ARRÊT DU TRIBUNAL (première chambre élargie)

29 juin 1995 *

Dans l'affaire T-36/91,

Imperial Chemical Industries plc, société de droit anglais, établie à Londres, représentée par MM. David Vaughan, QC, Gerald Barling, QC, et David Anderson, barrister, du barreau d'Angleterre et du pays de Galles, mandatés par MM. Victor O. White et Richard J. Coles, solicitors, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de M^e^ Lambert H. Dupong, 14 A, rue des Bains,

partie requérante,

contre

Commission des Communautés européennes, représentée par M. Julian Currall, membre du service juridique, en qualité d'agent, assisté de M. Nicholas Forwood, QC, du barreau d'Angleterre et du pays de Galles, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Carlos Gómez de la Cruz, membre du service juridique, Centre Wagner, Kirchberg,

partie défenderesse,

* Langue de procédure: l'anglais.

ayant pour objet l'annulation de la décision 91/297/CEE de la Commission, du 19 décembre 1990, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.133-A: Carbonate de soude — Solvay, ICI, JO 1991, L 152, p. 1),

LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (première chambre élargie),

composé de MM. J. L. Cruz Vilaça, président, D. P. M. Barrington, A. Saggio, H. Kirschner et A. Kalogeropoulos, juges,

greffier: M. H. Jung,

vu la procédure écrite et à la suite de la procédure orale des 6 et 7 décembre 1994,

rend le présent

Arrêt

Faits et procédure

Contexte économique

1 Le produit faisant l'objet de la procédure, la soude, est utilisé dans la fabrication du verre (soude dense) ainsi que dans l'industrie chimique et en métallurgie (soude

légère). Il convient de distinguer la soude naturelle (dense), exploitée essentiellement aux États-Unis d'Amérique, et la soude synthétique (dense et légère), fabriquée en Europe au moyen d'un procédé inventé par l'entreprise Solvay il y a plus de cent ans, les coûts de production de la soude naturelle étant beaucoup plus bas que ceux du produit synthétique.

2 A l'époque des faits, les six producteurs communautaires de soude synthétique étaient les suivants:

— Solvay et C^{ie} SA (ci-après « Solvay »), le premier producteur dans le monde et dans la Communauté, avec une part du marché communautaire s'élevant à presque 60 % (et même 70 % dans la Communauté sans le Royaume-Uni et l'Irlande);

— la requérante, le deuxième producteur dans la Communauté, détenant plus de 90 % du marché du Royaume-Uni;

— les « petits » producteurs Chemische Fabrik Kalk (ci-après « CFK ») et Matthes & Weber (Allemagne), Akzo (Pays-Bas) et Rhône-Poulenc (France) avec environ 26 % tous ensemble.

3 Solvay exploitait des usines en Belgique, en France, en Allemagne, en Italie, en Espagne, au Portugal et en Autriche et avait des organisations de vente dans ces pays, ainsi qu'en Suisse, aux Pays-Bas et au Luxembourg. Elle était, en outre, le premier producteur de sel dans la Communauté et se trouvait donc dans une position très favorable en ce qui concerne la fourniture de la principale matière première pour la fabrication de la soude synthétique. La requérante possédait deux usines au Royaume-Uni, une troisième unité ayant été fermée en 1985.

4 Quant à la demande, les principaux clients dans la Communauté étaient les fabricants de verre. Ainsi, environ 70 % de la production des entreprises de l'Europe de l'Ouest étaient utilisés dans la fabrication de verre plat et de verre creux. La plupart des producteurs de verre exploitaient des usines en continu et avaient besoin d'un approvisionnement sûr en soude; dans la plupart des cas, ils avaient un contrat à assez long terme avec un fournisseur important pour l'essentiel de leurs besoins et s'adressaient, par précaution, à un autre fournisseur comme « source secondaire ».

5 A l'époque des faits, le marché communautaire était caractérisé par une division selon les frontières nationales, les producteurs ayant généralement tendance à concentrer leurs ventes dans les États membres où ils possédaient des capacités de production. En particulier, il n'y avait pas de concurrence entre la requérante et Solvay, chacune limitant ses ventes dans la Communauté à sa « sphère d'influence » traditionnelle (l'Europe de l'Ouest continentale pour Solvay, le Royaume-Uni et l'Irlande pour la requérante). Ce partage du marché date de 1870, époque à laquelle Solvay a procédé à la première cession de licences de brevet au profit de Brunner, Mond & Co., l'une des sociétés qui ont ultérieurement constitué la requérante. D'ailleurs, Solvay a été l'un des principaux actionnaires de Brunner, Mond & Co., puis de la requérante jusqu'à la vente de ses parts dans les années 60. Les accords de répartition de marché conclus successivement, en dernier lieu en 1945-1949, sont, d'après la requérante et Solvay, devenus caducs en 1962 et ont été formellement abrogés en 1972.

Procédure administrative

6 Au début de l'année 1989, la Commission a effectué des vérifications sans avertissement auprès des principaux producteurs de soude de la Communauté. A l'issue de ces vérifications, la requérante, par lettre du 13 avril 1989, a attiré l'attention de la Commission sur le fait que tous les documents saisis en copies dans ses locaux étaient confidentiels. Par lettre du 24 avril 1989, la Commission a répondu qu'elle n'ignorait pas la confidentialité des documents en cause et que les éléments ayant

trait à de véritables secrets d'affaires ne seraient pas divulgués. Lesdites vérifications ont été complétées par des demandes de renseignements. La requérante a fourni les informations sollicitées par lettre du 14 septembre 1989, dans laquelle elle a rappelé le caractère confidentiel des documents transmis. A l'occasion des mêmes vérifications et demandes de renseignements, Solvay, par lettres des 27 avril et 18 septembre 1989, a également souligné le caractère confidentiel de ses propres documents.

7 La Commission a ensuite envoyé à la requérante, par lettre du 13 mars 1990, une communication des griefs articulée en plusieurs parties:

— la première partie se réfère aux faits de la procédure;

— la deuxième partie concerne une infraction à l'article 85 du traité CEE, reprochée à la requérante et à Solvay (auxquelles ont été adressées les annexes correspondantes II.1 à II.42);

— une troisième partie (accompagnée d'annexes portant la cote III), qui se réfère à une infraction à l'article 85 reprochée à Solvay et à CFK, et une quatrième partie (accompagnée d'annexes portant la cote IV), qui se réfère à une infraction à l'article 86 du traité CEE, reprochée à Solvay, ne font pas partie de la communication des griefs adressée à la requérante; à cet égard, la lettre du 13 mars 1990 ne contient que l'indication suivante: « Les III^{e} et IV^{e} parties de la communication des griefs ne concernent pas ICI »;

— la cinquième partie concerne une infraction à l'article 86 reprochée à la requérante, à laquelle ont été adressées les annexes correspondantes V.1 à V.123;

— la sixième partie traite de la question des amendes devant éventuellement être infligées.

8 Après avoir relevé l'importance qui s'attachait au maintien de la confidentialité des documents obtenus en vertu du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (JO 1962, 13, p. 204, ci-après « règlement n° 17 »), la Commission a indiqué, dans cette lettre du 13 mars 1990, que les éléments de preuve contenus dans les annexes II.1 à II.42 étaient envoyés à chacune des entreprises concernées, « les éléments qui seraient susceptibles de constituer des secrets d'affaires ou qui sont commercialement sensibles et qui ne se rapportent pas directement à l'infraction présumée (ayant) été supprimés des documents ». Enfin, la Commission a révélé à chaque entreprise les réponses données, en vertu de l'article 11 du règlement n° 17, par l'autre, en précisant que « les informations qui pourraient constituer des secrets d'affaires (avaient également) été retirées de ces réponses ».

9 Le 14 mai 1990, l'avocat de la requérante a demandé, par téléphone, à avoir accès au dossier de la Commission dans la mesure où il se référait aux infractions reprochées à la requérante. Cette demande a apparemment été rejetée par M. J., un fonctionnaire de la direction générale de la concurrence (DG IV) de la Commission.

10 Par lettre du 23 mai 1990, l'avocat de la requérante a réitéré la demande en se référant à la réaction de M. J. qui avait, selon lui, refusé de lui accorder tout accès au dossier, même aux documents qui n'étaient pas confidentiels. Selon l'avocat, la communication d'une liste des documents contenus dans le dossier avait également été refusée. La Commission aurait déclaré qu'elle n'était prête à accepter que des demandes tendant à examiner des documents spécifiques. Cette attitude restrictive de ses services porterait atteinte à la préparation de la défense de la requérante.

11 Par lettre du 31 mai 1990, signée par M. R., directeur à la DG IV, la Commission a refusé d'accorder à la requérante un accès au dossier complet. Celle-ci n'aurait pas le droit d'examiner, à titre purement spéculatif, les documents commerciaux internes, non produits comme preuves, émanant d'autres entreprises. La Commission ajoutait qu'elle avait elle-même réexaminé tous ces documents pour vérifier s'ils étaient de nature à disculper la requérante, mais qu'elle n'avait découvert aucun document de la sorte; en outre, elle offrait de procéder à un nouvel examen des

dossiers au cas où la requérante établirait « qu'il y (avait) de bonnes raisons de le faire » sur un point spécifique de fait ou de droit.

12 Le même 31 mai 1990, la requérante a présenté des « observations en défense » (« defence »). Elle y protestait contre le refus de lui accorder l'accès au dossier et annexait plusieurs documents nouveaux comme moyens de preuve.

13 Les 26 et 27 juin 1990, la Commission a procédé à une audition concernant les infractions reprochées à la requérante et à Solvay. Seule la requérante y a participé. A cette occasion, elle a produit de nouvelles observations, la « présentation de son cas » (« article 85 presentation »), auxquelles d'autres documents étaient annexés.

14 Lors de l'audition, le service compétent de la Commission a produit certains documents (les documents portant la désignation « X.1 à X.11 »), qui provenaient tous de la requérante et qui, selon la Commission, démontraient — comme les documents déjà produits — le caractère véritable des relations entre la requérante et Solvay et infirmaient la défense de la requérante. Le service concerné a expliqué que la Commission ne les avait pas utilisés contre Solvay en raison de leur contenu confidentiel. Elle aurait néanmoins décidé de les introduire à ce stade dans la procédure, non pas parce qu'ils comporteraient des éléments supplémentaires par rapport aux documents annexés à la communication des griefs, mais pour répondre à l'argument tiré par la requérante de la prétendue pauvreté des éléments de preuve documentaires. Quant à l'accès au dossier, le conseiller-auditeur a déclaré qu'il s'agissait d'un problème difficile. Personne ne saurait ce que recouvre la notion de « dossier » et il incomberait au juge communautaire de l'interpréter un jour. Le problème ne devrait donc pas être discuté lors de l'audition.

15 Il ressort du dossier que, au terme de la procédure décrite ci-dessus, le collège des membres de la Commission, lors de sa 1 040e réunion, tenue les 17 et 19 décembre 1990, a adopté la décision 91/297/CEE, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.133-A: Carbonate de soude — Solvay, ICI, JO 1991, L 152, p. 1, ci-après « décision »). Cette décision constate, en substance,

que la requérante et Solvay ont participé, depuis le 1er janvier 1973 jusqu'au début de 1989, à une pratique concertée de partage du marché ouest-européen de la soude, en réservant l'Europe de l'Ouest continentale à Solvay et le Royaume-Uni ainsi que l'Irlande à la requérante; elle inflige, en conséquence, à chacune une amende de 7 millions d'écus.

