Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MELCHIOR WATHELET
présentées le 25 juin 2015 [1]

Affaire C-373/14 P

Toshiba Corporation
contre

Commission européenne

«Pourvoi — Ententes — Marché des transformateurs de puissance — Accord verbal de répartition des marchés ('Gentlemen's agreement') — Notion de restriction de concurrence par objet — Critère de la distanciation publique — Point 18 des lignes directrices de 2006»

1. Par le présent pourvoi, Toshiba Corporation demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne Toshiba/Commission (T-519/09, EU:T:2014:263, ci-après l'«arrêt attaqué»), par lequel celui-ci a rejeté son recours tendant à l'annulation de la décision C (2009) 7601 final de la Commission, du 7 octobre 2009, relative à une procédure d'application de l'article 81 CE (COMP/39.129 – Transformateurs de puissance, ci-après la «décision litigieuse»).

2. Par ce recours, la Cour est de nouveau amenée à se pencher sur la notion de restriction de concurrence «par objet», au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE (devenu article 101, paragraphe 1, TFUE), et, plus précisément, à indiquer les éléments d'analyse nécessaires pour établir les conditions dans lesquelles une pratique peut constituer une telle restriction.

3. La notion de «distanciation publique» et le point 18 des lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) nº 1/2003 [2] (ci-après les «lignes directrices de 2006») sont également au cœur de la présente procédure.

1 — Langue originale: le français.

2 — JO 2006, C 210, p. 2.

I – Le cadre juridique

A – *Le droit de l'Union*

1. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

4. Selon l'article 101, paragraphe 1, TFUE:

«Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à:

a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,

b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,

c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,

d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.»

2. Les lignes directrices de 2006

5. Selon le point 13 des lignes directrices de 2006:

«En vue de déterminer le montant de base de l'amende à infliger, la Commission utilisera la valeur des ventes de biens ou de services, réalisées par l'entreprise, en relation directe ou indirecte avec l'infraction, dans le secteur géographique concerné à l'intérieur du territoire de l'EEE [Espace économique européen]. La Commission utilisera normalement les ventes de l'entreprise durant la dernière année complète de sa participation à l'infraction […]».

6. Toutefois, le point 18 des lignes directrices de 2006 déroge à cette règle en énonçant:

«Lorsque l'étendue géographique d'une infraction dépasse le territoire de l'[EEE] (par exemple dans le cas de cartels mondiaux), les ventes concernées de l'entreprise à l'intérieur de l'EEE peuvent ne pas refléter de manière adéquate le poids de chaque entreprise dans l'infraction. Tel peut en particulier être le cas d'accords mondiaux de répartition de marché.

Dans de telles circonstances, en vue de refléter tout à la fois la dimension agrégée des ventes concernées dans l'EEE et le poids relatif de chaque entreprise dans l'infraction, la Commission peut estimer la valeur totale des ventes des biens ou services en relation avec l'infraction dans le secteur géographique (plus vaste que l'EEE) concerné, déterminer la part des ventes de chaque entreprise participant à l'infraction sur ce marché et appliquer cette part aux ventes agrégées de ces mêmes entreprises à l'intérieur de l'EEE. Le résultat sera utilisé à titre de valeur des ventes aux fins de la détermination du montant de base de l'amende.»

7. Le point 37 des lignes directrices de 2006 précise enfin que, «[b]ien que les présentes lignes directrices exposent la méthodologie générale pour la fixation d'amendes, les particularités d'une affaire donnée ou la nécessité d'atteindre un niveau dissuasif dans une affaire particulière peuvent justifier que la Commission s'écarte de cette méthodologie ou des limites fixées au point 21».

II – Les antécédents du litige

8. Le secteur concerné par la présente affaire est celui des transformateurs de puissance, des autotransformateurs et des bobines en dérivation avec une gamme de tensions supérieures ou égales à 380 kV. Un transformateur de puissance est un composant électrique essentiel dont la fonction est de réduire ou d'augmenter la tension dans un circuit électrique.

9. Toshiba Corporation (ci-après «Toshiba») est une société japonaise active essentiellement dans trois domaines d'activités: les produits numériques, les appareils et composants électroniques ainsi que les systèmes d'infrastructure.

10. S'agissant des activités de cette société dans le secteur en cause, il convient de distinguer deux phases pendant la période prise en compte par la Commission dans son investigation (allant du 9 juin 1999 au 15 mai 2003, ci-après la «période pertinente»). Entre le 9 juin 1999 et le 30 septembre 2002, Toshiba était active par le biais de sa filiale Power System Co. À partir du 1er octobre 2002, l'activité de la requérante a été exercée par l'intermédiaire de TM T&D, une entreprise commune entre Toshiba et Mitsubishi Electric dans laquelle ces deux entreprises avaient réuni leur production de transformateurs de puissance.

11. Le 30 septembre 2008, la Commission a décidé d'engager une procédure concernant le marché des transformateurs de puissance. La communication des griefs a été adoptée le 20 novembre 2008. Toshiba y a répondu le 19 janvier 2009. L'audition s'est tenue le 17 février 2009.

12. Par la décision litigieuse, la Commission a constaté que Toshiba avait participé, tout au long de la période pertinente, à une entente illicite couvrant l'ensemble du territoire de l'EEE et le Japon. L'entente consistait en un accord conclu oralement entre les producteurs européens et les producteurs japonais de transformateurs de puissance, lequel avait pour objet de respecter les marchés intérieurs de chacun de ces deux groupes de producteurs de transformateurs, en s'abstenant d'y effectuer des ventes (ci-après le «gentlemen's agreement»).

13. La Commission a qualifié ce gentlemen's agreement de restriction de la concurrence par objet.

14. Aux paragraphes 165 à 169 de la décision litigieuse, elle a examiné l'argument de certaines des entreprises visées par la procédure en cause, selon lequel cette entente n'avait pas d'impact sur la concurrence, les producteurs japonais et européens n'étant pas concurrents en raison des barrières insurmontables à l'entrée sur le marché de l'EEE. À cet égard, elle a fait valoir, en substance, que le producteur coréen Hyundai avait récemment pénétré le marché européen des transformateurs de puissance et que les entreprises japonaises avaient enregistré des ventes considérables aux États-Unis. Or, ces entreprises n'avaient pas réussi à établir que les barrières à l'entrée sur le marché américain étaient très différentes de celles à l'entrée sur le marché européen.

15. S'agissant de l'organisation du gentlemen's agreement, la Commission a relevé que chaque groupe de producteurs devait nommer une entreprise secrétaire. Elle a également constaté que l'accord de répartition de marché était complété par un second accord visant à notifier au secrétaire d'un des groupes les appels d'offres provenant du territoire de l'autre groupe et ce afin de les réattribuer.

16. Par ailleurs, la Commission a retenu que, pendant la période pertinente, les entreprises s'étaient réunies une ou deux fois par an, les réunions s'étant déroulées à Malaga, du 9 au 11 juin 1999, à Singapour le 29 mai 2000, à Barcelone, du 29 octobre au 1er novembre 2000, à Lisbonne, les 29 et 30 mai 2001, à Tokyo, les 18 et 19 février 2002, à Vienne, les 26 et 27 septembre 2002 (ci-après la «réunion de Vienne») et à Zurich, les 15 et 16 mai 2003 (ci-après la «réunion de Zurich»). Selon la Commission, ces réunions servaient notamment à confirmer le gentlemen's agreement.

17. Eu égard à l'ensemble de ces considérations, la Commission a constaté que Toshiba avait violé l'article 81 CE et l'article 53 de l'accord EEE. Elle lui a, en conséquence, infligé une amende s'élevant à 13,2 millions d'euros. TM T&D et Mitsubishi Electric n'ont pas été visées par la décision litigieuse.

III – La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué

18. Par requête déposée au greffe du Tribunal le 23 décembre 2009, Toshiba a formé un recours en annulation contre la décision litigieuse en invoquant quatre moyens. Le présent pourvoi ne concerne que les considérations du Tribunal en réponse à trois des moyens invoqués devant lui.

19. S'agissant de l'examen du deuxième moyen, lequel portait notamment sur l'existence d'une restriction de la concurrence, le Tribunal a jugé, en premier lieu, que c'était à bon droit que la Commission avait conclu à la qualification du gentlemen's agreement en tant que pratique ayant par objet la restriction de la concurrence, et que, par conséquent, il n'était pas nécessaire de démontrer ses effets anticoncurrentiels.

20. En second lieu, il a analysé l'argument de Toshiba selon lequel, en dépit de sa nature, le gentlemen's agreement n'était pas susceptible de restreindre la concurrence au motif que les producteurs japonais n'étaient pas concurrents des entreprises européennes sur le marché de l'EEE. À cet égard, le Tribunal a relevé que la question de savoir si une entente avait pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence, devait être examinée non seulement à la lumière du contenu de l'accord mais aussi du contexte économique dans lequel celui-ci s'inscrivait et que, eu égard au fait que l'article 101 TFUE protège non seulement la concurrence effective mais aussi la concurrence potentielle, un accord tel que le gentlemen's agreement était susceptible de restreindre la concurrence, réelle ou potentielle, à moins qu'il n'existât des barrières insurmontables à l'entrée sur le marché européen, excluant ainsi toute concurrence de la part des producteurs japonais.

21. Afin de déterminer si les barrières à l'entrée étaient, en l'espèce, insurmontables, le Tribunal a relevé, tout d'abord, que l'existence même du gentlemen's agreement pouvait être considérée comme un indice fort de l'existence d'une relation concurrentielle entre les producteurs japonais et européens.

