquisition de Badische étant opéré au point 7 de la réplique.

50. Il est donc faux d'affirmer, comme le fait la Commission, que, par son quatrième moyen, KNP reproche au Tribunal de ne pas avoir répondu à un argument qui, en fait, ne lui avait pas été présenté. En conséquence, ce quatrième moyen doit être déclaré recevable.

51. Est-il, cependant, de nature à provoquer la censure de l'arrêt attaqué?

52. Dans sa prise de position sur ce moyen, la Commission s'exprime dans les termes suivants: «La Commission rappelle à nouveau, à titre purement subsidiaire, que le Tribunal a fixé le montant de l'amende à 2 700 000 écus dans l'arrêt a quo, exerçant ainsi sa compétence de pleine juridiction (point 114). N'ayant pas la possibilité de prendre directement connaissance des

faits... la Cour ne peut exercer cette pleine juridiction dans le cadre d'un pourvoi».

53. Ces affirmations me semblent résulter d'une regrettable confusion. Le fait que le Tribunal a fait usage de sa compétence de pleine juridiction pour fixer le montant de l'amende ne saurait, en aucune manière, signifier que cette fixation ne serait pas susceptible d'être annulée par la Cour, statuant sur pourvoi.

54. En effet, la compétence de pleine juridiction n'a rien à voir avec l'arbitraire. Le Tribunal est, certes, libre d'apprécier à quel niveau doit se situer l'amende, mais il doit procéder à cette appréciation dans des conditions régulières, notamment à partir de données exactes.

55. C'est ce qui ressort de manière très claire de l'arrêt Ferriere Nord/Commission [6], selon lequel:

«S'agissant du prétendu caractère injuste de l'amende, il importe de relever qu'il n'appartient pas à la Cour, lorsqu'elle se prononce sur des questions de droit dans le cadre d'un pourvoi, de substituer, pour des motifs d'équité, son appréciation à celle du Tribunal statuant, dans l'exercice de sa pleine juridiction, sur le montant des amendes infligées à des entreprises en raison de la violation, par celles-ci, du droit communautaire (arrêt du 6 avril 1995, BPB Industries et British Gypsum/Commission, C-310/93 P, Rec. p. I-865, point 34). En revanche, la Cour est compétente pour examiner si le Tribunal a répondu à suffisance de droit à l'ensemble des arguments invoqués par la requérante tendant à la suppression ou à la réduction de l'amende.

Il convient en premier lieu de rappeler (voir ordonnance du 25 mars 1996, SPO e.a./Commission, C-137/95 P, Rec. p. I-1611) que, d'une part, l'article 15, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement n° 17 détermine les conditions qui doivent être remplies pour que la Commission puisse infliger des amendes (conditions d'ouverture); parmi ces conditions, figure celle relative au caractère délibéré ou négligent de l'infraction. D'autre part, le second alinéa de cette disposition réglemente la détermination du montant de l'amende, laquelle est fonction de la gravité et de la durée de l'infraction.»

56. Or, il est patent, en l'espèce, que le Tribunal a exercé sa compétence de pleine juridiction en considérant qu'il était correct de tenir KNP pour responsable du comportement de Badische à partir de la mi-1986. Il suffit, en effet, de se reporter aux

6 — Arrêt du 17 juillet 1997 (C-219/95 P, Rec. p. I-4411, points 31 et 32).

points 96 à 114 de l'arrêt attaqué pour constater que le Tribunal n'a, en ignorant complètement les objections tirées par KNP de l'acquisition de Badische au 1er janvier 1987, à aucun moment entendu remettre en cause le bien-fondé de l'affirmation de la Commission selon laquelle la requérante devait porter la responsabilité du comportement infractionnel de Badische pour les 60/60 de la durée de l'infraction, c'est-à-dire de la mi-1986 à avril 1991.

57. Un tel exercice de la compétence de pleine juridiction relève, à l'évidence, de l'excès de pouvoir, car un pouvoir d'appréciation ne peut s'exercer légalement qu'à partir de la prise en compte de données de fait exactes. Je ne peux donc que proposer à la Cour d'annuler l'arrêt attaqué en ce qu'il a fixé à 2 700 000 écus le montant de l'amende infligée à KNP, en tenant cette dernière pour responsable de l'infraction commise par Badische à partir de la mi-1986.

58. Cette annulation ne doit cependant pas, à mon avis, s'accompagner d'un renvoi de l'affaire devant le Tribunal. En effet, pour en tirer les conséquences, il n'y a point lieu, dès lors que l'on ne remet pas en cause le bien-fondé des appréciations du Tribunal quant au niveau général des amendes, d'examiner des éléments de fait, en donnant aux parties la possibilité d'argumenter à leur propos.

59. Il suffit de tirer les conséquences du fait que le Tribunal a retenu, en ce qui concerne Badische, une durée trop longue d'infraction et de diminuer, à due concurrence, le montant de l'amende.

60. Je propose donc à la Cour de considérer que l'affaire est en état d'être jugée au fond, d'exercer elle-même la compétence de pleine juridiction que confère au juge communautaire le règlement n° 17, et dans l'exercice de celle-ci, de ramener à 2 600 000 euros le montant de l'amende infligée à KNP.

Sur les dépens

61. Il est clair que l'annulation de l'arrêt attaqué, même si ce n'est que sur un point, doit trouver sa traduction au niveau des dépens. Dans son arrêt, le Tribunal avait fait supporter à la requérante ses propres dépens ainsi que la moitié des dépens exposés par la Commission, celle-ci supportant la moitié de ses propres dépens.

62. Je propose que cette répartition soit modifiée, la requérante ne supportant, outre ses propres dépens, que 2/5 des dépens exposés par la Commission. S'agissant des dépens afférents à la procédure de pourvoi, je considère, compte tenu de ce que la requérante a succombé sur la plupart de ses moyens, qu'il est approprié qu'elle supporte ses propres dépens et 2/3 des dépens exposés par la Commission.

Conclusions

63. Au vu des développements qui précèdent, je propose à la Cour de juger que:

«— L'arrêt du Tribunal de première instance du 14 mai 1998, KNP BT/Commission (T-309/94), est annulé en ce qu'il a fixé le montant de l'amende infligée à la requérante à 2 700 000 écus et en ce qu'il a mis à la charge de cette dernière ses propres dépens ainsi que la moitié des dépens exposés par la Commission des Communautés européennes et à la charge de la Commission des Communautés européennes la moitié de ses propres dépens.

— L'amende est fixée à 2 600 000 euros.

— La requérante supportera, s'agissant de la procédure devant le Tribunal, outre ses propres dépens, 2/5 des dépens exposés par la Commission des Communautés européennes, et, s'agissant de la procédure devant la Cour, outre ses propres dépens, 2/3 des dépens exposés par la Commission des Communautés européennes.

— La Commission des Communautés européennes supportera, s'agissant de la procédure devant le Tribunal, 3/5 de ses propres dépens et, s'agissant de la procédure devant la Cour, 1/3 de ses propres dépens.

— Le pourvoi est rejeté pour le surplus.»