16 Lors de la même réunion, la Commission a, en outre, adopté

— la décision 91/299/CEE, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité (IV/33.133-C: Carbonate de soude — Solvay, JO 1991, L 152, p. 21), par laquelle elle a constaté, en substance, que Solvay avait abusé de la position dominante qu'elle détenait sur le marché de l'Europe de l'Ouest continentale et lui a infligé une amende de 20 millions d'écus. Les éléments essentiels de l'infraction constatée dans la décision résident dans le fait que Solvay a appliqué des accords de longue durée en vertu desquels les clients s'approvisionnaient auprès d'elle pour la (quasi-) totalité de leurs besoins de soude, des systèmes de ristournes de fidélité sur tonnage marginal et de ristournes de groupe ainsi que des clauses de concurrence ou « clauses anglaises », prévoyant un mécanisme par lequel les offres concurrentes reçues par un client devaient lui être notifiées par celui-ci afin de lui permettre d'adapter ses prix en conséquence. Dans ce contexte, la décision 91/299 relève, dans son point 31, entre autres, que les trois grands verriers belges s'étaient toujours approvisionnés, jusqu'en 1978, auprès de Solvay pour la quasi-totalité de leurs besoins et que, en janvier 1978, le gouvernement belge est intervenu pour empêcher ces verriers de conclure un contrat avec un producteur américain en vue d'acheter de la soude en provenance des États-Unis d'Amérique;

— la décision 91/300/CEE, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité (IV/33.133-D: Carbonate de soude — ICI, JO 1991, L 152, p. 40), par laquelle elle a constaté, en substance, que la requérante avait abusé de la position dominante qu'elle détenait au Royaume-Uni et lui a infligé une amende de 10 millions d'écus.

17 Le Tribunal a pris acte, dans le cadre de la présente affaire, des décisions 91/299 et 91/300, du 19 décembre 1990. Il les a introduites d'office dans le dossier de la présente procédure.

18 La décision attaquée par le présent recours a été notifiée à la requérante par lettre recommandée datée du 1er mars 1991.

19 Il est constant que le texte de la décision notifiée n'avait pas fait l'objet d'une authentification préalable, par l'apposition des signatures du président et du secrétaire exécutif de la Commission, dans les conditions prévues par l'article 12, premier alinéa, du règlement intérieur 63/41/CEE de la Commission, du 9 janvier 1963 (JO 1963, 17, p. 181), maintenu provisoirement en vigueur par l'article 1er de la décision 67/426/CEE de la Commission, du 6 juillet 1967 (JO 1967, 147, p. 1), modifié en dernier lieu par la décision 86/61/CEE, Euratom, CECA de la Commission, du 8 janvier 1986 (JO L 72, p. 34), alors en vigueur (ci-après « règlement intérieur »).

Procédure juridictionnelle

20 C'est dans ces conditions que la requérante a introduit le présent recours, enregistré au greffe du Tribunal le 14 mai 1991. La décision a également fait l'objet d'un recours introduit par Solvay (T-30/91).

21 La procédure écrite devant le Tribunal a suivi un cours régulier. Après le dépôt de sa réplique, le 23 décembre 1991, la requérante a déposé, le 2 avril 1992, un « complément à la réplique », dans lequel elle a soulevé un moyen nouveau visant à ce que la décision attaquée soit déclarée inexistante. Renvoyant à des déclarations faites par des représentants de la Commission pendant la procédure orale, terminée le 10 décembre 1991, dans les affaires qui ont donné lieu à l'arrêt du Tribunal du

27 février 1992, BASF e.a./Commission (T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89, Rec. p. II-315, ci-après « arrêt PVC »), et se référant à deux articles de presse parus dans le *Wall Street Journal* du 28 février 1992 et dans le *Financial Times* du 2 mars 1992, elle a fait valoir, entre autres, que la Commission avait publiquement indiqué que l'absence d'authentification des actes adoptés par le collège de ses membres était une pratique suivie depuis des années et que, depuis 25 ans, aucune décision n'avait fait l'objet d'une authentification. Conformément à l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure, le président de la première chambre a prorogé le délai pour le dépôt de la duplique. Dans sa duplique, la Commission a présenté des observations écrites sur ce « complément à la réplique ».

22 Par ordonnance du 14 juillet 1993, le président de la première chambre a joint la présente affaire et l'affaire T-30/91 aux fins de la procédure orale.

23 Au mois de mars 1993, le Tribunal (première chambre) a décidé — en tant que mesures d'organisation de la procédure — de poser aux parties plusieurs questions concernant, entre autres, l'accès de la requérante au dossier de la Commission. Les parties ont répondu à ces questions au mois de mai 1993. La Cour ayant statué sur le pourvoi dirigé contre l'arrêt PVC du Tribunal, par arrêt du 15 juin 1994, Commission/BASF e.a. (C-137/92 P, Rec. p. I-2555), le Tribunal (première chambre élargie) a arrêté d'autres mesures d'organisation de la procédure, invitant notamment la Commission à produire, entre autres, le texte de sa décision 91/297, telle qu'authentifiée à l'époque, dans les langues où elle fait foi, par les signatures du président et du secrétaire général et annexée au procès-verbal.

24 La Commission a répondu qu'il lui paraissait indiqué, aussi longtemps que le Tribunal n'aurait pas statué sur la recevabilité du moyen tiré d'une absence d'authentification de la décision attaquée, de ne pas aborder le bien-fondé du moyen ainsi soulevé.

25 Dans ces circonstances, par ordonnance du 25 octobre 1994, basée sur l'article 65 du règlement de procédure, le Tribunal (première chambre élargie) a enjoint à la Commission de produire le texte susmentionné.

26 Suite à cette ordonnance, la Commission a produit le 11 novembre 1994, entre autres, le texte de la décision 91/297 en langues française et anglaise, dont la page de couverture est revêtue d'une formule d'authentification, non datée, signée par le président et le secrétaire exécutif de la Commission. Il est constant que cette formule n'a été apposée que plus de six mois après l'introduction du présent recours.

27 Sur rapport du juge rapporteur, le Tribunal a décidé d'ouvrir la procédure orale. Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions du Tribunal à l'audience des 6 et 7 décembre 1994. A l'issue de l'audience, le président a prononcé la clôture de la procédure orale.

Conclusions des parties

28 La requérante conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

— déclarer le recours recevable;

— annuler la décision attaquée dans la mesure où elle la concerne;

— annuler l'injonction de mettre fin à l'infraction figurant à l'article 2 de la décision dans la mesure où elle la concerne;

— annuler ou réduire l'amende infligée à la requérante par l'article 3 de la décision;

— subsidiairement, ordonner à la Commission, à titre de mesure d'instruction, de permettre aux conseils de la requérante d'examiner les dossiers;

— plus subsidiairement, examiner les dossiers en tant que Tribunal afin de l'exonérer par des documents supplémentaires;

— condamner la Commission aux dépens.

29 Dans le complément à sa réplique, la requérante soutient que la décision attaquée doit être annulée ou, si le Tribunal l'estime approprié, être déclarée inexistante.

30 La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

— rejeter le recours comme non fondé;

— rejeter les arguments soulevés dans le complément à la réplique comme irrecevables et, en toute hypothèse, non fondés;

— condamner la requérante aux dépens.

31 Il y a lieu de constater que, à la suite du prononcé de l'arrêt de la Cour du 15 juin 1994, précité, et, en réponse à une question écrite posée par le Tribunal, la requérante a déclaré que ses conclusions ne visent plus à obtenir une déclaration d'inexistence de la décision, mais une simple annulation de celle-ci. Elle a également demandé au Tribunal de n'examiner les moyens avancés à l'appui de ses conclusions que sous l'angle de l'annulation.

Sur les conclusions visant à l'annulation de la décision

32 Au soutien de ses conclusions en annulation, la requérante soulève une série de moyens, qui se répartissent en deux groupes distincts. Dans le premier groupe de moyens, relatifs à la régularité de la procédure administrative, la requérante invoque, dans le complément à sa réplique, d'une part, plusieurs violations des formes substantielles, en ce que, contrairement à l'article 12 du règlement intérieur de la Commission, la décision notifiée n'aurait pas été authentifiée en temps utile par le président et par le secrétaire général de la Commission et que des modifications auraient été apportées à la décision entre son adoption et sa notification à la requérante.

33 Dans sa requête, la requérante, renvoyant à un moyen soulevé par Solvay dans l'affaire T-30/91, précitée, reproche à la Commission, d'autre part, d'avoir violé le principe de collégialité, en ce que, contrairement à l'article 4 de son règlement intérieur, la discussion du projet de la décision attaquée n'aurait pas été reportée, bien qu'au moins un de ses membres ait sollicité un tel report pour lui permettre d'examiner utilement le dossier qui lui aurait été communiqué tardivement. En outre, elle fait grief à la Commission d'avoir transmis à Solvay des documents confidentiels, ce qui constituerait une violation de la protection du secret d'affaires. Enfin, elle avance trois moyens tirés d'une violation des droits de la défense: la première violation serait constituée par le refus de lui accorder un accès au dossier complet; la deuxième par un préjugé, un manque d'objectivité et un manquement général de la Commission au respect des droits de la défense, qui se seraient manifestés par des suppressions discutables dans les annexes portant la cote II; la troisième par une méconnaissance de son droit à être entendue, caractérisée par la présence dans la décision de constatations qui ne seraient pas assorties de preuves lui ayant été communiquées.

34 Dans le second groupe de moyens, la requérante invoque plusieurs moyens dirigés, d'une part, contre la constatation et l'appréciation des faits ainsi que, d'autre part, contre l'appréciation juridique, opérées par la Commission dans la décision attaquée. Enfin, elle conteste la légalité de l'injonction de mettre fin à l'infraction reprochée, injonction qui s'apparenterait à une obligation d'exporter, et souligne le caractère excessif de l'amende infligée.

35 Le Tribunal estime opportun de procéder, d'abord, à l'examen du moyen tiré d'une violation des droits de la défense, en ce que la requérante se serait vu opposer un refus illégal à sa demande visant à consulter le dossier de la Commission.

Sur le moyen tiré d'une violation des droits de la défense en raison du refus d'accès au dossier de la Commission

Arguments des parties

36 La requérante reproche à la Commission d'avoir rejeté, contrairement à ses déclarations contenues dans les douzième et quatorzième rapports sur la politique de concurrence qui ont établi une procédure d'accès au dossier dans les affaires de concurrence, la demande qu'elle a formulée lors de la procédure administrative, visant à consulter le dossier de la Commission afin de vérifier s'il comportait des documents susceptibles d'être utiles à sa défense. La Commission ne lui aurait même pas communiqué la liste des documents figurant dans le dossier, de sorte qu'elle n'aurait eu aucun moyen de connaître, dans les grandes lignes, les catégories auxquelles ils appartenaient.

37 La requérante souligne qu'elle ne dispose de preuves directes ni quant aux raisons pour lesquelles Solvay et d'autres producteurs n'ont pas exporté de la soude vers le Royaume-Uni, ni quant aux prix et coûts des autres producteurs de l'Europe de l'Ouest continentale, alors que ces éléments seraient manifestement pertinents pour apprécier leurs stratégies. Elle affirme donc que certains documents étaient susceptibles d'être pertinents pour l'exercice de ses droits de la défense, à savoir

— des documents faisant apparaître les prix réels demandés par Solvay et d'autres producteurs à leurs principaux clients,

— des documents contenant des demandes de fourniture de soude, émanant de consommateurs établis au Royaume-Uni et adressées à des producteurs continentaux, ainsi que les réponses à ces demandes,

— des documents dans lesquels Solvay et d'autres producteurs continentaux envisageraient la possibilité d'entrer sur le marché du Royaume-Uni ou exposeraient leurs raisons de ne pas y entrer.

Selon la requérante, l'argument de la Commission selon lequel le dossier ne comportait pas de documents utiles à sa défense n'est pas crédible. Les avocats de Solvay lui auraient indiqué le contraire. De même, nombre de ses propres documents auraient été utiles pour la défense de Solvay, par exemple ceux concernant la procédure ouverte à son encontre au titre de l'article 86 du traité. La requérante aurait donc eu droit à avoir accès aux documents susceptibles de mettre en doute la thèse avancée contre elle. Ce droit aurait été violé.