22. Ensuite, le Tribunal a constaté, en se référant aux paragraphes 91 à 98 de la décision litigieuse, que le producteur japonais Hitachi avait accepté des projets provenant de clients européens. Il a relevé, par ailleurs, que, dans la lettre du 30 mars 2009, adressée par Hitachi à la Commission pendant la procédure administrative (ci-après la «lettre d'Hitachi»), cette société était revenue sur ses affirmations, en déclarant qu'elle acceptait les conclusions de la Commission relatives à l'existence et à la portée du gentlemen's agreement, telles qu'elles étaient exposées dans la communication des griefs.

23. S'agissant du troisième moyen, lequel visait, entre autres, la prétendue distanciation de Toshiba de l'entente, le Tribunal a commencé par rappeler que, lorsqu'une entreprise participe, même sans y prendre une part active, à des réunions ayant un objet anticoncurrentiel et qu'elle ne se distancie pas publiquement du contenu de celles-ci, donnant ainsi à penser aux autres entreprises qu'elle est partie à l'entente résultant desdites réunions, il peut être considéré qu'elle a participé à l'entente en question.

24. Ensuite, tout en admettant que les documents disponibles étaient susceptibles de créer des doutes sur la participation de Toshiba au gentlemen's agreement postérieurement à la réunion de Vienne, le Tribunal a considéré que les mêmes documents ne pouvaient pas démontrer que Toshiba s'était déjà distanciée du gentlemen's agreement lors de cette réunion.

25. En effet, comme il ressortait de ces documents que les entreprises participantes à la réunion de Vienne avaient confirmé l'entente illicite et les règles de notification des projets y prévues, il en découlait, selon le Tribunal, que les parties au gentlemen's agreement, y compris Toshiba, avaient voulu prolonger cet accord, en tout cas, jusqu'à la réunion suivante.

26. S'agissant des arguments relatifs à la participation de Toshiba à l'entente jusqu'à la réunion de Zurich ainsi qu'à la prétendue absence d'objet anticoncurrentiel de cette réunion, le Tribunal a considéré qu'ils étaient inopérants car ils n'étaient pas susceptibles de remettre en cause la conclusion de la Commission selon laquelle Toshiba avait participé au gentlemen's agreement jusqu'au 15 mai 2003.

27. Il a, par ailleurs, constaté que Toshiba ne pouvait prétendre avoir mis fin à sa participation à l'entente au moment de la création de TM T&D. En effet, la requérante ne s'était pas distanciée publiquement de l'entente et n'avait pas informé les autres parties que cette entreprise commune n'y participerait pas.

28. En ce qui concerne le quatrième moyen portant sur le calcul de l'amende, le Tribunal a considéré que la Commission avait correctement appliqué la méthodologie prévue au point 18 des lignes directrices de 2006 et que, par conséquent, il ne pouvait être admis que seules les ventes au Japon et dans l'EEE devaient être prises en compte aux fins du calcul de l'amende. À cet égard, le Tribunal a constaté, en substance, que la référence, opérée par la Commission, aux parts de marché mondiales permettait de prendre en compte le fait que le potentiel concurrentiel mondial des entreprises en cause n'avait pas été utilisé pour conquérir le marché de l'EEE.

29. En outre, selon le Tribunal, la Commission s'est basée à juste titre sur la présomption selon laquelle, en l'absence du gentlemen's agreement, les parts de marché des producteurs japonais dans l'EEE auraient été équivalentes à celles qu'ils détenaient sur le marché mondial.

30. S'agissant, plus spécifiquement, du caractère proportionné de l'amende, le Tribunal a considéré qu'il ne serait pas adéquat de prendre en compte les ventes effectives des producteurs japonais à l'EEE, puisque cela reviendrait, en l'espèce, à récompenser Toshiba pour avoir respecté la lettre du gentlemen's agreement. En outre, le Tribunal a constaté qu'une méthodologie prenant en compte les parts du marché mondial, s'agissant d'un accord de partage de marché entre entreprises qui se font concurrence au niveau mondial, garantit une représentation plus appropriée de la capacité de ces entreprises à nuire gravement aux autres opérateurs sur le marché européen et fournit une indication de leur contribution à l'efficacité de l'entente dans son ensemble ou, à l'inverse, de l'instabilité qui aurait régné au sein de l'entente si elles n'y avaient pas participé. Enfin, le Tribunal a considéré qu'une telle approche permettait de prendre en compte les éventuelles barrières à l'entrée pouvant exister dans les différents segments du marché mondial.

IV – Les conclusions des parties et la procédure devant la Cour

31. Toshiba conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— d'annuler l'arrêt attaqué, dans la mesure où il a rejeté la demande de Toshiba visant à l'annulation des articles 1er et 2 de la décision litigieuse, ainsi que d'annuler ladite décision;

— à titre subsidiaire, de renvoyer l'affaire devant le Tribunal aux fins de statuer sur les points de droit conformément à l'arrêt de la Cour;

— de condamner la Commission aux dépens de première instance et du pourvoi.

32. À l'appui de son pourvoi, Toshiba soulève quatre moyens.

33. Par le premier moyen, Toshiba soutient que le Tribunal a appliqué un critère juridique erroné en considérant que les fabricants japonais de transformateurs de puissance étaient des concurrents potentiels sur le marché de l'EEE au motif que les barrières à l'entrée sur le marché de l'EEE n'étaient pas insurmontables et du fait de l'existence même du gentlemen's agreement. Selon Toshiba, le Tribunal aurait dû vérifier si les producteurs japonais avaient des possibilités réelles et concrètes de pénétrer le marché de l'EEE et si cette entrée aurait pu être une stratégie économiquement viable. À défaut de concurrence potentielle entre les producteurs japonais et européens, le gentlemen's agreement ne pouvait pas enfreindre l'article 81 CE et la Commission n'avait pas compétence pour engager des poursuites. L'arrêt et la décision attaqués devraient, par conséquent, être annulés à l'égard de Toshiba.

34. Par le deuxième moyen, Toshiba soutient que le Tribunal a faussé le contenu d'une lettre dans laquelle une autre partie présente dans la procédure (à savoir Hitachi) aurait affirmé qu'elle ne contesterait pas les conclusions de la Commission. La Commission a considéré que cette lettre primait les déclarations antérieures de cette entreprise selon lesquelles elle n'avait pas fait de ventes dans le marché de l'EEE. Selon Toshiba, il s'agirait d'une dénaturation des éléments de preuve sur lesquels s'appuie le Tribunal pour constater que les barrières à l'entrée sur le marché de l'EEE n'étaient pas insurmontables.

35. Par le troisième moyen, Toshiba soutient que le Tribunal, en considérant que le grief de Toshiba concernant sa non-participation à la réunion de Zurich était «inopérant», a donné une motivation contradictoire et appliqué un critère erroné au sujet de la distanciation publique, violant ainsi le principe de la responsabilité personnelle. L'arrêt et la décision attaqués devraient donc être annulés dans la mesure où ils concluent que Toshiba a continué à participer au gentlemen's agreement jusqu'au mois de mai 2003.

36. Par le quatrième moyen, Toshiba soutient, enfin, que le Tribunal a mal interprété le point 18 des lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes en s'appuyant sur ses ventes mondiales en tant que représentation de son poids dans l'infraction.

37. De son côté, la Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour de rejeter le pourvoi et de condamner Toshiba aux dépens de l'instance.

V – Appréciation

A – *Sur le premier moyen, pris des erreurs de droit dans l'application de la notion de restriction de concurrence par objet*

38. Par son premier moyen, Toshiba soutient que le Tribunal a commis une erreur de droit en qualifiant le gentlemen's agreement de restriction de la concurrence par objet. Selon Toshiba, pour aboutir à cette constatation, le Tribunal aurait dû vérifier si l'éventuelle entrée sur le marché de l'EEE représentait, pour les producteurs japonais, une stratégie économiquement viable. Or, le Tribunal se serait contenté de constater que les parties pouvaient être considérées comme des concurrents potentiels en raison, d'une part, de l'absence de barrières insurmontables à l'entrée du marché de l'EEE et, d'autre part, du fait même de l'existence du gentlemen's agreement.

39. Ce moyen pose donc, en substance et une nouvelle fois, la question de la définition de la restriction de concurrence par objet et de ses conséquences procédurales en termes de preuve.

1. Observations générales et liminaires sur la définition de la restriction de concurrence par objet

40. Pour relever de l'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée doit avoir «pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur».

41. La distinction entre les restrictions de concurrence par objet ou par effet est donc inhérente au traité. Sans être neuve, force est de constater que cette différence fut au centre de plusieurs affaires qui ont suscité une attention critique de la part de la doctrine ces dernières années [3].

42. Une clarification de la jurisprudence à cet égard apparaît sans doute souhaitable.

a) L'enseignement jurisprudentiel relatif à la distinction entre restriction de concurrence par objet et restriction de concurrence par effet

43. Le caractère alternatif de la condition tenant à l'existence d'un accord ou d'une pratique concertée ayant «pour objet ou pour effet» de restreindre la concurrence visée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE a été affirmé par la Cour dès le milieu des années soixante avec l'arrêt LTM (56/65, EU:C:1966:38) et n'a cessé d'être confirmé depuis lors [4].

44. D'emblée, la Cour a précisé que le caractère non cumulatif, mais alternatif de ladite condition, marqué par la conjonction «ou», conduisait à la nécessité de considérer d'abord l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il devait être appliqué [5].

45. En effet, ce ne sera que dans l'hypothèse, subsidiaire, où l'analyse des clauses de l'accord en cause ne révélera pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence qu'il conviendra d'examiner les effets de l'accord. Dans ce cas, pour que celui-ci soit frappé d'interdiction, la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint, soit faussé de façon sensible sera exigée [6].