38 Dans le cadre d'un moyen dirigé contre l'appréciation des faits effectuée dans la décision litigieuse, la requérante fait valoir que, pris dans son ensemble, le dossier de la présente affaire donne un tableau différent de celui que la Commission a retenu. Elle renvoie, entre autres, à plusieurs documents que la Commission n'a pas invoqués dans le cadre de la procédure basée sur l'article 85, mais uniquement dans celui de la procédure ouverte à son encontre au titre de l'article 86 du traité. Selon la requérante, ces documents montrent que, pendant les années 1984 à 1989, elle a, à maintes reprises, évalué les possibilités d'importation en provenance du continent, qu'elle a envisagé des représailles contre des importations éventuelles, mais qu'elle a considéré que, en raison des coûts élevés de transport et des marges réduites, son entrée sur le marché continental ne serait pas rentable et que celle des producteurs continentaux sur le marché du Royaume-Uni était improbable, tout en restant vigilante à cause de sa vulnérabilité eu égard aux taux de change et aux coûts de production en Europe de l'Ouest continentale (pages 75 à 77 de la requête). Pour la requérante, il n'est pas douteux que la Commission ait en sa possession beaucoup d'autres documents à l'appui de ces thèses, provenant soit de Solvay, soit d'autres producteurs de l'Europe de l'Ouest continentale, qu'elle n'a pas pu utiliser.

39 La répartition, au stade de la communication des griefs, des documents en pièces pertinentes au regard de l'article 85 et en pièces pertinentes au regard de l'article 86 du traité aurait eu pour conséquence que les documents relevant de cette seconde catégorie n'ont été communiqués qu'aux producteurs poursuivis en vertu de l'article 86, même s'ils étaient également pertinents aux fins de l'application, à d'autres producteurs, de l'article 85. Ainsi, la requérante n'aurait pu utiliser aucun des documents portant la cote IV, annexés à la quatrième partie de la communication des griefs, concernant une infraction reprochée à Solvay au titre de l'article 86, alors que certains auraient été utiles à sa défense dans le cadre de l'infraction qui lui était reprochée au titre de l'article 85. Il en irait de même pour Solvay en ce qui concerne les documents portant la cote V, annexés à la cinquième partie de la communication des griefs.

40 Dans le cadre d'un moyen mettant en cause le montant de l'amende qui lui a été infligée, la requérante répète que la violation de l'article 86 du traité qui lui a été reprochée aurait dû être prise en considération. Or, elle relève que, en dépit d'un « chevauchement très large » des infractions reprochées, la Commission les a traitées comme entièrement distinctes.

41 Dans sa réplique, la requérante expose que, dans une affaire où l'existence d'une pratique concertée entre Solvay et elle-même était alléguée, un document utilisé contre Solvay ou susceptible de disculper Solvay était manifestement tout aussi pertinent pour elle et la concernait autant que l'autre partie à la prétendue pratique concertée. En outre, les documents utilisés par la Commission pour établir une infraction au titre de l'article 86 auraient été également pertinents pour la constatation d'une entente au titre de l'article 85 du traité.

42 La requérante ne conteste pas que la Commission ait examiné tous les documents recueillis lors de son enquête pour déterminer si l'on pouvait les considérer comme la disculpant. Cependant, la Commission exerçant déjà les fonctions d'enquêteur, d'autorité chargée des poursuites, de juge et de jury, elle n'aurait pu intervenir au surplus en qualité de conseil de la défenderesse. L'offre faite par la Commission, dans sa lettre du 31 mai 1990, de procéder à un nouvel examen aurait été dépourvue d'utilité, étant donné qu'elle était soumise à la condition que la requérante pré-

sente une « bonne cause » sans toutefois disposer des documents pertinents. Un système dans lequel ce sont les fonctionnaires de la Commission eux-mêmes qui décident quels sont les documents susceptibles d'aider une entreprise mise en cause dans une affaire de concurrence ne saurait satisfaire aux exigences attachées au respect des droits de la défense. Il serait improbable que cet examen ait été effectué de manière aussi approfondie ou avec le même souci des intérêts de la requérante que si celle-ci y avait procédé.

43 Avant l'adoption de la décision attaquée, la requérante n'aurait donc pas eu accès aux cinq catégories de pièces suivantes:

— les documents portant la cote IV, annexés à la quatrième partie de la communication des griefs, qui concernent les allégations dirigées contre Solvay au titre de l'article 86 du traité,

— le texte définitif de la réponse de Solvay à la communication des griefs ainsi que les documents invoqués par Solvay à l'appui de cette réponse,

— la réponse du producteur allemand CFK à la communication des griefs,

— les réponses d'autres producteurs aux lettres qui leur ont été adressées au titre de l'article 11 du règlement n° 17 (à l'exception de celles annexées à la communication des griefs),

— les documents du dossier, autres que ceux annexés à la communication des griefs, saisis par la Commission dans le cadre de son enquête chez Solvay et chez quatre autres producteurs de soude communautaires.

44 La requérante fait encore valoir que, avant le dépôt de sa requête, mais postérieurement à la décision attaquée, Solvay l'a informée que les dossiers de la Commission contenaient un certain nombre de documents émanant de Solvay qui lui auraient été très utiles pour répondre à la communication des griefs. La requérante se réfère dans ce contexte à des documents établissant, selon elle, que Solvay a communiqué ses prix à de nombreuses reprises afin d'obtenir des commandes de soude de la part d'entreprises établies au Royaume-Uni et a effectué une étude de prix à la suite d'une demande correspondante de Rockware, société établie au Royaume-Uni (annexes 12 et 13 à la requête de Solvay dans l'affaire T-30/91 dont Solvay a transmis copie à la requérante). En outre, la requérante produit, en annexe 1 à sa réplique, des documents transmis sur une base strictement confidentielle, après le dépôt de sa requête, par le producteur allemand Matthes & Weber, qui établissent, d'après elle, que ce producteur a communiqué ses prix afin d'obtenir des commandes de soude de la part d'entreprises établies au Royaume-Uni et que le coût du transport a été la raison principale du refus de ces offres par les clients potentiels.

45 De l'avis de la requérante, la jurisprudence récente ne s'oppose pas à la position qu'elle défend en l'espèce. Ainsi, l'arrêt du 17 janvier 1984, VBVB et VBBB/Commission (43/82 et 63/82, Rec. p. 19), qui nie l'existence d'une obligation pour la Commission de divulguer ses dossiers aux parties intéressées, serait intervenu dans une affaire dans laquelle la décision litigieuse de la Commission avait été prise avant l'adoption du Douzième Rapport sur la politique de concurrence. L'arrêt du 3 juillet 1991, Akzo/Commission (C-62/86, Rec. p. I-3359, ci-après « Akzo II »), par lequel la Cour a confirmé la solution donnée dans l'arrêt VBVB et VBBB/Commission, précité, concernerait, pour sa part, une question totalement différente de celle en cause dans la présente procédure, à savoir la question de l'accès à un document interne, protégé donc de toute divulgation aux termes mêmes du Douzième Rapport sur la politique de concurrence. Par ailleurs, certains arrêts de la Cour seraient plus favorables aux droits de la défense. La requérante se réfère à cet égard à l'arrêt du 29 octobre 1980, Van Landewyck e.a./Commission (209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125), qui a mis à charge de la Commission une obligation plus étendue consistant à fournir les éléments nécessaires à la défense, à l'arrêt du 25 octobre 1983, AEG/Commission (107/82, Rec. p. 3151), à l'arrêt du 27 juin 1991, Al-Jubail Fertilizer et Saudi Arabian Fertilizer/Conseil (C-49/88, Rec. p. I-3187), ainsi qu'aux conclusions de l'avocat général M. Darmon sous cet arrêt (Rec. p. I-3205) et aux arrêts du 17 octobre 1989, Dow Benelux/Commission (85/87, Rec. p. 3137), et du 18 octobre 1989,

Orkem/Commission (374/87, Rec. p. 3283), et Solvay/Commission (27/88, Rec. p. 3355).

46 Pour autant que la Commission invoque la confidentialité de certains documents, la requérante rappelle que l'application du principe du traitement confidentiel des renseignements relatifs aux entreprises ne peut en aucun cas porter atteinte aux droits de la défense (arrêt de la Cour du 20 mars 1985, Timex/Conseil et Commission, 264/82, Rec. p. 849, points 29 et 30). En tout état de cause, le fait de donner à des conseils indépendants accès aux documents sensibles du dossier ne porterait pas atteinte à la règle du traitement confidentiel. En outre, des résumés non confidentiels auraient également pu être préparés. Les exigences tenant à la protection du secret d'affaires ne sauraient en aucun cas justifier, d'après la requérante, le refus général d'accès au dossier qui lui a été opposé par la Commission dans la présente affaire. De telles exigences justifieraient tout au plus le refus de donner accès à des documents authentiquement secrets, distinctement identifiés et faisant l'objet de résumés non confidentiels.

47 Dans ce contexte, la requérante reproche de plus à la Commission d'avoir supprimé, dans des documents émanant d'elle et joints à la communication des griefs — notamment dans les annexes II.25 et II.34 — des passages qui ne pouvaient pas servir à étayer le point de vue de la Commission. Une analyse des pièces auxquelles la requérante a eu accès montrerait l'approche très sélective des documents adoptée, de manière générale et sans aucun doute également à l'égard des documents provenant d'autres producteurs, par la Commission. Selon la requérante, les passages supprimés dans les documents en cause n'étaient, en réalité, pas confidentiels.

48 Dans la mesure où la Commission considère que, pour des considérations pratiques, il aurait suffi que Solvay utilise les documents à la décharge de la requérante dans sa propre défense et les transmette à la requérante pour la défense de celle-ci, la requérante fait valoir qu'une telle coopération pourrait se heurter à des rivalités commerciales. En présumant que, dans tous les cas, des concurrents souhaiteront

adopter une attitude de coopération face à la Commission, cette dernière formulerait, de l'avis de la requérante, une hypothèse dangereuse qui ne serait certainement pas de nature à assurer la protection de droits fondamentaux. Ainsi, lorsque la requérante était présente sur le marché de la soude (ce qui ne serait plus le cas, puisqu'elle a cédé son activité sur ce marché), il y aurait inévitablement eu certaines réticences à divulguer des documents commerciaux. Avant la décision, Solvay n'aurait pas permis à la requérante d'avoir accès aux documents joints à sa requête dans l'affaire T-30/91, qui montrent qu'elle a communiqué ses prix afin d'obtenir des commandes de la part d'entreprises établies au Royaume-Uni.

49 En réponse à une question écrite posée par le Tribunal, la requérante a relevé que le fait pour la Commission de ne même pas lui avoir fourni une liste des documents constituant son dossier a eu des conséquences extrêmement graves pour la capacité de la requérante à se défendre et pour son droit à être entendue. Cette omission aurait empêché la requérante d'identifier, parmi les documents qui auraient été mentionnés sur la liste, ceux susceptibles d'être utiles à sa défense.

50 La Commission fait valoir qu'elle a communiqué à la requérante tous les documents sur lesquels elle a fondé ses griefs ainsi que sa décision finale. L'affirmation contraire de la requérante n'aurait aucune base factuelle. D'ailleurs, même si la Commission s'était réellement fondée sur une pièce non communiquée à la requérante, cela n'entraînerait pas nécessairement l'irrégularité de la procédure dans son ensemble, mais conduirait seulement à écarter la pièce en cause, ce qui aurait pour seule conséquence de soulever la question de savoir si les autres pièces invoquées par la Commission constituent des preuves suffisantes de ses constatations. Même si la Commission avait vraiment sélectionné des documents, cette circonstance ne saurait constituer une irrégularité procédurale parce que la requérante n'a pas avancé le moindre indice de nature à établir la mauvaise foi des services de la Commission (arrêt du Tribunal du 17 décembre 1991, Hercules/Commission, T-7/89, Rec. p. II-1711, point 55).

51 Pour autant que la requérante critique qu'il ne lui a pas été permis d'examiner les documents commerciaux versés au dossier pour vérifier si certains d'entre eux

pouvaient la disculper, la Commission — se référant à la jurisprudence de la Cour et du Tribunal (arrêts VBVB et VBBB/Commission, Akzo II et Hercules/Commission, précités) — rejette le principe même de l'existence d'une obligation de divulguer ses dossiers. Même si une telle obligation pouvait ressortir des règles que la Commission a elle-même formulées dans son Douzième Rapport sur la politique de concurrence, l'éventuel non-respect de cette obligation — de portée inférieure à celle du respect des droits de la défense — ne saurait constituer une violation de formes « substantielles » au sens de l'article 173, premier alinéa, du traité CEE et ne justifierait dès lors pas l'annulation de la décision attaquée toute entière. En outre, ainsi qu'il ressort de l'arrêt du Tribunal du 1er avril 1993, BPB Industries et British Gypsum/Commission (T-65/89, Rec. p. II-389, point 35), l'entreprise concernée devrait démontrer, pour voir son grief « d'accès insuffisant au dossier » retenu, qu'il existe de sérieux indices permettant de croire qu'un document existe et que la Commission a, en fait, caché délibérément ce document.

52 Enfin, il faudrait qu'il soit établi que le résultat auquel a abouti la procédure administrative aurait pu être différent si la requérante avait eu accès au dossier (arrêt Hercules/Commission, précité, point 56). En l'espèce, les documents dont la requérante se plaint de ne pas avoir pu prendre connaissance n'auraient été retenus par la Commission contre aucune des entreprises concernées; en cela, la présente affaire ne soulèverait pas la question de savoir si des documents utilisés à l'encontre d'une partie à une entente alléguée doivent être mis à la disposition de toutes les autres parties, de telle façon que chacune d'elles ait accès au documents retenus contre chacune des autres.

53 La Commission ajoute que les catégories de pièces citées par la requérante à titre d'exemples n'ont pas servi de base aux griefs formulés à son encontre, qu'elles ne contiennent pas d'éléments de nature à la disculper, et qu'elles portent essentiellement sur des matières qui, de par leur nature même, relèvent tant du secret professionnel que du secret des affaires. Ces pièces n'auraient donc pas pu être divulguées sans porter atteinte aux droits des tiers à la protection de leurs secrets commerciaux légitimes. Or, la Cour aurait rappelé à plusieurs reprises l'importance du traitement confidentiel de toute information fournie à la Commission en vertu du règlement n° 17 (arrêts du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, point 14, et du 7 novembre 1985, Adams/Commission, 145/83,

Rec. p. 3539). Dans son arrêt du 24 juin 1986, Akzo/Commission (53/85, Rec. p. 1965, point 28, ci-après « Akzo I »), la Cour aurait refusé au tiers plaignant le droit de recevoir communication de documents qui contenaient des secrets d'affaires. Or, la Commission estime que l'intérêt de la requérante à consulter des documents que la Commission n'a pas retenus à sa charge est même inférieur à celui que peut avoir un plaignant à prendre connaissance de documents sur lesquels la Commission s'est effectivement fondée dans la procédure. Dans la mesure où la requérante invoque l'arrêt de la Cour dans l'affaire Al-Jubail Fertilizer et Saudi Arabian Fertilizer/Conseil, précité, la Commission rétorque que cette affaire concernait une situation dans laquelle l'institution communautaire en cause, contrairement à l'espèce, s'est effectivement fondée sur des éléments non communiqués à l'entreprise intéressée.

54 Le nécessaire compromis entre les intérêts en cause est obtenu, selon la Commission, en limitant la divulgation aux tiers à ce qui est strictement nécessaire à la conduite de l'enquête. Ce dernier critère n'imposerait pas la divulgation des documents sur lesquels la Commission ne se fonde pas. Les entreprises concernées n'auraient pas le droit d'examiner, à titre purement spéculatif, les documents commerciaux internes de leurs concurrents qui ne sont pas retenus à leur charge. Dans ce contexte, la Commission, se référant à sa lettre du 31 mai 1990 (p. 3, paragraphe 5), souligne qu'elle a, elle-même, soigneusement réexaminé tous les documents découverts chez d'autres producteurs.

55 Dans la mesure où la requérante fait référence à des documents provenant de Solvay ou de Matthes & Weber, dont elle suppose qu'ils auraient été très utiles à sa réponse à la communication des griefs, la Commission affirme que les documents de Solvay qui sont discutés en détail dans le cadre de l'affaire T-30/91 n'infirment aucunement la constatation d'une pratique concertée entre la requérante et Solvay. Les documents de Matthes & Weber n'apportent, de l'avis de la Commission, même pas un commencement de preuve à l'appui de l'argument avancé par la requérante, selon lequel les coûts élevés de transport ont été la raison principale du refus, par les clients potentiels installés au Royaume-Uni, des offres faites par Matthes & Weber.

56 L'élaboration de résumés non confidentiels, évoqués par la requérante dans ce contexte, n'aurait été, selon la Commission, d'aucune utilité, étant donné que les informations dont la requérante demandait communication étaient précisément couvertes par la confidentialité (prix et coûts réels des concurrents, noms de leurs clients, explications de leur politique commerciale). La requérante aurait d'ailleurs insisté, dans une lettre du 14 septembre 1989 adressée à la Commission, sur le fait que des informations analogues qu'elle avait elle-même fournies étaient strictement confidentielles. Pour ce qui est de l'idée de ne communiquer les informations commercialement sensibles qu'à des avocats, la Commission déclare mal voir comment une communication ainsi limitée pourrait contribuer à la défense d'une entreprise, étant donnée que ces informations devraient être discutées avec ses services commerciaux pour en évaluer l'importance.

57 La Commission soutient enfin qu'il faut également tenir compte de considérations pratiques. Si les documents provenant de Solvay avaient effectivement révélé que Solvay n'était pas partie à la pratique concertée qui lui était reprochée ainsi qu'à la requérante, Solvay n'aurait certainement pas manqué d'en faire état dans sa réponse à la communication des griefs; elle aurait, de plus, eu grand intérêt à transmettre ces documents à la requérante. En tout état de cause, il devrait être démontré que la non-divulgation de documents aurait pu revêtir une importance réelle pour la requérante. A cet égard, la question capitale pour la requérante aurait été de savoir pour quelle raison elle-même ne vendait pas de soude en Europe de l'Ouest continentale. Il serait difficile de concevoir pourquoi d'autres producteurs auraient été mieux informés qu'elle des véritables raisons de sa ligne de conduite. Quant aux raisons pour lesquelles d'autres producteurs continentaux (outre Solvay) ne vendaient pas au Royaume-Uni, la requérante aurait, elle-même, affirmé au cours de la procédure que les documents de ce type étaient dénués d'intérêt.

58 En réponse à diverses questions écrites posées par le Tribunal, la Commission a déclaré que l'expression « accès au dossier », qui n'est pas utilisée dans la législation pertinente, signifie le droit pour l'entreprise concernée d'être entendue sur les griefs formulés à son encontre, ainsi qu'il ressort de l'arrêt du Tribunal du 18 décembre 1992, Cimenteries CBR e.a./Commission (T-10/92, T-11/92, T-12/92 et T-15/92, Rec. p. II-2667, point 38). La condition essentielle devrait donc être que cette entreprise a eu communication des allégations formulées à son encontre et les éléments de preuve utilisés par la Commission pour étayer ces allégations. Une autre question serait de savoir si l'entreprise a eu communication d'autres docu-

ments n'ayant pas servi d'éléments de preuve. Dans son arrêt Hercules/ Commission, précité, le Tribunal aurait reconnu que la Commission pouvait être obligée de divulguer d'autres documents, sous réserve de confidentialité, raisonnement qui serait fondé sur les déclarations faites par la Commission dans son Douzième Rapport sur la politique de concurrence. Or, la procédure dans la présente affaire ayant été ouverte en mars 1990, près d'un an après la publication du Dix-huitième Rapport sur la politique de concurrence, la règle auto-imposée applicable en l'espèce n'aurait plus été celle résultant des déclarations faites dans le Douzième Rapport, mais celle prévue pour les cas de cette nature dans le Dix-huitième Rapport. Dans ces circonstances, personne n'aurait pu escompter que la Commission négligerait ses déclarations plus récentes, qui se référaient spécifiquement aux problèmes de divulgation de documents dans des procédures impliquant plusieurs sociétés concurrentes.

59 La Commission a exposé qu'on ne pouvait pas partir de l'hypothèse que, dans chaque procédure ouverte au titre de l'article 85 ou de l'article 86 du traité, il existe un dossier concret, groupant tous les documents recueillis dans le cadre de l'affaire, et que « l'accès au dossier » signifie le droit de lire ce « dossier » et de le copier in extenso (sous réserve d'exceptions en ce qui concerne les documents confidentiels). Il y aurait plutôt deux façons d'approcher la question de la définition du terme « dossier »:

— La première approche, dont la Commission estime qu'elle est la bonne, consisterait à entendre par « le dossier » les documents sur lesquels se fonde la décision à adopter. La question cruciale serait alors de savoir si l'entreprise a eu accès au dossier complet et, partant, si la Commission a versé au dossier toutes les pièces permettant à l'entreprise d'exercer son droit d'être entendue. Selon cette conception, le dossier serait constitué, au moment décisif, de la communication des griefs, des documents sur lesquels se fonde la Commission pour étayer ses allégations à l'encontre de l'entreprise dans la communication des griefs et de tout élément sur lequel la Commission ne se fonde pas, mais qui est manifestement de nature à disculper l'entreprise mise en cause. Tout autre matériel que la Commission aurait pu obtenir dans le cadre de ses investigations, mais qui ne relève pas d'une de ces catégories, ne ferait pas partie du dossier, si bien qu'il ne serait pas nécessaire de savoir si l'entreprise y a eu accès.

— La seconde approche consisterait à dire que « le dossier » est tout ce que la Commission a obtenu dans le cadre de ses investigations, même si cela n'a pas été utilisé pour établir la communication des griefs. Toutefois, en vertu de l'article 20 du règlement n° 17 et en application de la jurisprudence Hercules/Commission, précitée, il y aurait des documents que l'entreprise concernée ne pourrait pas voir parce que la Commission est tenue de ne pas les divulguer. Il en résulterait, sur le plan pratique, que cette entreprise aurait accès aux mêmes documents que dans le cadre de la première approche susmentionnée.

60 La Commission a, ensuite, souligné qu'il y a deux méthodes alternatives de donner accès au dossier:

— Elle pourrait envoyer tout d'abord la communication des griefs et fixer ensuite les dates auxquelles l'entreprise pourra consulter les documents qui lui sont rendus accessibles. A cette fin, il pourrait effectivement être utile de disposer, avec la communication des griefs, d'une liste de documents afin que les intéressés puissent avoir à l'avance une idée de ce qu'ils pourront (ou ne pourront pas) consulter. Dans son arrêt BPB Industries et British Gypsum/Commission, précité, point 29, le Tribunal se serait référé à cette méthode, citant le Douzième Rapport de la Commission sur la politique de concurrence.

— Il serait également possible d'envoyer les documents avec la communication des griefs. Dans ce cas, il ne serait plus besoin pour l'entreprise de disposer d'une liste des documents. Elle serait déjà en possession de tout ce qu'elle va pouvoir consulter. La fourniture d'une liste ne serait donc qu'une solution de remplacement à l'envoi de documents avec la communication des griefs.

61 En ce qui concerne plus particulièrement la présente affaire, la Commission a indiqué que la requérante a eu tout de suite communication du matériel sur lequel elle se fondait parce qu'elle avait choisi la méthode consistant à envoyer les documents de preuve pertinents avec la communication des griefs. Par conséquent, la requérante aurait eu « accès au dossier ». Ce que n'ont eu ni la requérante ni

Solvay, ce serait la possibilité d'examiner l'ensemble des éléments recueillis par la Commission, soit parce qu'ils n'étaient pas pertinents, soit parce qu'ils contenaient des informations confidentielles. Par ailleurs, la seule base sur laquelle un document autre que les documents envoyés avec la communication des griefs aurait pu être divulgué à la requérante aurait été la démonstration par cette dernière que ce document était important pour un point de l'affaire, donnant ainsi à la Commission une indication de ce qu'elle devait chercher. Enfin, la requérante n'aurait jamais demandé spécifiquement à voir les documents saisis chez Solvay; en particulier, elle n'aurait pas avancé d'arguments relatifs aux conséquences d'un abus, par Solvay, de son éventuelle position dominante sur le marché continental pour l'évaluation des preuves retenues contre elle-même.