46. La prise en considération des effets concrets de l'accord est donc superflue lorsqu'il apparaît que celui-ci a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur [7]. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire d'examiner les effets d'un accord dès lors que l'objet anticoncurrentiel de ce dernier est établi [8].

3 — Arrêts Beef Industry Development Society et Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643); T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343); GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, EU:C:2009:610); Football Association Premier League e.a. (C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631); Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649); Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160); Siemens e.a./Commission (C-239/11 P, C-489/11 P et C-498/11 P, EU:C:2013:866), ainsi que CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204).

4 — Arrêts Beef Industry Development Society et Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, point 15); T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, point 28), ainsi que GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, EU:C:2009:610, point 55).

5 — Arrêts LTM (56/65, EU:C:1966:38); Beef Industry Development Society et Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, point 15); T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, point 28); GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, EU:C:2009:610, point 55), ainsi que Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, point 33).

6 — Arrêts LTM (56/65, EU:C:1966:38); Beef Industry Development Society et Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, point 15); T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, point 28); GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, EU:C:2009:610, point 55), ainsi que Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, point 34).

7 — Arrêts Consten et Grundig/Commission (56/64 et 58/64, EU:C:1966:41); Beef Industry Development Society et Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, point 16), ainsi que T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, point 29).

8 — Arrêts T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, point 30); GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, EU:C:2009:610, point 55), ainsi que Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, point 34).

47. Pour apprécier ce caractère, il convient de s'attacher notamment à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère [9]. En outre, bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'une pratique concertée ou d'un accord, rien n'interdit à la Commission ou aux juridictions de l'Union d'en tenir compte [10].

48. Il suffit, par ailleurs, que l'accord soit *susceptible* de produire des effets négatifs sur la concurrence, c'est-à-dire qu'il soit concrètement apte, en tenant compte du contexte juridique et économique dans lequel il s'inscrit, à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence au sein du marché commun [11]. Comme le soulignait l'avocat général Wahl dans ses conclusions dans l'affaire CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), si l'appréciation «plus standardisée à laquelle aboutit le recours à la notion de restriction par objet suppose un examen circonstancié et individuel de l'accord litigieux, [celui-ci] doit être clairement distingué de l'examen des effets réels ou potentiels des comportements des entreprises incriminées» [12].

49. En effet, cette distinction entre les «restrictions par objet» et les «restrictions par effet» se fonde sur la constatation que certaines formes de collusions entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement normal de la concurrence [13].

50. Il est donc «acquis que certains comportements collusoires, tels que ceux conduisant à la fixation horizontale des prix par des cartels, peuvent être considérés comme étant tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur, en particulier, le prix, la quantité ou la qualité des produits et des services, qu'il peut être considéré inutile, aux fins de l'application de l'article [101, paragraphe 1, TFUE], de démontrer qu'ils ont des effets concrets sur le marché» [14]. En revanche, «dans l'hypothèse où l'analyse d'un type de coordination entre entreprises ne présenterait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait [...] d'en examiner les effets et, pour l'interdire, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint, soit faussé de façon sensible» [15].

51. Ce n'est pas usurper l'expression que de qualifier cette jurisprudence de constante.

52. Toutefois, dans un des arrêts les plus récents parmi ceux cités précédemment, l'arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160), la Cour a ajouté plusieurs éléments à prendre en compte dans l'appréciation du contexte économique et juridique qui viennent troubler la conséquence probatoire de la distinction entre «restriction par objet» et «restriction par effet».

9 — Arrêt GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, EU:C:2009:610, point 58). Voir également, à propos d'une pratique concertée, arrêt T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, point 27).

10 — Arrêts T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, point 27); GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, EU:C:2009:610, point 58); Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, point 37), ainsi que CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 54).

11 — Arrêts T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, point 31) ainsi que Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, point 38).

12 — Point 40. Voir, également, point 44.

13 — Arrêts Beef Industry Development Society et Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, point 17); T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, point 29); Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, point 35); CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 50), ainsi que Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission (C-286/13 P, EU:C:2015:184, point 114).

14 — Arrêt CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 51).

15 — Ibidem (point 52).

53. En effet, selon la Cour, «[d]ans le cadre de l'appréciation dudit contexte, il y a également lieu de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché ou des marchés en question» [16]. Cela signifie concrètement que la juridiction chargée d'évaluer le risque d'élimination ou de grave affaiblissement de la concurrence sur le marché en cause «devra notamment prendre en considération la structure du marché, l'existence de canaux de distribution alternatifs et leur importance respective ainsi que le pouvoir de marché des sociétés concernées» [17].

54. Je partage à cet égard le constat effectué par l'avocat général Wahl dans ses conclusions dans l'affaire CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:1958) selon lequel cette orientation jurisprudentielle semble «avoir rendu délicate la nécessaire distinction entre l'examen de l'objet anticoncurrentiel et l'analyse des effets concurrentiels des accords entre les entreprises» [18]. Comme lui, je pense que la «ligne de démarcation entre les notions respectives de restrictions par objet ou par effet [ne peut être floue et que] le recours à cette notion doit être plus clairement encadré» [19]. Le présent pourvoi me semble offrir à la Cour une nouvelle opportunité de clarifier sa jurisprudence; j'y reviendrai après avoir présenté les avantages et la nécessité d'une telle démarcation.

b) L'intérêt de la distinction entre restriction de concurrence par objet et restriction de concurrence par effet

55. Nul ne remet en cause le caractère alternatif de la condition tenant à l'existence d'un accord ou d'une pratique concertée ayant «pour objet ou pour effet» de restreindre la concurrence inhérent au libellé de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

56. L'intérêt de cette distinction est probatoire: face à une restriction par objet, la preuve de ses effets anticoncurrentiels actuels ou potentiels n'est pas requise pour mobiliser le dispositif d'incompatibilité [20]. En effet, le constat d'un objet anticoncurrentiel suffit à la qualification de restriction de concurrence et, partant, à la condamnation [21]. Si l'objet anticoncurrentiel de l'accord (ou de la pratique concertée) envisagé est démontré, l'enquête peut s'arrêter, l'infraction est prouvée sans que les effets, actuels ou potentiels, dudit accord (ou de la pratique concertée) sur la concurrence doivent être démontrés [22].

57. Selon certains, une «présomption» d'illégalité s'attacherait aux restrictions par objet [23]. L'usage de ce terme est néanmoins source de confusion. Comme l'a très bien expliqué l'avocat général Kokott dans ses conclusions présentées dans l'affaire T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:110), l'interdiction des restrictions de la concurrence par objet ne saurait être interprétée «en ce sens que la

16 — Arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, point 36).

17 — Ibidem (point 48).

18 — Point 46.

19 — Point 52. La Cour ne me paraît pas avoir procédé expressément à cette clarification dans l'arrêt CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204).

20 — Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2013, nº 574.

21 — Prieto, C. et Bosco, D., *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Bruxelles, 2013, nº 566.

22 — Voir, notamment, Geradin, D., Layne-Farrar, A. et Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nº 3-114, p. 135 et Whish, R. et Bailey, D., *Competition law*, 7e éd., Oxford University Press, 2012, p. 119 et 120. Voir, également, Graham, C., «Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*», *EL Rev.*, 2013 (38), p. 542 à 551, spécialement p. 543; Nagy, C. I., «The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?», *World Competition*, 2013, nº 4, p. 541 à 564, spécialement p. 543; Harrison, D., «The *Allianz Hungária* case. The ECJ's judgment could have ugly consequences», *Competition Law Insight.*, 2013, vol. 12, p. 10 à 12, spécialement p. 10; Idot, L. et Prieto, C., «La Cour de justice revient une nouvelle fois sur la notion d''objet anticoncurrentiel'», *Revue des contrats*, 2013, p. 955 à 959, spécialement p. 957.

23 — Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelles, 2013, nº 8; Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2013, nº 594; Bourgeois, J.H.J., «On the Internal Morality of EU Competition Law», in *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Bruxelles, 2014, p. 347 à 374, spécialement p. 350; Waelbroeck, D. et Slater, D., «The scope of object vs effect under article 101 TFEU», in Bourgeois, J. et Waelbroeck, D. (ed.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, p. 131 à 157, spécialement p. 135 et 137. Voir également, en ce sens, conclusions de l'avocat général Cruz Villalón dans l'affaire Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2012:663, point 64).

présence d'un objet anticoncurrentiel n'établirait qu'une sorte de présomption d'illégalité, susceptible d'être réfutée par l'absence, dans le cas concret, d'effets négatifs sur le fonctionnement du marché. Une telle interprétation aboutirait en effet à amalgamer de façon illicite les deux cas de figure que l'article [101], paragraphe 1, [TFUE] a voulu séparer: l'interdiction de toute collusion ayant un *objet* anticoncurrentiel, d'une part, et l'interdiction de toute pratique collusoire ayant un *effet* anticoncurrentiel, d'autre part» [24].

58. Les avantages de cette dichotomie sont connus. Appréhendé sous l'angle procédural expliqué précédemment, le recours à la notion d'objet anticoncurrentiel est «indiscutablement *source de prévisibilité*, et donc *de sécurité juridique*, pour les entreprises, en ce qu'il leur permet d'avoir connaissance des conséquences juridiques (en termes notamment d'interdictions et de sanctions) qu'entraîneront certaines de leurs actions [...]. Ce faisant, l'identification d'ententes ayant un objet restrictif de concurrence a, ensuite, également *un impact dissuasif* et contribue à la prévention des comportements anticoncurrentiels. Enfin, elle est *source d'économie procédurale* en ce qu'elle permet aux autorités de la concurrence, en présence de certaines formes de collusion, de conclure à leur impact anticoncurrentiel, sans qu'il soit besoin pour elles de procéder à l'examen, souvent complexe et fastidieux, de leurs effets potentiels ou réels sur le marché concerné» [25].

59. Toutefois, comme le précisait l'avocat général Wahl dans l'affaire CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, point 36), ces avantages ne se manifesteront et ne se justifieront que si le recours à la notion de restriction par objet est clairement circonscrit. En effet, et je partage à cet égard le point de vue exprimé par l'avocat général Kokott dans ses conclusions présentées dans l'affaire T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:110), d'une part, une interprétation trop extensive de la notion d'accord ou de pratique concertée ayant un objet anticoncurrentiel est à éviter, en raison des conséquences radicales auxquelles les entreprises peuvent se trouver exposées en cas de violation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, mais, d'autre part, il ne faut pas non plus donner de cette notion une interprétation excessivement stricte, au risque de supprimer, en pratique, l'interdiction des restrictions de concurrence par objet consacrée par le droit primaire [26].

60. À cet égard, force est de reconnaître que l'arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160) a été perçu comme susceptible si pas de supprimer, à tout le moins de brouiller, la distinction entre restriction par objet et restriction par effet [27] alors qu'il est indispensable d'avoir une définition claire de la restriction par objet et des critères nécessaires à sa détermination [28].

24 — Point 45.

25 — Conclusions de l'avocat général Wahl dans l'affaire CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, point 35, c'est moi qui souligne). Comme le relèvent Geradin, D., Layne-Farrar, A. et Petit, N., «In a nutshell, it imposes a light evidentiary burden on the competition authority, which does not need to assess the effects of the agreement under scrutiny» (Geradin, D., Layne-Farrar, A., et Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nº 3-118, p. 136). Sur cet avantage, voir, également, Nagy, C. I., «The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?», *World Competition*, 2013, nº 4, p. 541 à 564, spécialement p. 545, et Graham, C., «Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*», *EL Rev.*, 2013 (38), p. 542 à 551, spécialement p. 547.

26 — Conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:110, point 44).

27 — À propos de cet arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160): «[l]a motivation de la Cour de justice semble *brouiller* la distinction entre les deux qualifications. Trop de subtilité risque de nuire à la compréhension non seulement des entreprises, mais aussi de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence et des juridictions nationales. *Une telle dilation de la restriction par objet est source de confusion.* Elle peut aboutir à sa disparition de facto, ce qui serait le triomphe de l'approche fondée sur les effets» (Prieto, C. et Bosco, D., *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Bruxelles, 2013, nº 582; c'est moi qui souligne); «the Court of Justice seems propose a new approach which would *blur* the distinction between agreements with the object and those with the effect of restricting competition» (Graham, C., «Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*», *EL Rev.*, 2013 (38), p. 542 à 551, spécialement p. 542, *Abstract*; c'est moi qui souligne); «the Court of Justice's judgment in *Allianz Hungária* would seem to *blur* this distinction» (Nagy, C. I., «The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?», *World Competition*, 2013, nº 4, p. 541 à 564, spécialement p. 547; c'est moi qui souligne).

28 — Voir, en ce sens, Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelles, 2013, nº 66: «Since the effect category can be deduced from the object one, *it is crucial* to have a clear definition of what is anticompetitive by object» (c'est moi qui souligne).

61. En effet, comme indiqué précédemment, dans cet arrêt, la Cour précise à l'attention de la juridiction nationale qui l'interrogeait à titre préjudiciel que, dans le cadre de l'appréciation du contexte économique et juridique, celle-ci devrait «notamment prendre en considération la structure du marché, l'existence de canaux de distribution alternatifs et leur importance respective ainsi que le pouvoir de marché des sociétés concernées» [29].

62. Je pense toutefois qu'il est possible de concilier la jurisprudence constante de la Cour, telle que rappelée précédemment, et cet arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160).

c) Les critères nécessaires à la détermination d'une restriction de concurrence «par objet»

63. Comme je l'ai rappelé dans le cadre de l'examen de la jurisprudence pertinente, il n'est pas nécessaire d'examiner les effets d'un accord dès lors que l'objet anticoncurrentiel de ce dernier est établi [30]. Il est, en revanche et par conséquent, indispensable de déterminer l'objet anticoncurrentiel de l'accord en question.

64. Pour apprécier ce caractère, l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire mais il peut être, le cas échéant, pris en considération [31]. Il convient, en revanche, de s'attacher à la teneur des dispositions de l'accord, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère [32].

65. En effet, si les effets anticoncurrentiels ne doivent pas être démontrés dans le cadre d'une restriction de la concurrence par objet, il n'en reste pas moins que la restriction de concurrence en cause doit évidemment être de nature à avoir un impact minimal sur le marché [33].

66. En d'autres termes, pour reprendre l'expression de l'avocat général Wahl dans ses conclusions présentées dans l'affaire CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, point 41), l'examen de la question de savoir si un contrat a un objet restrictif ne peut être *déconnecté* du contexte économique et juridique au vu duquel les parties l'ont conclu [34].

29 — Arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, point 48).

30 — Arrêts T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, point 30); GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, EU:C:2009:610, point 55), ainsi que Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, point 34).

31 — Arrêts T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, point 27); GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, EU:C:2009:610, point 58); Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, point 37), ainsi que CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 54).

32 — Arrêts T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, point 27, à propos d'une pratique concertée) et GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, EU:C:2009:610, point 58).

33 — «[...] the fact that there is no need to prove anti-competitive effects in the case of object restrictions does not mean that there is no quantitative component to object analysis at all. There is a rule that any restriction of competition must be *appreciable*: even a restriction of competition by object could fall outside Article 101(1) if its likely impact on the market is minimal. […] Because of the need to prove appreciability, it is necessary for the Commission to define the relevant market even in a case involving an object restriction» (Whish, R., et Bailey, D., *Competition law*, 7e éd., Oxford University Press, 2012, p. 120). Voir également, en ce sens, conclusions de l'avocat général Mazák dans l'affaire Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:113): «si certaines formes d'accord semblent, au vu de l'expérience passée, devoir constituer prima facie des infractions par objet, cela ne dispense pas la Commission ou l'autorité nationale de la concurrence de l'obligation de procéder à un examen individuel de l'accord. Je considère qu'une telle évaluation peut être assez limitée dans certains cas, par exemple lorsqu'il est manifeste qu'il existe une entente horizontale visant à contrôler la production afin de maintenir les prix, mais on ne saurait s'en dispenser totalement» (point 27).

34 — Pour illustrer son propos, l'avocat général Wahl utilise un exemple éloquent en se référant à «une infraction, qui, au vu de l'expérience acquise, est présumée produire une des restrictions les plus graves de concurrence, à savoir un accord horizontal portant sur les prix d'une marchandise donnée. [Or, s]'il est bien acquis qu'une telle entente est en général porteuse d'un degré élevé de nocivité pour la concurrence, cette conclusion ne s'impose pas dans le cas où, par exemple, les entreprises visées ne sont détentrices que d'une part infime du marché concerné» [conclusions présentées par l'avocat général Wahl dans l'affaire CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, point 42)]. Voir également, en ce sens, Waelbroeck, D. et Slater, D., «The scope of object vs effect under article 101 TFEU», in Bourgeois, J. et Waelbroeck, D. (ed.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, p. 131 à 157, spécialement p. 135 et 146.

67. Le contexte économique et juridique est là pour aider l'autorité chargée d'examiner la restriction par objet alléguée à *comprendre* la fonction économique et la signification réelle de l'accord [35].

68. Comme l'expliquait l'avocat général Kokott dans ses conclusions présentées dans l'affaire T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:110, point 46), tenir compte du contexte économique et juridique signifie donc que l'accord litigieux doit simplement être *concrètement* apte à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence au sein du marché commun.

69. Il convient, en effet, de ne pas perdre de vue que l'avantage en termes de prévisibilité et d'allègement de charge de preuve que comporte l'identification d'accords restrictifs par objet serait «compromis si cette identification [était], en définitive, tributaire d'un examen poussé des conséquences [dudit] accord sur la concurrence, [lequel irait] bien au-delà de l'examen circonstancié dudit accord» [36].

70. Néanmoins, une approche superficielle ne peut être justifiée qu'en présence de comportements, et je reprendrai ici de nouveau une expression de l'avocat général Wahl, qui présentent *un risque intrinsèque d'effet préjudiciable particulièrement grave* [37], c'est-à-dire les restrictions qui présentent intrinsèquement un certain degré de nocivité [38].

71. Cette façon de procéder est, par ailleurs, conforme à la jurisprudence de la Cour selon laquelle «le critère juridique essentiel pour déterminer si une coordination entre entreprises comporte une telle restriction par 'objet' réside dans la constatation qu'une telle coordination présente, en elle-même, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence» [39].

72. Concrètement, j'estime que l'expérience accumulée depuis plus de soixante années autorise désormais à considérer les hypothèses visées à l'article 101, paragraphe 1, TFUE comme répondant à l'exigence de nocivité intrinsèque.

73. Appréhender l'énumération de cette disposition comme le «*noyau dur*» des restrictions de concurrence par objet [40] répond au double impératif qui découle de la jurisprudence de la Cour et qui veut, d'une part, que les types d'accords envisagés à l'article 101, paragraphe 1, TFUE ne forment pas une liste exhaustive de collusions prohibées [41], tout en précisant, d'autre part, que la notion de restriction de concurrence par objet ne peut pas être interprétée de façon extensive [42].