62 La Commission a ajouté que, en l'occurrence, les documents saisis chez la requérante et dans d'autres entreprises ont rempli plusieurs dizaines de classeurs, contenant chacun quelque 200 pages. Ces documents auraient été classés selon l'endroit où ils ont été trouvés et non pas selon qu'ils étaient pertinents au titre de l'article 85 ou de l'article 86. Il s'agirait des « dossiers » suivants:

i) dossier 1: documents internes, tels que projets de décision,

ii) dossiers 2 à 14: Solvay, Bruxelles,

iii) dossiers 15 à 19: Rhône-Poulenc,

iv) dossiers 20 à 23: CFK,

v) dossiers 24 à 27: Deutsche Solvay Werke,

vi) dossiers 28 à 30: Matthes & Weber,

vii) dossiers 31 à 38: Akzo,

viii) dossiers 39 à 49: ICI,

ix) dossiers 50 à 52: Solvay Espagne,

x) dossiers 53 à 58: « Akzo II » (nouvelle visite),

xi) dossier 59: visite chez des producteurs espagnols et nouvelle visite chez Solvay Bruxelles.

xii) Il existerait une dizaine d'autres dossiers qui contiennent la correspondance au titre de l'article 11 du règlement n° 17.

63 La Commission a admis qu'elle n'a pas établi une liste de tous les documents concernant la requérante. Elle considère toutefois qu'il n'en est pas pour autant résulté d'inconvénient pour cette dernière. En effet, une telle liste aurait été super-

flue en l'espèce. Pratiquement tous les documents utilisés dans la procédure au titre de l'article 86 du traité auraient émané de la requérante, laquelle aurait manifestement disposé de copies pour faire face à toute éventualité.

64 Dans ce contexte, la Commission a signalé que les listes de documents, lorsqu'elles sont établies, ne sont pas détaillées. Si une telle liste avait été établie en l'espèce, elle n'aurait été, de l'avis de la Commission, d'aucune utilité pour la requérante: tout au plus aurait-elle contenu un certain nombre de rubriques ou des numéros de pages, avec une indication très concise du type de document correspondant. Par ailleurs, le contenu des dossiers 39 à 49 aurait été connu de la requérante puisqu'il se serait agi de ses propres documents. Le contenu des autres dossiers lui serait également connu, du moins dans la mesure où la Commission s'est fondée sur des documents en faisant partie pour étayer ses allégations à l'encontre de la requérante et où elle les a donc joints à la communication des griefs. Les documents restants auraient revêtu un caractère confidentiel, conformément à l'article 20 du règlement n° 17, et auraient fait l'objet d'une demande expresse de traitement confidentiel, formulée par lettre de la requérante du 13 avril 1989 et par lettre de Solvay du 27 avril 1989. La requérante n'aurait donc pas été en mesure de les consulter, qu'elle ait reçu ou non une liste de documents. Enfin, la Commission ayant indiqué à la requérante, dans sa lettre du 31 mai 1990, les entreprises qui avaient reçu sa visite, rien n'aurait empêché la requérante de les approcher directement, si elle estimait qu'elles disposaient de documents pouvant lui être utiles.

Appréciation du Tribunal

Quant à la recevabilité et à la portée du moyen

65 Il y a lieu de constater d'emblée que le moyen tiré d'un refus de l'accès au dossier doit être subdivisé en trois branches. En effet, la requérante affirme, d'une part,

qu'elle n'a pas pu consulter les documents portant la cote IV, annexés à la quatrième partie de la communication des griefs adressée à Solvay au titre de l'article 86 du traité, bien que les relations existant entre les griefs articulés par la Commission au titre de l'article 86 et ceux articulés au titre de l'article 85 aient eu pour conséquence que les documents afférents à la procédure au titre de l'article 86 pouvaient être pertinents pour sa défense en l'espèce, les deux infractions alléguées se chevauchant très largement dans leurs effets (voir notamment les points 8.9, 8.10 et 14.3.7 de la requête). D'autre part, la requérante fait valoir qu'elle n'a pas eu accès aux parties du dossier qui contiennent d'autres documents provenant de Solvay qui auraient pu être utiles à sa défense (voir les points 2.8.3 et 2.8.7 de la requête).

66 La requérante allègue, enfin, que, tout comme Solvay, les autres producteurs communautaires de soude n'ont jamais exporté de soude vers le Royaume-Uni. Les documents émanant de ces producteurs pourraient révéler les raisons, tenant aux prix ou aux coûts, pour lesquelles ils se sont abstenus d'un tel commerce. Ces documents pouvaient donc, selon la requérante, être pertinents pour sa défense à l'encontre du grief qui lui était fait d'avoir participé avec Solvay à une pratique concertée par laquelle elles se seraient abstenues d'exporter leurs produits respectivement vers l'Europe continentale et vers le Royaume-Uni (voir notamment les points 2.8.3 et 2.8.7 de la requête).

67 Dans le cadre de chaque branche du moyen, la requérante présente l'argument selon lequel la Commission ne lui a même pas communiqué la liste des documents dont se composait le dossier (voir point 2.8.2 de la requête).

68 Le Tribunal estime que, contrairement aux doutes exprimés par la Commission, ces indications — qui ont été développées et approfondies dans la réplique et à l'audience — satisfont aux exigences d'un exposé sommaire des moyens invoqués, tel qu'il doit figurer dans la requête introductive d'instance, en vertu des articles 19, premier alinéa, du statut (CE) de la Cour et 38, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure de la Cour applicable lors de l'introduction du recours.

Quant au fond

69 Le Tribunal rappelle que l'accès au dossier dans les affaires de concurrence a pour objet de permettre aux destinataires d'une communication des griefs de prendre connaissance des éléments de preuve figurant dans le dossier de la Commission, afin qu'ils puissent se prononcer utilement, sur la base de ces éléments, sur les conclusions auxquelles la Commission est parvenue dans sa communication des griefs. L'accès au dossier relève ainsi des garanties procédurales visant à protéger les droits de la défense (arrêts Cimenteries CBR e.a./ Commission, précité, point 38, et BPB Industries et British Gypsum/Commission, précité, point 30). Or, le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions constitue un principe fondamental du droit communautaire, qui doit être observé en toutes circonstances, même s'il s'agit d'une procédure de caractère administratif. Le respect effectif de ce principe général exige que l'entreprise intéressée ait été mise en mesure, dès le stade de la procédure administrative, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits, griefs et circonstances allégués par la Commission (arrêt Hoffmann-La Roche/ Commission, précité, points 9 et 11).

70 Le Tribunal estime qu'une violation des droits de la défense doit dès lors être examinée en fonction des circonstances spécifiques de chaque cas d'espèce, en ce qu'elle dépend essentiellement des griefs retenus par la Commission pour établir l'infraction reprochée à l'entreprise concernée. Afin de savoir si le moyen en question, pris dans ses trois branches, est fondé, il y a donc lieu de procéder à un examen sommaire des griefs de fond que la Commission a retenus dans la communication des griefs et dans la décision attaquée.

— Sur les griefs et les moyens de preuve retenus par la Commission

71 A cet égard, il convient de constater, en premier lieu, que le reproche formulé dans la communication des griefs peut être résumé en ce sens que, depuis au moins le 1er janvier 1973, la requérante et Solvay ont participé à une pratique concertée, en

ce qu'elles ont continué, de concert, à respecter une entente antérieure définissant leurs territoires de ventes respectifs dans le domaine de la soude, en s'abstenant de se faire mutuellement concurrence. La Commission a reconnu qu'elle ne dispose pas de preuves directes de l'existence d'un accord exprès entre la requérante et Solvay, mais estime qu'il existe d'amples preuves de collusion dont il peut être inféré que l'entente originale, à savoir un accord dit « Page 1 000 » conclu en 1949, a continué à être mise en œuvre sous la forme d'une pratique concertée. En effet, les preuves documentaires démontreraient que

— la requérante et Solvay ont continué à avoir des relations de complète coopération, tenant davantage du partenariat que de la concurrence, destinées à coordonner leur stratégie globale dans le domaine de la soude et à éviter tout conflit d'intérêts entre elles,

— la base de ces relations continues a été le maintien des politiques commerciales mises en place à l'époque de la société Brunner, Mond & Co., c'est-à-dire la reconnaissance réciproque de sphères d'activité exclusives. Bien qu'il ait été formellement mis fin à l'entente antérieure, par un échange de lettres du 12 octobre 1972, ces relations se seraient poursuivies, aucune des parties n'ayant jamais concurrencé l'autre sur son marché dans la Communauté.

72 Toujours dans la communication des griefs, la Commission a considéré comme « un autre aspect important des relations commerciales étroites » entre la requérante et Solvay l'existence d'accords de « coproducteur » ou d'« achat pour revente » ayant pour finalité d'aider la requérante à respecter ses engagements de livraison pendant la période allant de 1983 à 1989. La Commission n'a toutefois pas considéré que ces accords constituaient en eux-mêmes des infractions distinctes.

73 Il y a lieu d'ajouter que la Commission a souligné, dans la communication des griefs, que le marché de la soude de l'Europe de l'Ouest était, à l'époque des faits, toujours caractérisé par une division en fonction de considérations nationales, les

producteurs ayant tendance à concentrer leurs ventes dans les États membres où ils possédaient des capacités de production. En particulier, il n'y aurait pas eu d'importations de Solvay, ni d'un autre producteur de la Communauté, susceptibles de concurrencer la requérante au Royaume-Uni. Il s'agirait là du principe dit du « marché intérieur » (home market). La communication des griefs se réfère, dans ce contexte, à des documents concernant d'autres producteurs ou provenant de ceux-ci (p. 11 et 12, documents II.18 à II.24), dont il ressortirait que, pendant de nombreuses années, tous les producteurs de soude dans la Communauté ont accepté ce principe, qui, par ailleurs, était toujours en vigueur pour la requérante et Solvay en 1982. La Commission a ajouté que, bien qu'il existe certains indices tendant à établir que Solvay et Akzo ont conclu en 1982 un accord sur les activités d'Akzo dans le domaine de la soude en Allemagne (annexe II.21 à la communication des griefs), ces éléments n'ont pas été considérés comme suffisants pour justifier l'ouverture d'une procédure au titre de l'article 85 du traité contre Solvay et Akzo.

74 Pour démontrer ces griefs, la Commission a annexé à la communication des griefs destinée à la requérante une série de documents portant la cote II. Seuls trois de ces documents (II.35, II.36 et II.38) sont, au moins en partie, identiques à des documents portant la cote IV utilisés dans la procédure dirigée contre Solvay au titre de l'article 86 (IV.28, IV.29 et IV.30). Tous les autres documents portant la cote IV n'ont donc pas été communiqués à la requérante.

75 En ce qui concerne, en second lieu, les griefs retenus dans la décision attaquée, il convient de rappeler que, selon l'article 1[er] de la décision, la pratique concertée a duré du 1[er] janvier 1973 jusqu'à au moins l'engagement de la procédure. Pour établir cette pratique concertée, la décision se base, dans son point 58, en substance, sur la conjonction de sept facteurs. Ainsi qu'il ressort dudit passage de la décision, tel qu'il a été précisé par la Commission elle-même à l'audience devant le Tribunal, ces facteurs peuvent être résumés en quatre éléments comme suit:

— l'absence de commerce de soude de la part de la requérante et de Solvay au-delà de la Manche durant toute la période considérée, soit plus de seize ans, qui serait le résultat de la politique de chaque producteur,

— la coïncidence exacte de cette absence de concurrence avec les termes des arrangements conclus antérieurement entre la requérante et Solvay, en dernier lieu l'accord dit « Page 1 000 » de 1949, dont la résiliation formelle n'aurait produit aucun changement dans la pratique de partage des marchés,

— la conclusion et la mise en œuvre d'accords d'« achat pour revente », consistant en la livraison de soude par Solvay à la requérante, pendant la période allant de 1983 à 1989, qui seraient des éléments « révélateurs » (voir note infrapaginale 1 au point 58 de la décision),

— des contacts fréquents entre la requérante et Solvay en vue de coordonner leur stratégie dans le secteur de la soude.

Il convient d'ajouter que le point 29 de la décision se réfère à des documents saisis chez plusieurs producteurs pour établir le respect de la règle du « marché intérieur ».

— Sur la défense de la requérante

76 Afin de vérifier si les possibilités de défense de la requérante contre ces griefs ont été affectées, il y a lieu de rappeler d'abord qu'une pratique concertée est caractérisée par la circonstance qu'elle substitue aux risques de la concurrence une coopération entre les entreprises qui réduit les incertitudes de chaque entreprise sur les attitudes qu'adopteront ses concurrents. Si ces incertitudes ne sont pas réduites, une pratique concertée fait défaut (voir l'arrêt de la Cour du 31 mars 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85 à C-129/85, Rec. p. I-1307, points 62 à 65).

77 Quant à la défense de la requérante, il convient de relever que celle-ci a fait valoir, en substance, que son comportement s'expliquait par une politique commerciale autonome et que, par conséquent, une pratique concertée n'était pas prouvée. Cette défense se trouve déjà dans la réponse à la communication des griefs (voir la « defence » du 31 mai 1990, p. 19 et suivantes, ci-dessus point 12). Elle a été répétée dans les observations présentées avant l'audition (« article 85 presentation », p. 3 et suivantes, ci-dessus point 13) et lors de l'audition même des 25 et 26 juin 1990 (p. 9 et suivantes du procès-verbal). Devant le Tribunal, cette défense a été répétée dans le cadre d'un moyen dirigé contre l'appréciation des preuves effectuée par la Commission dans la décision attaquée.

78 Par conséquent, il y a lieu d'examiner, à la lumière de la jurisprudence de la Cour sur la notion de la pratique concertée, si cette défense de la requérante a été affectée par la non-divulgation des documents visés par les trois branches du moyen en cause. Dans ce contexte, il n'appartient pas au Tribunal de statuer définitivement sur la valeur probante de tous les moyens de preuve utilisés par la Commission à l'appui de la décision attaquée. Pour constater une violation des droits de la défense, il suffit qu'il soit établi que la non-divulgation des documents en question a pu influencer, au détriment de la requérante, le déroulement de la procédure et le contenu de la décision. La possibilité d'une telle influence peut ainsi être établie après un examen provisoire de certains moyens de preuve qui ferait apparaître que les documents non divulgués ont pu avoir — au regard de ces moyens de preuve — une importance qui n'aurait pas dû être négligée. A supposer que les droits de la défense aient été violés, la procédure administrative et l'appréciation des faits dans la décision se trouveraient viciées.

79 Dans ce contexte, la Commission a exposé, en réponse à une question écrite du Tribunal, qu'il fallait notamment se référer aux preuves annexées à la communication des griefs, datant de périodes antérieures à 1973, à savoir aux anciens accords de partage de marché, en particulier à l'accord dit « Page 1 000 »; ces preuves pourraient être utilisées pour appuyer l'allégation d'une infraction ultérieure. Elle a expliqué qu'elle n'a pas mis en cause la période allant de 1962 à 1973, principalement parce que le Royaume-Uni n'était pas membre de la Communauté pendant cette période et que toute constatation d'une infraction aurait exigé une analyse différente des effets sur les échanges intracommunautaires.

80 Il s'ensuit que, pour évaluer sommairement la valeur probante des moyens de preuve utilisés par la Commission aux fins d'une mise en cause de la requérante, il y a lieu de distinguer trois périodes distinctes. Jusqu'à l'entrée en vigueur du traité CEE et à celle du règlement n° 17 en 1962, le comportement de la requérante et de Solvay doit être considéré comme légal. Pour la période suivante, qui se termine le 31 décembre 1972, les anciens accords de partage de marché n'ont été formellement mis en cause par la Commission, en application de la procédure contradictoire prévue à cet effet par le règlement n° 17, ni en raison de leurs objets et effets ni même en raison du caractère douteux de leur résiliation en 1972. Un tel reproche ne saurait non plus être présumé fondé, étant donné qu'il aurait nécessité, selon les propres affirmations de la Commission, une analyse économique spécifique en supplément de celle qui a été effectuée en l'espèce. La troisième période correspond à la durée de l'infraction constatée dans la décision.

81 Pour justifier l'utilisation des anciens accords comme moyens de preuve établissant l'existence d'une infraction postérieure, la Commission invoque l'arrêt du 15 juillet 1976, EMI Records (51/75, Rec. p. 811, point 30), dans lequel la Cour a jugé que, dans le cas d'ententes qui ont cessé d'être en vigueur, il suffit, pour que l'article 85 du traité soit applicable, qu'elles poursuivent leurs effets. La Commission ajoute que, dans l'affaire EMI Records, il s'agissait d'un accord qui était légal à l'époque de sa conclusion, alors qu'il s'agit, en l'espèce, d'accords illégaux dès l'origine. Par conséquent, la requérante et Solvay ayant continué, après la cessation formelle de leurs accords de partage de marché, à se comporter conformément aux accords, désormais résiliés, il y aurait lieu de considérer que ces accords ont continué à produire leurs effets.

82 A cet égard, il convient toutefois de rappeler que l'affaire EMI Records, dont la Cour a eu à connaître au titre de l'article 177 du traité, ne concerne pas une procédure telle que celle qui fait l'objet de la présente affaire, que la Commission a engagée en application du règlement n° 17 et au terme de laquelle elle a infligé une sanction pécuniaire. En outre, l'affaire EMI Records n'est pas caractérisée par la présence d'une période de dix ans pendant laquelle les comportements par ailleurs reprochés n'étaient pas mis en cause et pour laquelle la présomption d'innocence milite donc en faveur de l'entreprise concernée. Il s'agissait, au contraire, d'un

litige pendant devant une juridiction nationale entre deux titulaires de marques, qui portait sur l'étendue de leurs droits au regard des règles de concurrence et ne concernait pas l'imposition d'une amende. Par conséquent, le Tribunal estime que les considérations à la base de l'arrêt EMI Records invoquées par la Commission ne sauraient trouver application pour la solution du présent litige.

83 En l'espèce, la présomption d'innocence qui milite en faveur de la requérante exige que le Tribunal parte du point de vue que, jusqu'au 31 décembre 1972, aucune infraction ne peut être retenue contre la requérante. Dans ces circonstances, des éléments de preuve antérieurs à 1962, se référant à un comportement légal à l'époque, ne sauraient démontrer qu'à partir du 1er janvier 1973 la requérante et Solvay se sont concertées de manière illégale. La thèse opposée défendue par la Commission négligerait la possibilité que les deux entreprises aient voulu respecter le traité et aient renoncé à leur coopération antérieure, possibilité qui n'est pas exclue si l'on prend en considération la résiliation « formelle », intervenue en 1972, des accords antérieurs. En l'absence d'autres moyens de preuve, la thèse de la Commission reviendrait à présumer que, à partir d'une date fixée par la Commission, la requérante et Solvay ont commencé à violer les dispositions du traité en mettant en œuvre une pratique concertée. Une telle manière d'établir une infraction serait incompatible avec le respect de la présomption d'innocence.

84 Quant aux moyens de preuve se référant directement aux années pendant lesquelles la pratique concertée a — selon la Commission — été mise en œuvre, il convient de constater que les achats pour revente de la requérante auprès de Solvay se situent entre 1983 et 1989. Cependant, la requérante a contesté que ces contrats démontrent des contacts illicites avec Solvay étant donné qu'elle aurait recouru aux mêmes achats auprès d'autres producteurs, comme Akzo, contacts qui n'auraient pourtant pas été mis en cause par la Commission. Il s'agissait donc, selon la requérante, de transactions commerciales parfaitement normales. Par ailleurs, il convient de rappeler que la Commission a elle-même déclaré que ces achats pour revente ne constituent pas en eux-mêmes des infractions distinctes (note infrapaginale 1 au point 58 de la décision). Il y a lieu d'ajouter que des documents attestent de réunions entre la requérante et Solvay entre 1985 et 1988 (voir point 30 de la décision et les documents cotés II.30 à II.42). Pour la période à laquelle l'infraction a — selon la Commission — commencé, des documents relatifs à des réunions font

défaut. Il est à tout le moins discutable que, dans une telle situation, des documents datant d'une période postérieure permettent d'établir que l'infraction a déjà commencé presque dix années plus tôt, et ce d'autant plus que le document II.5 du 10 septembre 1982 fait état d'un nouvel équilibre dans les rapport (« new arms length relationship ») entre la requérante et Solvay, ce qui pourrait affaiblir l'hypothèse d'une pratique concertée.

85 Par conséquent, il s'avère que — comme dans l'affaire Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission — l'établissement d'un comportement parallèle et passif de la requérante et de Solvay est d'une importance particulière pour celui d'une éventuelle pratique concertée. Dans ce contexte, la Cour a jugé qu'un parallélisme de comportement ne peut être considéré comme apportant la preuve d'une concertation que si la concertation en constitue la seule explication plausible. La Cour en a conclu qu'il convient de vérifier si le parallélisme de comportement allégué par la Commission ne peut pas, compte tenu de la nature des produits, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume du marché en cause, s'expliquer autrement que par la concertation, en d'autres termes, si les éléments du comportement parallèle constituent un faisceau d'indices sérieux, précis et concordants d'une concertation préalable (voir l'arrêt Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission, précité, points 70 à 72).

86 En raison de la faiblesse des moyens de preuve documentaires relatifs, en particulier, à l'année 1973 et aux premières années qui ont suivi, la Commission, pour établir à suffisance de droit la pratique concertée reprochée à la requérante, aurait donc dû envisager, dès le stade de la communication des griefs, une appréciation économique globale et approfondie, notamment du marché en cause ainsi que de l'importance et du comportement des entreprises agissant sur ce marché. Or, le Tribunal estime que cette appréciation, pour être complète, objective et équilibrée, ne pouvait se dispenser de tenir compte ni des fortes positions que détenaient la requérante et Solvay sur les marchés géographiques respectifs, ni des pratiques de fidélisation des clients qui leur ont été reprochées dans le cadre des procédures ouvertes au titre de l'article 86 du traité, ni du comportement des autres producteurs communautaires de soude sur le marché continental.

— Sur la première branche du moyen, tirée de la non-divulgation, vis-à-vis de la requérante, des documents portant la cote IV

87 Le Tribunal estime, quant à la première branche du moyen, qu'il résulte de ce qui précède qu'une partie des documents portant la cote IV qui n'ont pas été communiqués à la requérante était susceptible d'étayer la défense de celle-ci. En effet, les documents se référant à la prétendue fidélisation des clients de Solvay pouvaient éventuellement contribuer à expliquer le comportement parallèle et passif reproché à la requérante d'une autre manière que par une concertation illicite. Dans le contexte d'un marché dont les structures, en particulier l'implantation des lieux de production et des lieux voisins de consommation de la soude par les clients, s'étaient développées depuis le siècle dernier et où les coûts de transport jouaient apparemment un rôle important, les documents témoignant d'une éventuelle fidélisation des clients de Solvay par un système de rabais élaboré pouvaient être utilisés par la requérante pour infirmer la thèse d'une pratique concertée. En effet, ces documents pouvaient éventuellement expliquer que le comportement passif reproché à la requérante était basé sur des décisions autonomes de celle-ci, motivées par la difficulté de pénétrer un marché dont l'accès était bloqué par une entreprise en position dominante. Cette analyse est renforcée par la considération que certains des moyens de preuve sur lesquels s'est appuyée la Commission n'avaient éventuellement pas la valeur probante ou, tout au moins, avaient une valeur moins forte que celle que la Commission leur a attribuée (voir ci-dessus points 79 et 81). En réponse à une question écrite du Tribunal, donc après la procédure administrative, la requérante a en effet exposé que la position dominante de Solvay sur le marché continental « a manifestement joué un rôle important dans la décision unilatérale » de la requérante de ne pas se livrer à « une stratégie de commercialisation active » visant ce marché.

88 Il est vrai que la Commission reproche à Solvay de n'avoir abusé d'une position dominante qu'à partir de 1983. Toutefois, la Commission considère elle-même que cette position dominante de Solvay était le prolongement direct de la forte position qui avait été établie par les accords de partage de marché antérieurs à 1973; en outre, la décision 91/299 se réfère explicitement à des facteurs révélateurs de la force économique de Solvay qui datent de la période antérieure à 1983, comme par

exemple les relations contractuelles de Solvay avec les grands verriers belges « jusqu'en 1978 » ou l'intervention, en janvier 1978, du gouvernement belge en faveur de Solvay (voir ci-dessus point 16).