74. En effet, pour les accords expressément visés à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il n'y aurait pas lieu de s'écarter de la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle l'existence d'une explication alternative plausible des comportements incriminés (en l'occurrence, l'absence d'un quelconque intérêt commercial) ne doit pas conduire à poser des exigences plus strictes quant aux preuves à produire [43].

35 — Voir, en ce sens, Nagy, C. I., «The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?», *World Competition*, 2013, n° 4, p. 541 à 564, spécialement p. 558.

36 — Conclusions présentées par l'avocat général Wahl dans l'affaire CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, point 60).

37 — Conclusions présentées par l'avocat général Wahl dans l'affaire CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, point 55).

38 — Ibidem (point 58).

39 — Arrêt CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 57).

40 — C'est en quelque sorte l'idée de l'«object box» défendue par certains auteurs.

41 — Arrêt Beef Industry Development Society et Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, point 23).

42 — Arrêt CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 58). L'interprétation stricte des restrictions par objet est inhérente à la «présomption» d'illégalité qu'elles entraînent: «The finding of *'restriction by object'* must be underpinned by strong evidence from past experience and/or consensus on the underlying economic theory. A narrow reading of this provision, limited to cases based on solid empirical and theoretical foundations can potentially justify a reversal of the presumption of innocence» (Waelbroeck, D. et Slater, D., «The scope of object vs effect under article 101 TFEU», in Bourgeois, J. et Waelbroeck, D. (ed.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, p. 131 à 157, spécialement p. 156).

43 — Arrêt Sumitomo Metal Industries et Nippon Steel/Commission (C-403/04 P et C-405/04 P, EU:C:2007:52, point 45).

En revanche, s'il n'est pas exclu que d'autres types d'accords, atypiques ou complexes, puissent avoir un objet susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, leur interdiction nécessite une analyse plus approfondie du contexte économique et juridique dans lequel ils s'inscrivent, sans toutefois pousser cette analyse jusqu'à l'étude des effets de l'accord.

75. Les récents arrêts Siemens e.a./Commission (C-239/11 P, C-489/11 P et C-498/11 P, EU:C:2013:866) et Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160) ne sont pas contradictoires et peuvent s'inscrire dans le cadre que je propose.

76. Dans le premier de ces arrêts, la Cour était, notamment, appelée à examiner l'application par le Tribunal des principes régissant la charge et l'administration de la preuve en matière de restrictions de concurrence par objet. Sa décision est donc tout à fait pertinente pour le problème qui nous occupe. Or, la Cour a non seulement considéré que «les accords qui visent la répartition des marchés ont un objet restrictif de la concurrence en eux-mêmes *et relèvent d'une catégorie d'accords expressément interdite par l'article 101, paragraphe 1, TFUE*» [44] mais elle a, en outre, déduit que «[u]n tel objet ne [pouvait] être justifié au moyen d'une analyse du contexte économique dans lequel le comportement anticoncurrentiel en cause s'inscrit» [45].

77. En revanche, dans le deuxième de ces arrêts, la Cour était confrontée à une situation que je qualifierais d'atypique – et qui, en tout état de cause, ne faisait partie d'aucune des catégories visées à l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Cette particularité explique qu'elle ait apporté deux précisions relatives à l'analyse du contexte économique et juridique.

78. Elle a tout d'abord indiqué que, dans le cadre de l'appréciation de ce contexte, il y avait lieu «de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché ou des marchés en question» [46].

79. Elle a ensuite ajouté, à l'attention de la juridiction nationale qui l'interrogeait à titre préjudiciel, que celle-ci devrait, pour évaluer le risque d'élimination ou d'affaiblissement grave de la concurrence, prendre en considération la structure de ce marché, mais également «l'existence de canaux de distribution alternatifs et leur importance respective ainsi que le pouvoir de marché des sociétés concernées» [47].

80. Selon moi, l'énoncé de ces critères supplémentaires flirtant avec l'analyse des effets d'un accord ou d'une entente s'explique uniquement par la spécificité des faits à l'origine de la demande de décision préjudicielle et par une volonté de la Cour de donner à la juridiction de renvoi la réponse la plus complète possible.

81. En effet, dans cette affaire, il s'agissait d'une série d'accords selon lesquels des sociétés d'assurances automobiles s'entendaient bilatéralement soit avec des concessionnaires d'automobiles opérant en tant qu'ateliers de réparation, soit avec une association représentant ces derniers, sur le taux horaire à payer par la société d'assurances pour la réparation de véhicules assurés par celle-ci, en prévoyant que ce taux dépendrait, entre autres, du nombre et de la proportion de contrats d'assurance que le concessionnaire aurait commercialisés en tant qu'intermédiaire pour cette société [48].

44 — Arrêt Siemens e.a./Commission (C-239/11 P, C-489/11 P et C-498/11 P, EU:C:2013:866, point 218). C'est moi qui souligne.

45 — Idem.

46 — Arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, point 36).

47 — Ibidem (point 48).

48 — Cette spécificité s'explique par le fait que les concessionnaires hongrois ont la faculté d'agir en tant qu'intermédiaires ou courtiers d'assurances automobiles pour le compte de leurs clients à l'occasion de la vente ou de la réparation de véhicules.

82. Ces concessionnaires étaient donc liés aux assureurs à double égard. D'une part, ils réparaient, en cas de sinistres, les voitures assurées pour le compte des assureurs et, d'autre part, ils intervenaient en tant qu'intermédiaires pour ces derniers en offrant, en leur qualité de mandataire de leurs propres courtiers d'assurance ou de courtiers associés, des assurances automobiles à leurs clients à l'occasion de la vente ou de la réparation de véhicules.

83. Pris indépendamment, chacun des accords n'était donc pas, en soi, nuisible au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence sur le marché pertinent (celui de la réparation de véhicules sinistrés d'une part, celui de l'activité de courtage en assurances automobiles d'autre part). Toutefois, analysés conjointement et dans leur globalité, il n'était pas exclu que lesdits accords aient un tel impact.

84. Les éléments d'appréciation particuliers énoncés au point 48 de l'arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160) – à savoir la prise en considération de l'existence de canaux de distribution alternatifs, de leur importance respective ainsi que du pouvoir de marché des sociétés concernées – sont donc spécifiques à cette affaire et ne peuvent être généralisés, sous peine d'entraîner une confusion entre les restrictions par objet et les restrictions par effet.

85. La jurisprudence postérieure à cet arrêt confirme le caractère spécifique et isolé de l'arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160).

86. En effet, la Cour a continué de rappeler qu'il convenait, afin d'apprécier si un accord entre entreprises ou une décision d'association d'entreprises présentait un degré suffisant de nocivité, de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. Or, si, à propos de l'appréciation de ce contexte, la Cour semble désormais reprendre certains des facteurs énoncés pour la première fois dans l'arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160) en faisant référence à la nature des biens ou des services affectés ainsi qu'aux conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché ou des marchés en question [49], elle n'ajoute plus les critères approfondis propres au cas de l'espèce à l'origine dudit arrêt.

d) Une tentative de synthèse dans l'appréciation des hypothèses de restriction de concurrence par objet

87. Au terme de ces observations générales et liminaires sur la définition de la restriction de concurrence par objet, je distingue deux hypothèses.

88. Le principe est identique dans les deux cas: afin d'apprécier si un accord entre entreprises (ou une décision d'association d'entreprises) présente, par sa nature même, un degré suffisant de nocivité pour être considéré comme une restriction de concurrence «par objet», au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il convient de s'attacher à la teneur de ses dispositions, à son objet, c'est-à-dire aux objectifs qu'il vise à atteindre, ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. Mutatis mutandis, ce principe s'applique également aux pratiques concertées.

89. Si la conclusion de cette analyse est positive et que l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée fait partie d'une catégorie expressément visée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, l'analyse du contexte économique et juridique peut être effectuée à la marge.

49 — Il s'agit des critères énoncés au point 36 de l'arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, point 36) et repris, depuis lors, dans les arrêts CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 53) et Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission (C-286/13 P, EU:C:2015:184, point 117). Voir, également, conclusions de l'avocat général Kokott dans les affaires jointes Fresh Del Monte Produce/Commission et Commission/Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P et C-294/13 P, EU:C:2014:2439, point 209) et de l'avocat général Wahl dans l'affaire ING Pensii (C-172/14, EU:C:2015:272, point 41).

90. S'il ressort par contre de cette même analyse que l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée ne relève pas d'une des hypothèses visées à l'article 101, paragraphe 1, TFUE ou présente des caractéristiques qui rendent l'accord, la décision d'entreprises ou la pratique concertée atypique ou complexe, l'analyse du contexte économique et juridique devra être plus approfondie.

91. Dans ce dernier cas de figure, la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question pourront être prises en compte dans l'appréciation du contexte économique et juridique ainsi que, dans des cas exceptionnels, les caractéristiques supplémentaires mentionnées au point 48 de l'arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160). En outre, bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord, d'une décision d'association d'entreprises ou de la pratique d'une pratique concertée, il n'est pas interdit d'en tenir compte [50].

2. Sur l'appréciation de l'existence d'une restriction par objet en l'espèce

92. Par son premier moyen, Toshiba soutient que le Tribunal a commis une erreur de droit en considérant qu'«un accord comme le gentlemen's agreement qui vise à protéger les producteurs européens sur leur territoire d'une concurrence réelle ou potentielle provenant des producteurs japonais, est susceptible de restreindre la concurrence, à moins qu'il n'existe des barrières insurmontables à l'entrée sur le marché européen qui exclut toute concurrence potentielle de la part des producteurs japonais» [51].