89 Dans la mesure où la Commission affirme, en réponse à une question écrite du Tribunal, que c'est, au contraire, le fait pour chacune des deux entreprises dominantes de s'être tenue à l'écart du marché de l'autre, qui garantissait la position dominante de chacune sur « son propre marché », il y a lieu de répéter qu'il ne s'agit pas, dans le présent contexte, de donner une réponse définitive à cette question de fond, mais de vérifier si les possibilités de défense de la requérante ont été affectées par les conditions dans lesquelles la communication des griefs lui a été transmise et par celles dans lesquelles la Commission a ensuite instruit l'affaire.

90 Il convient d'ajouter que, certes, la requérante était au courant, d'une part, de la forte position que Solvay détenait sur le marché continental [voir la déclaration à la page 10 du procès-verbal de l'audition: « Solvay (is) by far the largest (producer) in the EEC » — « Solvay est de loin le plus grand producteur dans la Communauté »] et, d'autre part, de l'existence d'une procédure parallèle engagée contre Solvay au titre de l'article 86. En effet, le point 3 du résumé des griefs, figurant au début de la communication des griefs, fait état de l'ouverture de cette procédure contre Solvay et du grief soulevé à l'encontre du système de rabais de fidélité et de remises pratiqué par celle-ci. Cependant, ces circonstances n'infirment pas la constatation qu'au moins certains des documents portant la cote IV étaient susceptibles d'être utiles à sa défense.

91 Dans ce contexte, la Commission, renvoyant à sa lettre du 31 mai 1990, observe que ses fonctionnaires ont eux-mêmes examiné et réexaminé l'ensemble des documents en sa possession, sans avoir pour autant découvert d'élément de nature à disculper la requérante, ce qui rendrait inutiles tant la divulgation de ces documents que la fourniture d'une liste. A cet égard, il convient de souligner que, dans le cadre de la procédure contradictoire organisée par le règlement n° 17, il ne saurait

appartenir à la seule Commission de décider quels sont les documents utiles à la défense. En effet, s'agissant, comme en l'espèce, d'appréciations économiques difficiles et complexes à effectuer, la Commission doit donner aux conseils de l'entreprise concernée la possibilité de procéder à un examen des documents susceptibles d'être pertinents, en vue d'apprécier leur valeur probante pour la défense.

92 Cela est particulièrement vrai en matière de parallélisme de comportement, caractérisé par un ensemble d'agissements à priori neutres, où des documents sont susceptibles d'être interprétés dans un sens aussi bien favorable que défavorable aux entreprises concernées. Le Tribunal estime que, dans de telles circonstances, il faut éviter qu'une erreur éventuelle des fonctionnaires de la Commission, lorsqu'ils qualifient un document donné de pièce « neutre », qui, en tant qu'élément inutile, ne sera pas divulgué aux entreprises, puisse porter atteinte à la défense de ces entreprises. La thèse contraire défendue par la Commission aurait pour conséquence qu'une telle erreur ne pourrait pas être découverte à temps, avant la décision de la Commission, sauf dans le cas exceptionnel d'une coopération spontanée entre les entreprises concernées, ce qui présenterait des risques inacceptables pour la bonne administration de la justice (voir ci-après point 96).

93 Compte tenu du principe général de l'égalité des armes qui présuppose dans une affaire de concurrence que l'entreprise concernée ait une connaissance du dossier utilisé dans la procédure égale à celle dont dispose la Commission, la thèse de la Commission ne saurait être retenue. Le Tribunal ne peut pas admettre que la Commission, en statuant sur l'infraction, ait disposé seule des documents portant la cote IV et ait donc pu décider seule de les utiliser ou non contre la requérante, alors que celle-ci n'y avait pas accès et n'a donc pas pu prendre la décision correspondante de les utiliser ou non pour sa défense. Dans une telle hypothèse, les droits de la défense dont bénéficie la requérante lors de la procédure administrative subiraient une trop grande restriction par rapport aux pouvoirs de la Commission, qui cumulerait la fonction de l'autorité qui notifie les griefs avec celle de l'autorité qui décide tout en ayant une connaissance plus approfondie du dossier que la défense.

94 Par conséquent, la Commission ne pouvait, en l'espèce, procéder à une dissociation des moyens de preuve — d'une part, quant à l'infraction reprochée au titre de l'article 85 et, d'autre part, quant à celle reprochée au titre de l'article 86 — dans la communication des griefs, dissociation qui s'est poursuivie lors de l'instruction postérieure et lors des délibérations du collège des membres de la Commission avec pour conséquence l'adoption de plusieurs décisions distinctes. Cette manière de procéder a empêché la requérante d'examiner les documents portant la cote IV qui n'ont été utilisés que contre Solvay. Il s'ensuit que, dès la communication des griefs, la Commission a, sous réserve des objections examinées ci-après, violé les droits de la défense de la requérante, en excluant de la procédure des documents dont elle disposait et qui étaient éventuellement susceptibles d'être utiles à la défense de la requérante. Il y a lieu d'ajouter qu'une telle violation des droits de la défense a un caractère objectif et ne dépend pas de la bonne ou la mauvaise foi des fonctionnaires de la Commission.

95 Pour infirmer la constatation d'une violation des droits de la défense, la Commission fait valoir, tout d'abord, que Solvay aurait pu transmettre à la requérante les documents qui émanaient d'elle et qui étaient utiles à sa propre défense. Une telle approche méconnaît cependant que la défense d'une entreprise ne peut pas dépendre de la bonne volonté d'une autre entreprise qui est censée être sa concurrente et contre laquelle des reproches similaires ont été soulevés par la Commission. L'instruction correcte d'une affaire de concurrence étant à la charge de la Commission, celle-ci ne peut pas la déléguer aux entreprises dont les intérêts économiques et procéduraux sont souvent opposés. En effet, la requérante aurait pu essayer, en l'espèce, de démontrer l'existence d'une position dominante de Solvay, tandis que celle-ci avait tout intérêt à la nier.

96 Par conséquent, il est sans pertinence pour la violation des droits de la défense que la requérante et Solvay aient procédé à un certain échange de documents, d'abord pendant la procédure administrative lorsque la requérante a transmis des documents à Solvay (voir point 12 de l'arrêt de ce jour, Solvay/Commission, T-30/91, Rec. p. II-1775) et surtout à partir du moment où les deux sociétés n'étaient plus concurrentes sur le marché en cause, c'est-à-dire fin 1991. Une telle coopération des entreprises, par ailleurs aléatoire, ne peut en aucun cas éliminer le devoir de la Commission de garantir elle-même, pendant l'instruction d'une infraction au droit de la concurrence, le respect des droits de la défense des entreprises concernées.

97 En outre, la Commission s'est référée à la confidentialité qu'elle devait respecter pour protéger les secrets d'affaires d'entreprises tierces, en particulier ceux de Solvay, qui, dans ses lettres des 27 avril et 18 septembre 1989, se serait prévalue du caractère confidentiel de la totalité des documents émanant d'elle parvenus en possession de la Commission. Elle ajoute que, par ailleurs, la requérante avait réclamé, par lettres des 13 avril et 14 septembre 1989, une protection semblable.

98 A cet égard, il y a lieu de rappeler tout d'abord que, selon un principe général qui s'applique pendant le déroulement de la procédure administrative et dont l'article 214 du traité ainsi que diverses dispositions du règlement n° 17 constituent l'expression, les entreprises ont droit à la protection de leurs secrets d'affaires (voir l'arrêt Akzo I, précité, point 28, et l'arrêt de la Cour du 19 mai 1994, SEP/Commission, C-36/92 P, Rec. p. I-1911, point 36). Le Tribunal estime toutefois que ce droit doit être mis en balance avec la garantie des droits de la défense.

99 Ainsi que la Commission l'a indiqué en réponse à une question du Tribunal, elle dispose, dans un tel cas de figure, de deux possibilités. Elle peut soit annexer à la communication des griefs tous les documents qu'elle veut utiliser pour démontrer les griefs soulevés, y compris les éléments pouvant « clairement » être considérés comme de nature à disculper l'entreprise concernée, soit envoyer à celle-ci une liste des documents pertinents et lui permettre d'avoir accès « au dossier », c'est-à-dire de consulter les documents dans les locaux de la Commission (voir également le Dix-huitième Rapport de la Commission sur la politique de concurrence, publié en 1989, p. 53).

100 En l'espèce, la Commission ne peut pas justifier son refus total de divulgation par l'affirmation que la requérante et Solvay, dans les lettres susmentionnées, avaient elles-mêmes sollicité un traitement confidentiel de leurs documents. En effet, ces lettres sont formulées en des termes très généraux qui peuvent être interprétés en ce sens que seule la confidentialité de certaines informations sensibles figurant dans

ces documents devait être sauvegardée, par exemple par la suppression des passages correspondants. Par ailleurs, la Commission a elle-même interprété la lettre de la requérante en ce sens, étant donné que, dans sa lettre de réponse du 24 avril 1989, elle a explicitement déclaré que ces documents, au cas où ils présenteraient un intérêt pour l'établissement d'une infraction, devraient être communiqués aux entreprises concernées et que seuls les éléments ayant trait à de véritables secrets d'affaires seraient supprimés.

101 Il y a lieu d'ajouter que la Commission a effectivement utilisé des documents identiques, soit dans leur version intégrale soit dans une version partiellement occultée, dans le cadre des trois procédures distinctes engagées au titre des articles 85 et 86 du traité à l'encontre de la requérante et de Solvay, dans les annexes communes portant la cote II, d'une part, et les annexes dissociées portant les cotes IV et V, d'autre part. C'est ce que démontre, par exemple, l'identité partielle des annexes IV.19 et V.23, IV.24 et V.34, IV.29 et V.41, IV.28 et II.35, V.40 et II.34 ainsi que V.32 et II.33. Ainsi, la Commission, lorsqu'elle l'estimait nécessaire, n'a aucunement tenu compte de la prétendue confidentialité globale des documents en cause.

102 Par conséquent, le fait pour la Commission d'avoir exclu les documents portant la cote IV de la procédure dirigée contre la requérante ne saurait non plus être justifié par la nécessité de protéger les secrets d'affaires de Solvay. La Commission aurait pu protéger ces secrets en éliminant les passages sensibles dans les copies des documents transmises à la requérante, conformément à une pratique générale de la DG IV dans ce domaine, qui a même été suivie en partie dans les présentes affaires.

103 Si la protection des secrets d'affaires de Solvay ou d'autres données sensibles par la préparation de versions non confidentielles de tous les documents en question s'avérait difficile, la Commission aurait pu utiliser la seconde méthode, à savoir transmettre à la requérante une liste des documents portant la cote IV. Dans cette hypothèse, la requérante aurait pu demander à avoir accès à des documents

spécifiques contenus dans les « dossiers » de la Commission. Avant de lui accorder l'accès à des documents contenant éventuellement des secrets d'affaires, la Commission aurait pu contacter Solvay pour évaluer quels passages se référaient à des données sensibles et devaient donc être cachés à la requérante. Ensuite, celle-ci aurait pu obtenir l'accès aux documents expurgés des secrets commerciaux de Solvay.

104 La finalité d'une telle liste imposait que les indications y figurant fournissent à la requérante des informations suffisamment précises pour lui permettre de déterminer, en connaissance de cause, si les documents décrits étaient susceptibles d'être pertinents pour sa défense. Quant aux questions de confidentialité, la requérante devait pouvoir identifier le document précis prétendument non accessible, provenant de Solvay, afin d'être à même de discuter avec celle-ci si elle était disposée à renoncer à la confidentialité. Contrairement aux affirmations de la Commission, il ne suffisait donc pas que la requérante ait su que Solvay avait fait l'objet d'une enquête effectuée par la Commission.