93. Selon Toshiba, le Tribunal aurait dû vérifier s'il y avait des possibilités réelles et concrètes pour les fabricants japonais d'entrer sur le marché et si une telle entrée était une stratégie économique viable. C'est à tort qu'il se serait contenté de vérifier si des barrières à l'entrée étaient insurmontables et qu'il a conclu que «la Commission pouvait donc se limiter à démontrer que les barrières à l'entrée sur le marché européen n'étaient pas insurmontables» [52].

94. En outre, le Tribunal aurait également commis une erreur de droit en s'appuyant sur l'existence du gentlemen's agreement pour démontrer l'existence d'une relation concurrentielle entre les fabricants japonais et les fabricants européens lorsqu'il a décidé que «l'existence même du gentlemen's agreement constitue un fort indice pour l'existence d'une relation concurrentielle entre les producteurs japonais et européens» [53].

95. Ce que Toshiba critique, c'est donc, en substance, la réponse du Tribunal à l'argument développé devant lui et selon lequel la Commission n'avait pas procédé à une analyse économique détaillée de la situation.

96. Or, à cet égard, force est de constater que le Tribunal a affirmé, préalablement aux points critiqués:

— d'une part, que l'article 81, paragraphe 1, CE interdit les ententes ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence et qu'il n'était dès lors pas nécessaire de démontrer les effets concrets d'une entente lorsque celle-ci a pour objet de restreindre la concurrence (point 227 de l'arrêt attaqué), et

50 — Arrêts T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, point 27); GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, EU:C:2009:610, point 58); Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, point 37), ainsi que CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 54).

51 — Point 230 de l'arrêt attaqué.

52 — Idem.

53 — Point 231 de l'arrêt attaqué.

— d'autre part, que la Commission avait retenu «à juste titre que, en tant qu'accord de répartition de marché, le gentlemen's agreement devait être qualifié de restriction par objet» (point 228 de l'arrêt attaqué) et que, par conséquent, «c'est à bon droit qu'elle [avait] constaté [...] qu'elle n'était pas obligée de démontrer qu'il avait eu des effets anticoncurrentiels» (point 228 de l'arrêt attaqué).

97. Cette analyse me paraît parfaitement conforme à l'approche que j'ai développée précédemment.

98. En effet, le gentlemen's agreement étant la consécration d'une entente informelle aux termes de laquelle les producteurs européens et les producteurs japonais étaient convenus de s'abstenir d'effectuer des ventes sur les territoires respectifs des deux groupes, sa qualification de restriction par objet est conforme à l'appréhension commune de ce type d'accord ou d'entente [54].

99. Par conséquent, conformément aux conséquences probatoires et à l'étendue du contrôle attachées à la reconnaissance d'une restriction de concurrence par objet, c'est à bon droit que le Tribunal a jugé que «un accord comme le gentlemen's agreement, qui vise à protéger les producteurs européens sur leur territoire d'une concurrence réelle ou potentielle provenant des producteurs japonais, est susceptible de restreindre la concurrence, à moins qu'il n'existe des barrières insurmontables à l'entrée sur le marché européen qui excluent toute concurrence potentielle de la part des producteurs japonais [et que] la Commission pouvait donc se limiter à démontrer que les barrières à l'entrée sur le marché européen n'étaient pas insurmontables» [55], ce qu'elle a fait en évoquant la pénétration de ce marché par un producteur japonais.

100. C'est également sans commettre d'erreur de droit que le Tribunal a pu, lui-même, considérer le gentlemen's agreement comme un «fort indice pour l'existence d'une relation concurrentielle entre les producteurs japonais et européens» [56] ainsi d'ailleurs que du caractère non insurmontable des barrières à l'entrée du marché européen. En effet, le gentlemen's agreement est, en tant que tel, un élément du contexte économique et juridique pertinent.

101. Exiger du Tribunal qu'il vérifie «s'il y avait des possibilités réelles et concrètes pour les fabricants japonais d'entrer sur le marché et si une telle entrée était une stratégie économique viable», comme le soutient Toshiba à l'appui de son premier moyen, conduirait à poser des exigences plus strictes quant aux preuves à produire. Or, une telle exigence serait contraire à la jurisprudence de la Cour [57] et au cadre proposé dans mes observations générales et liminaires.

102. Par conséquent, il convient de conclure que le premier moyen est non fondé.

B – *Sur le deuxième moyen, pris d'une dénaturation des éléments de preuve sur lesquels s'appuie le Tribunal pour constater que les barrières à l'entrée sur le marché de l'EEE n'étaient pas insurmontables*

103. Pour démontrer que les éventuelles barrières à l'entrée du marché européen n'étaient pas insurmontables, le Tribunal s'est non seulement fondé sur l'existence même du gentlemen's agreement, mais également sur le fait qu'une des entreprises japonaises participant à celui-ci avait accepté des projets provenant de clients situés en Europe.

54 — L'article 101, paragraphe 1, sous c), vise expressément les décisions ou les pratiques qui consistent à «répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement». Voir, également, Geradin, D., Layne-Farrar, A. et Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nº 3-114, p. 135 et Whish, R., et Bailey, D., *Competition law*, 7e éd., Oxford University Press, 2012, p. 122; Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelles, 2013, nº 68; Bourgeois, J.H.J., «On the Internal Morality of EU Competition Law», in *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Bruxelles, 2014, p. 347 à 374, spécialement p. 351; Harrison, D., «The *Allianz Hungária* case. The ECJ's judgment could have ugly consequences», *Competition Law Insight.*, 2013, vol. 12, p. 10 à 12, spécialement p. 10.

55 — Point 230 de l'arrêt attaqué.

56 — Point 231 de l'arrêt attaqué.

57 — Arrêt Sumitomo Metal Industries et Nippon Steel/Commission (C-403/04 P et C-405/04 P, EU:C:2007:52, point 45).

104. Toshiba soutenait au contraire que l'entreprise Hitachi avait affirmé, dans sa réponse à la demande d'informations du 28 février 2008 et au cours de l'audition, qu'elle n'avait pas vendu de transformateurs de puissance dans l'Union ou l'EEE pendant la période allant des années 2001 à 2003. Face à cette affirmation, le Tribunal a considéré que «dans ce contexte, il conv[enai]t de rappeler que, postérieurement, dans sa lettre du 30 mars 2009, Hitachi [était] revenue sur ces affirmations et [avait] déclaré qu'elle acceptait les conclusions de la Commission relatives à l'existence et à la portée du gentlemen's agreement telles qu'elles étaient exposées dans la communication des griefs» [58].

105. Toshiba estime que, ce faisant, le Tribunal a faussé le contenu de la lettre d'Hitachi et en a donné une interprétation dénaturée.

106. Selon une jurisprudence constante, il résulte des articles 256 TFUE et 58, premier alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne que le pourvoi est limité aux questions de droit et que, dès lors, le Tribunal est seul compétent pour constater les faits et pour les apprécier, sauf dans le cas où l'inexactitude matérielle de ses constatations résulterait des pièces du dossier qui lui ont été soumises. En d'autres termes, l'appréciation des faits ne constitue pas, sous réserve du cas de la dénaturation des éléments de preuve produits devant le Tribunal, une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour [59].

107. Une dénaturation alléguée des faits doit ressortir de façon manifeste des pièces du dossier sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle appréciation des faits et des preuves [60].

108. Or, il ne ressort pas de l'examen de la lettre d'Hitachi que le Tribunal aurait dénaturé les éléments de fait. En effet, il y est expressément indiqué qu'Hitachi accepte les conclusions sur l'existence et la portée du gentlemen's agreement telles que présentées dans la communication des griefs. Or, il ressort de la propre réponse de Toshiba à la communication des griefs que la question de l'acceptation de trois contrats par Hitachi sur le marché européen était déjà invoquée par la Commission dans ladite communication des griefs [61].

109. Le Tribunal a donc pu constater aux points 232 à 234 de l'arrêt attaqué, sans dénaturer les éléments de fait figurant dans la lettre d'Hitachi, que, postérieurement à sa réponse à la demande d'informations de la Commission du 28 février 2008 et à l'audition, celle-ci était revenu sur ses affirmations et avait déclaré qu'elle acceptait les conclusions de la Commission relatives à l'existence et à la portée du gentlemen's agreement telles qu'elles étaient exposées dans la communication des griefs.

110. Je relève, par ailleurs, que le deuxième moyen invoqué par Toshiba à l'appui de son pourvoi ne vise que le point 233 de l'arrêt attaqué. Or, dans le point qui le précède immédiatement, le Tribunal affirme déjà que la référence faite par la Commission, dans la décision attaquée, à l'acceptation de trois projets européens par Hitachi «démontre que les barrières à l'entrée n'étaient pas insurmontables pour un producteur japonais». Or, ni ce point ni ceux au cours desquels le Tribunal analyse la question (et auxquels renvoie le Tribunal à la fin du point 233 de son arrêt) [62] ne sont critiqués par Toshiba dans le cadre du pourvoi.

58 — Point 233 de l'arrêt attaqué.

59 — Voir notamment, en ce sens, arrêts Wunenburger/Commission (C-362/05 P, EU:C:2007:322, point 66); YKK e.a./Commission (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, point 44), ainsi que Marktgemeinde Straßwalchen e.a. (C-531/13, EU:C:2015:79, point 38).

60 — Voir notamment, en ce sens, arrêts Wunenburger/Commission (C-362/05 P, EU:C:2007:322, point 67); YKK e.a./Commission (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, point 44), ainsi que Marktgemeinde Straßwalchen e.a. (C-531/13, EU:C:2015:79, point 39).

61 — Voir points 83 à 88 de la réponse de Toshiba à la communication des griefs, annexe A.03.24a du pourvoi.