105 Il résulte des considérations qui précèdent que le traitement confidentiel éventuellement à réserver aux documents et/ou à la liste qui devaient être fournis à la requérante ne justifiait aucunement le refus total de divulgation opposé par la Commission. Dès lors, il y a lieu de constater que, faute d'avoir procédé, lors de l'envoi de la communication des griefs, à la divulgation des documents portant la cote IV, soit sous la forme d'annexes à la communication soit sous celle d'une liste, la Commission a violé les droits de la défense dont bénéficiait la requérante.

106 Il convient d'examiner ensuite si une telle violation des droits de la défense est indépendante de la manière dont l'entreprise concernée s'est comportée lors de la procédure administrative et si cette entreprise était obligée de demander que la Commission lui accorde l'accès à son dossier ou lui fasse parvenir des documents déterminés. Dans ce contexte, il y a lieu de relever que ni le règlement n° 17 ni le règlement n° 99/63/CEE de la Commission, du 25 juillet 1963, relatif aux auditions

prévues à l'article 19, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 17 (JO 1963, 127, p. 2268), ne prévoient l'introduction préalable d'une telle demande ou la forclusion des droits de la défense en son absence. Dans le cas d'espèce, force est de constater que, en tout état de cause, la requérante a introduit au cours de la procédure administrative, par sa lettre du 23 mai 1990, une demande visant à obtenir l'« accès au dossier » et la fourniture d'une liste. A l'audition, cette demande n'a pas été examinée, le conseiller-auditeur de la Commission l'ayant renvoyée à la décision du Tribunal.

107 L'appréciation du Tribunal n'est pas contredite par l'arrêt AEG/ Commission, précité. La Cour y a jugé que certains documents à charge utilisés contre une entreprise devaient être annexés à la communication des griefs et que la méconnaissance de cette obligation avait pour conséquence l'éviction des documents en cause. Dans l'affaire AEG/Commission, le moyen tiré d'une violation des droits de la défense n'avait cependant, selon l'arrêt précité, pas de portée générale et n'impliquait donc pas l'irrégularité de la procédure dans son ensemble. Par conséquent, la Cour a examiné si, après l'exclusion des documents en question, les griefs pouvaient encore être considérés comme prouvés (point 30 de l'arrêt précité). A la différence de l'affaire AEG/Commission, il y a lieu de constater que, en l'espèce, la défense de la requérante a été affectée d'une manière générale par la non- divulgation illicite de certains documents qui n'étaient pas précisément des documents à charge, mais des documents susceptibles d'être utiles à la défense.

108 Il y a lieu de souligner que la violation des droits de la défense intervenue au stade de la procédure administrative ne saurait non plus être régularisée lors de la procédure devant le Tribunal, qui se limite à un contrôle juridictionnel dans le seul cadre des moyens soulevés et qui ne peut donc pas remplacer une instruction complète de l'affaire dans le cadre d'une procédure administrative. En effet, si la requérante avait pu se prévaloir, lors de la procédure administrative, des documents susceptibles de la disculper, elle aurait éventuellement pu influencer les appréciations portées par le collège des membres de la Commission, au moins en ce qui concerne la valeur probante du comportement parallèle et passif qui lui était reproché pour le début et donc pour la durée de l'infraction. Le Tribunal ne peut, dès lors, pas exclure que la Commission aurait retenu une infraction moins longue et moins grave et aurait, par conséquent, fixé une amende moins élevée.

109 Par conséquent, il y a lieu d'accueillir la première branche du moyen et d'annuler la décision attaquée dans la mesure où elle concerne la requérante (voir arrêt Cimenteries CBR e.a./Commission, précité, point 47).

— Sur la deuxième branche du moyen, tirée de la non-divulgation, vis-à-vis de la requérante, d'autres documents émanant de Solvay

110 A la différence des conditions d'examen de la première branche du moyen, le Tribunal ne connaît pas les documents de Solvay autres que les documents portant la cote IV, qui, suite au refus de la Commission, n'ont pas été rendus accessibles à la requérante. Cependant, la requérante a fait valoir à juste titre qu'une pratique concertée entre deux entreprises n'est plus établie si la Commission doit constater que l'une des deux a agi de manière autonome, sans collusion avec son prétendu partenaire. En l'espèce, si Solvay avait pu se disculper, la Commission n'aurait pas pu non plus retenir à l'encontre de la requérante le grief d'une pratique concertée. Par conséquent, les documents se référant aux comportements de Solvay étaient également susceptibles d'être utiles à la défense de la requérante.

111 Il y a lieu de répéter qu'il n'appartenait pas à la Commission de décider seule si les documents saisis dans le cadre de l'instruction des présentes affaires étaient de nature à disculper les entreprises concernées. Le principe de l'égalité des armes et son émanation dans les affaires de concurrence, l'égalité du niveau d'information dont doivent disposer la Commission et la défense, exigeaient que la requérante puisse apprécier la valeur probante des documents émanant de Solvay que la Commission n'avait pas annexés à la communication des griefs. Le Tribunal ne peut pas admettre que la Commission, en statuant sur l'infraction, ait disposé seule des documents contenus dans les « dossiers » 2 à 14 (Solvay, Bruxelles), 50 à 52 (Solvay Espagne) et 59 et ait donc pu décider seule de les utiliser ou non pour établir l'infraction, alors que la requérante n'y a pas eu accès et n'a donc pas pu prendre la décision correspondante de les utiliser ou non pour sa défense. Par conséquent, la Commission aurait au moins dû établir une liste suffisamment détaillée permettant

à la requérante d'évaluer l'opportunité de demander à avoir accès à des documents de Solvay spécifiques susceptibles d'être utiles à la défense des deux partenaires de la prétendue pratique concertée. Étant donné qu'on ne peut pas exiger de la requérante qu'elle démontre la valeur probante des documents particuliers disculpant éventuellement Solvay — lesquels, faute d'une liste, lui sont inconnus —, la possibilité que de tels documents existent doit suffire pour constater une violation des droits de la défense. Il s'ensuit qu'une deuxième violation des droits de la défense est établie.

112 Le Tribunal ne méconnaît pas que la préparation de listes et l'éventuelle protection des secrets d'affaires précédant « l'accès au dossier » entraînent une charge administrative considérable pour les services de la Commission, comme celle-ci l'a fait valoir à l'audience. Cependant, le respect des droits de la défense ne saurait se heurter à des difficultés techniques et juridiques qu'une administration efficiente peut et doit surmonter.

113 Il y a lieu de répéter que le vice affectant la procédure administrative ne saurait être régularisé lors de la procédure devant le Tribunal, qui se limite à un contrôle juridictionnel dans le seul cadre des moyens soulevés et qui ne peut donc pas remplacer une instruction complète de l'affaire dans le cadre d'une procédure administrative. En effet, si la requérante avait, par le biais d'une liste appropriée, découvert des documents de Solvay disculpant les deux entreprises, elle aurait éventuellement pu, pendant la procédure administrative, influencer les appréciations portées par la Commission. Dès lors, il convient d'accueillir la deuxième branche du moyen.

— Sur la troisième branche du moyen, tirée de la non-divulgation, vis-à-vis de la requérante, des documents d'autres producteurs communautaires de soude

114 Quant à l'accès aux « dossiers » contenant les documents provenant des autres producteurs continentaux de soude (voir ci-dessus point 62), le Tribunal rappelle

qu'il est constant entre les parties que ces producteurs, tout comme Solvay, ne se sont pas livrés au commerce de soude au-delà de la Manche, sans que la Commission leur ait pour autant reproché d'avoir participé à une pratique concertée, et cela malgré sa constatation, tant dans la communication des griefs qu'aux points 28 et 29 de la décision, de l'existence d'un principe dit du « marché intérieur », qui aurait été respecté strictement par tous les producteurs jusqu'aux années 70. La Commission s'est référée à cet effet, dans la communication des griefs et dans la décision, à des documents saisis chez « plusieurs » producteurs.

115 Les pratiques des autres producteurs n'ayant pas été mises en cause, le Tribunal ne peut pas exclure que ces producteurs ont limité leurs ventes de soude à l'Europe de l'Ouest continentale pour des raisons économiques autonomes, objectives et licites. Le même raisonnement permet au Tribunal de constater qu'on ne peut pas exclure que la stratégie commerciale identique de Solvay ait été orientée par des raisons du même type. Dans ce cas, le comportement parallèle et passif de Solvay pourrait, au sens de la jurisprudence Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission, susmentionnée, s'expliquer autrement que par une concertation préalable avec la requérante. Ainsi, le reproche d'une action concertée ne pourrait pas non plus être maintenu à l'égard de la requérante. Dans une telle optique, des documents se référant au comportement des autres producteurs auraient donc également pu être utiles à la défense de la requérante.

116 Il résulte des considérations relatives aux première et deuxième branches du moyen que la Commission aurait dû, dans les conditions spécifiques de l'espèce, établir également une liste des documents figurant dans les « dossiers » des autres producteurs mentionnés au point 62. Encore une fois, il y a lieu de constater que la Commission disposait de ces documents et que, si elle avait pris la décision de ne pas les utiliser pour établir l'infraction, l'égalité des armes exigeait néanmoins que la requérante ait la possibilité de prendre la décision correspondante de les utiliser ou non pour sa défense.

117 En outre, il y a lieu de relever que certains documents concernant d'autres producteurs ou provenant de ceux-ci ont été utilisés comme moyens de preuve par la Commission. Dans ces circonstances, la requérante avait le droit de demander au

moins une liste des autres documents figurant dans les dossiers en question, afin de vérifier éventuellement leur contenu exact et leur utilité pour sa défense. En particulier, elle avait droit à avoir accès aux dossiers 31 à 38 et 53 à 58 provenant d'Akzo, étant donné que les relations entre Solvay et Akzo ont été examinées au point 29 de la décision pour démontrer le respect du principe dit du « marché intérieur », qui est l'un des arguments invoqués par la Commission pour établir l'infraction. Par son refus de fournir une liste, la Commission a donc affecté les droits de la défense de la requérante. Étant donné qu'on ne peut pas demander à la requérante de démontrer, sur la base de documents qui, faute d'une liste, lui sont inconnus, qu'une entreprise comme Akzo ou Matthes & Weber a pris, de manière autonome, la décision de ne pas exporter au Royaume-Uni et étant donné que le contexte économique d'une telle décision autonome est transposable à Solvay, la possibilité que de tels documents existent doit suffire pour constater une violation des droits de la défense. Il s'ensuit qu'une troisième violation des droits de la défense est établie.

118 Par conséquent, il y a lieu d'accueillir le moyen tiré d'une violation des droits de la défense, dans ses trois branches, et d'annuler la décision attaquée dans la mesure où elle concerne la requérante, sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les conclusions subsidiaires de la requérante visant à obtenir des mesures d'instruction permettant l'examen des dossiers par ses conseils ou par le Tribunal lui-même. Il n'est pas non plus besoin d'examiner les autres moyens soulevés à l'appui des conclusions en annulation, en particulier le moyen tiré d'un manque d'objectivité, attesté par des suppressions dans les documents annexés à la deuxième partie de la communication des griefs, le moyen tiré de ce que les preuves invoquées à l'appui de certaines constatations dans la décision n'auraient pas été communiquées à la requérante et le moyen tiré de l'authentification irrégulière de la décision attaquée, qui ne porte pas sur toute la procédure administrative devant la Commission (voir, sur ce dernier point, l'arrêt de ce jour, Solvay/Commission, T-32/91, Rec. p. II-1825).

Sur les dépens

119 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce

sens. La Commission ayant succombé en ses conclusions, il y a lieu de la condamner à supporter les dépens de l'instance, sans qu'il soit besoin de prendre en considération le désistement partiel de la requérante quant à ses conclusions visant à obtenir une déclaration d'inexistence de la décision.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (première chambre élargie)

déclare et arrête:

1) La décision 91/297/CEE de la Commission, du 19 décembre 1990, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.133-A: Carbonate de soude — Solvay, ICI), est annulée dans la mesure où elle concerne la requérante.

2) La Commission est condamnée aux dépens.

Cruz Vilaça Barrington Saggio

Kirschner Kalogeropoulos

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 29 juin 1995.

Le greffier Le président

H. Jung J. L. Cruz Vilaça