62 — C'est-à-dire points 59 à 62 de l'arrêt attaqué.

111. Cette absence de critique de la part de Toshiba contredit la possibilité d'une dénaturation des faits, celle-ci devant, pour rappel, ressortir de façon manifeste des pièces du dossier sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle appréciation des faits et des preuves.

112. Par conséquent, il convient de conclure que l'examen de la lettre d'Hitachi ne révèle pas que le Tribunal aurait dénaturé de façon manifeste les éléments de fait contenus dans celle-ci.

C – *Sur le troisième moyen, relatif à la durée de la participation de Toshiba à l'infraction, pris d'une motivation contradictoire et d'une dénaturation des preuves, d'une application erronée de la distanciation publique et de la violation du principe de la responsabilité personnelle*

113. Le troisième moyen soulevé par Toshiba vise la durée de sa participation au gentlemen's agreement. Ce moyen se subdivise en trois branches. Premièrement, l'arrêt du Tribunal présenterait une motivation contradictoire par rapport aux constatations factuelles et aux preuves constatées précédemment, ce qui entraînerait une dénaturation de celles-ci. Deuxièmement, le Tribunal aurait appliqué de façon erronée le critère de la distanciation publique. Troisièmement, il aurait violé le principe de la responsabilité personnelle en considérant que le grief de Toshiba concernant sa non-participation à la réunion de Zurich était «inopérant». Les deuxième et troisième branches visent en réalité les mêmes considérations du Tribunal et je les examinerai conjointement.

1. Sur la motivation contradictoire et la dénaturation des preuves

114. Selon Toshiba, le Tribunal se serait contredit en constatant, d'une part, au point 208 de l'arrêt attaqué, qu'elle «avait exclu de participer aux futures réunions» et en décidant, d'autre part, qu'il «existait des doutes concernant la future participation de la requérante au gentlemen's agreement» (point 209 de l'arrêt attaqué) et que sa participation allait dépendre de celle de TM T&D (point 211 de l'arrêt attaqué).

115. Ces allégations de Toshiba procèdent assurément d'une lecture partielle de l'arrêt attaqué et des pièces invoquées à l'appui de celle-ci.

116. En effet, ce que le Tribunal constate au point 208 de son arrêt, c'est qu'en raison de la création de l'entreprise commune TM T&D, la participation de Toshiba aux futures réunions devait encore être décidée. Le Tribunal déduit de certains documents que Toshiba avait, certes, exclu d'y participer à titre individuel, mais les autres participants avaient clairement indiqué que, sans elle, il n'y avait plus d'intérêt à maintenir le gentlemen's agreement.

117. Très logiquement, après avoir relevé, au point 210 de l'arrêt attaqué qu'il ne pouvait être déduit d'aucun document que Toshiba se serait distanciée du gentlemen's agreement au cours de la réunion de Vienne, le Tribunal poursuit en constatant, au point 211 de l'arrêt, «qu'il ressort également des documents invoqués par la requérante que, après son annonce que la participation de TM T&D aux futures réunions devait encore être décidée et que sa participation en dépendrait, les entreprises participant à cette réunion ont quand même confirmé le gentlemen's agreement et les règles de notification des projets relevant de cette entente».

118. Contrairement à ce que soutient Toshiba, chacun des documents invoqués confirme les incertitudes relatives, d'une part, à la présence de Toshiba à la prochaine réunion et, d'autre part, à la poursuite de sa participation au gentlemen's agreement, à titre individuel ou par l'intermédiaire de TM T&D.

119. Tout d'abord, selon le mémorandum de la réunion de Vienne rédigé par M. Okamoto (Fuji), la participation de Toshiba aux réunions postérieures à l'établissement de l'entreprise commune n'avait pas encore été décidée. S'il est ajouté, dans une parenthèse, que «[l']on ne s'attend pas à une décision mitigée telle que celle consistant à continuer en tant que [Toshiba]», cette phrase est immédiatement accompagnée de la mention «Oui ou Non». Outre le caractère accessoire de cet élément, indiqué par l'utilisation de parenthèses, l'ajout de l'alternative «oui ou non» indique indiscutablement qu'il s'agit là d'un premier sentiment qui n'avait pas encore fait l'objet d'une décision [63].

120. Ensuite, contrairement à ce que suggère Toshiba, la note interprétative annexée à la déclaration de Fuji à la Commission au titre de la clémence ne se contente pas d'affirmer que «la possibilité que Toshiba assiste aux réunions après la création de TM T&D (tandis que Mitsubishi n'y assiste pas) a été réfutée par Toshiba», mais indique également que «puisque Mitsubishi ne participe plus à ces réunions, une décision devrait être prise afin de savoir si TM T&D serait autorisée à participer auxdites réunions» [64].

121. Enfin, il n'est pas exact d'affirmer que le compte rendu de la réunion de Vienne n'est pas clair alors que celui-ci indique sans aucune ambiguïté que la participation future de Toshiba aux prochaines réunions «sera décidée relativement vite» et qu'il précise encore que les futures réunions n'auront de sens que si cette participation est poursuivie. Ce point du compte rendu se conclut, en outre, par l'affirmation selon laquelle cette question serait le point principal de la prochaine réunion [65]. Dans l'attente, le gentlemen's agreement est, lui, confirmé [66].

122. Par conséquent, il convient de conclure que l'examen des pièces sur lesquelles le Tribunal s'est fondé ne révèle pas que le Tribunal aurait dénaturé de façon manifeste les éléments de fait contenus dans celles-ci ni ne l'aurait conduit à une contradiction dans son raisonnement.

2. Sur l'application erronée du critère de la distanciation publique et la violation du principe de la responsabilité personnelle

123. Selon Toshiba, le Tribunal aurait appliqué erronément le critère de la distanciation publique en rejetant, au point 218 de l'arrêt attaqué, son argument tiré du fait qu'elle n'avait pas participé à la réunion de Zurich après la création de TM T&D en le qualifiant d'inopérant. En d'autres termes, Toshiba considère, en renvoyant aux points 213 et 220 de l'arrêt attaqué, que le Tribunal aurait commis une erreur de droit en considérant que l'absence de Toshiba à la réunion de Zurich importait peu pour apprécier le critère de la distanciation publique alors qu'il avait préalablement déduit de documents qu'elle avait invoqués qu'un doute planait à propos de sa future participation à l'entente.

63 — Le document original, en langue anglaise, est rédigé comme suit: «Whether or not to participate in AC after the establishment of T5/T4 JV is not yet decided. (There would not be a tepid decision such as to continue to attend as T5. Yes or No.)» (mémorandum interne à Fuji relatif à la réunion de Vienne rédigé par M. Okamoto, annexe A.14 au pourvoi).

64 — Le document original, en langue anglaise, est rédigé comme suit: «In addition, since Mitsubishi was no longer participating in these meetings […], a decision had to be made whether TM T&D would be allowed to attend the meetings. The possibility of Toshiba attending the meetings after TM T&D had been established (while Mitsubishi does not attend) was denied by Toshiba». (Déclaration de Fuji à la Commission au titre de la clémence, annexe A.16 au pourvoi).

65 — Le document original, en langue anglaise, est rédigé comme suit: «Future participation of T5 (and maybe T4) in AC mtgs will be decided relatively soon. Depending on that decision, future AC mtgs make only sense, if continuation. In next mtg this item will be main topic.» (compte rendu de la réunion de Vienne, Siemens/Hitachi, annexe A.15 au pourvoi).

66 — Le document original, en langue anglaise, est rédigé comme suit, sous le titre «3. GA and Inhouse business»: «Confirmation on rules: GA enquiries via Secs» (compte rendu de la réunion de Vienne, Siemens/Hitachi, annexe A.15 au pourvoi).

124. Si le critère de la distanciation publique est régulièrement invoqué par les entreprises auxquelles un comportement anticoncurrentiel est reproché, force est de constater qu'il n'est guère développé dans la jurisprudence de la Cour [67] et suscite peu d'intérêt en doctrine. L'arrêt Comap/Commission (C-290/11 P, EU:C:2012:271) me paraît approprié pour en cerner les contours.

125. En effet, dans cet arrêt, la Cour a jugé que les notions de distanciation publique et de continuité d'une pratique anticoncurrentielle «traduisent des situations factuelles, dont l'existence est constatée par le juge du fond, au cas par cas, sur la base d'une appréciation 'd'un certain nombre de coïncidences et d'indices' qui lui ont été soumis et par suite d'une 'évaluation globale de l'ensemble des preuves et indices pertinents'» [68]. Il résulte de cette définition que «[d]ès lors que ces preuves ont été obtenues régulièrement, que les principes généraux du droit ainsi que les règles de procédure applicables en matière de charge et d'administration de la preuve ont été respectés, il appartient au seul Tribunal d'apprécier la valeur qu'il convient d'attribuer aux différents éléments qui lui ont été soumis. Cette appréciation ne constitue donc pas, sous réserve du cas de la dénaturation de ces éléments, une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour» [69].

126. Cette approche, conforme à celle suivie dans la jurisprudence antérieure [70], est confirmée dans l'arrêt Quinn Barlo e.a./Commission (C-70/12 P, EU:C:2013:351, points 28 à 30).

127. En général, la distanciation publique est invoquée par une entreprise qui a participé à une réunion sans avoir la volonté de participer à l'accord ou à l'entente discutée au cours de celle-ci. La jurisprudence de la Cour relative à cette hypothèse, qui peut être qualifiée de constante malgré le nombre limité d'arrêts se prononçant sur la question, peut être résumée comme suit: «pour prouver à suffisance la participation d'une entreprise à une entente, il suffit de démontrer que l'entreprise concernée a participé à des réunions au cours desquelles des accords de nature anticoncurrentielle ont été conclus, sans s'y être manifestement opposée. Lorsque la participation à de telles réunions a été établie, il incombe à cette entreprise d'avancer des indices de nature à établir que sa participation auxdites réunions était dépourvue de tout esprit anticoncurrentiel, en démontrant qu'elle avait indiqué à ses concurrents qu'elle participait à ces réunions dans une optique différente de la leur» [71]. À cet égard, la Cour ajoute que «c'est bien la compréhension qu'ont les autres participants à une entente de l'intention de l'entreprise concernée qui est déterminante pour apprécier si cette dernière a entendu se distancier de l'accord illicite» [72].

128. En l'espèce, avec les deuxième et troisième branches du troisième moyen, Toshiba suggère, en substance, que le Tribunal aurait commis une erreur de droit en jugeant qu'elle pouvait être considérée comme participant au gentlemen's agreement jusqu'à la réunion de Zurich, malgré ce qu'elle avait déclaré lors de la réunion de Vienne au mois de septembre 2002 pour s'en distancier, mais aussi le fait qu'elle n'avait pas participé, à tout le moins à titre individuel, à la réunion de Zurich en mai 2003 et la circonstance que la Commission n'avait pas inclus l'entreprise commune TM T&D parmi les destinataires de la décision litigieuse.

67 — Voir, notamment, arrêts Aalborg Portland e.a./Commission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, EU:C:2004:6); Dansk Rørindustri e.a./Commission (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, EU:C:2005:408); Archer Daniels Midland/Commission (C-510/06 P, EU:C:2009:166); Comap/Commission (C-290/11 P, EU:C:2012:271); Quinn Barlo e.a./Commission (C-70/12 P, EU:C:2013:351), ainsi que ordonnance Adriatica di Navigazione/Commission (C-111/04 P, EU:C:2006:105). Nous pouvons trouver une trace de l'idée de distanciation publique dans l'arrêt Commission/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356), la Commission soutenant dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt qu'il «incomberait [...] à toute personne qui prétend s'être *dissociée* des conclusions sur les actions convenues de fournir la preuve expresse de sa *dissociation*» (point 95). C'est moi qui souligne.

68 — Point 71.

69 — Idem.

70 — Voir, en ce sens, outre arrêt Comap/Commission (C-290/11 P, EU:C:2012:271, points 76 à 78); arrêt Archer Daniels Midland/Commission (C-510/06 P, EU:C:2009:166, point 132), ainsi que ordonnance Adriatica di Navigazione/Commission (C-111/04 P, EU:C:2006:105, points 50 et 54).

71 — Arrêt Archer Daniels Midland/Commission (C-510/06 P, EU:C:2009:166, point 119), lequel renvoie à l'arrêt Aalborg Portland e.a./Commission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, EU:C:2004:6, point 81).

72 — Arrêt Archer Daniels Midland/Commission (C-510/06 P, EU:C:2009:166, point 120).

129. Certes, en l'occurrence, la configuration factuelle est quelque peu différente de celle qui était en cause dans les arrêts que je viens de citer. En effet, en l'espèce, Toshiba prétend s'être distanciée publiquement lors de la réunion de Vienne en annonçant qu'elle ne participerait pas, à tout le moins à titre individuel, aux prochaines réunions en raison de la création d'une entreprise commune avec Mitsubishi (dont la participation devait encore être décidée), le tout étant confirmé par son absence à la réunion de Zurich.

130. Toutefois, même dans cette hypothèse particulière, j'estime que la question de savoir si Toshiba pouvait être considérée comme partie au gentlemen's agreement pendant la période allant de la réunion de Vienne à la réunion de Zurich reste une appréciation factuelle qui échappe à la compétence de la Cour, sauf dénaturation des preuves [73]. Le moyen soulevé par Toshiba «revient en fin de compte à remettre en cause l'appréciation du Tribunal relative à des faits et à des éléments de preuve qui lui ont été présentés, concernant l'absence de distanciation publique de la requérante» [74].

131. En effet, contrairement à l'affaire Total marketing services/Commission (C-634/13 P, pendante devant la Cour), nous ne sommes pas en présence d'une situation où il n'existe pas le moindre début de preuve de ce que l'entreprise en cause aurait continué à participer à l'entente litigieuse après une certaine date. Au contraire, pour reprendre la distinction opérée par l'avocat général Wahl dans les conclusions qu'il a présentées dans cette même affaire [75], nous sommes bien dans une situation où l'absence de distanciation expresse permet de maintenir la présomption, fondée sur des indices concrets, selon laquelle une entreprise qui a participé à des réunions ayant un objet anticoncurrentiel est présumée avoir participé à une entente tombant sous le coup de l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

132. En effet, si comme Toshiba l'expose à titre liminaire au point 25 du pourvoi, elle avait déjà soutenu, dans le cadre de sa défense devant le Tribunal, qu'il n'y avait pas de preuve qu'elle ait poursuivi sa participation après la réunion de Vienne et que les autres membres du gentlemen's agreement avaient clairement compris sur la base de différents éléments qu'elle avait pris publiquement ses distances avec cet accord, il n'en reste pas moins vrai que, ayant participé aux différentes rencontres, en ce compris la réunion de Vienne, c'est à elle qu'il appartenait, conformément à la jurisprudence rappelée précédemment, d'apporter la preuve qu'elle s'était distanciée publiquement du gentlemen's agreement [76] et que telle était bien la compréhension de son intention par les autres participants à l'entente [77].

133. Dans ce cadre, le Tribunal a examiné les éléments de preuve que Toshiba avait soumis à son appréciation à cette fin et, plus précisément, le compte rendu de la réunion de Vienne, la note interne de Fuji sur ladite réunion et la note explicative de Fuji sur cette réunion, annexée à sa déclaration de clémence [78].

134. Or, Toshiba n'a pas contesté l'appréciation du Tribunal à ce propos [79], à l'exception des points 209 et 211 de l'arrêt attaqué et ce dans le cadre de la première branche du troisième moyen. À ce sujet, je suis arrivé à la conclusion que l'examen des pièces sur lesquelles le Tribunal s'était fondé ne révélait pas de dénaturation manifeste des éléments de fait contenus dans celles-ci, pas plus qu'il ne conduisait à une contradiction dans son raisonnement.

73 — «La détermination de la durée d'une infraction étant une question de fait, elle ne relève pas, sauf dénaturation des éléments soumis au Tribunal, du contrôle de la Cour sur pourvoi. Il en va notamment ainsi de l'application des 'notions de distanciation publique et de continuité d'une pratique anticoncurrentielle [...]'» (Bernardeau, L. et Christienne, J.-Ph., *Les amendes en droit de la concurrence – Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union*, Larcier, coll. Europe(s), 2013, n° II.1314).

74 — Arrêt Quinn Barlo e.a./Commission (C-70/12 P, EU:C:2013:351, point 28).

75 — C-634/13 P, EU:C:2015:208, point 56.

76 — Voir, en ce sens, arrêt Comap/Commission (C-290/11 P, EU:C:2012:271, point 76).

77 — Voir, en ce sens, arrêt Archer Daniels Midland/Commission (C-510/06 P, EU:C:2009:166, point 120).

78 — Voir point 207 de l'arrêt attaqué.

79 — C'est-à-dire points 208 à 214 de l'arrêt attaqué.

135. Ces documents démontrent, au contraire, un doute sur la participation future de Toshiba aux prochaines réunions et, dans l'attente de cette décision, la confirmation du gentlemen's agreement.

136. Par conséquent, puisqu'elle vise à remettre en cause l'appréciation des faits et des preuves effectuée par le Tribunal et en l'absence de dénaturation de ces éléments de preuve, la deuxième branche du troisième moyen est irrecevable.

137. En ce qui concerne la troisième branche du troisième moyen, j'estime que le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en déclarant inopérants les griefs de Toshiba relatifs à l'interprétation faite par la Commission du rôle joué par M. R. à la réunion de Zurich et à l'absence de caractère anticoncurrentiel de la réunion de Zurich.

138. C'est à juste titre qu'il a considéré que, à les supposer fondés, ces griefs ne seraient pas de nature à remettre en cause la constatation de la Commission selon laquelle Toshiba a participé au gentlemen's agreement jusqu'au 15 mai 2003. En effet, si le Tribunal a conclu, au point 220 de l'arrêt attaqué, que, «même dans l'hypothèse où la requérante n'aurait pas participé à la réunion de Zurich et où cette réunion n'aurait pas eu d'objet anticoncurrentiel, il conv[enai]t de considérer que, en l'absence de distanciation publique de celui-ci, la requérante a[vait] participé au gentlemen's agreement jusqu'à ladite réunion», c'est en se fondant sur les développements des points 205 à 214 de l'arrêt. Or, non seulement le point 220 ne fait pas l'objet du pourvoi mais, comme nous l'avons vu précédemment, les points 205 à 214 ne révèlent aucune dénaturation des faits et/ou des preuves analysés par le Tribunal.

139. Enfin, c'est également à juste titre que le Tribunal a considéré, au point 221 de l'arrêt attaqué, que Toshiba ne pouvait pas invoquer avec succès la cessation de sa participation au gentlemen's agreement au moment de l'établissement de l'entreprise commune TM T&D le 1er octobre 2002. À cette date, elle ne s'était pas distanciée publiquement de l'entente litigieuse au sens où la jurisprudence de la Cour l'entend, la compréhension qu'ont les autres participants à une entente de l'intention de l'entreprise concernée étant, à cet égard, déterminante [80]. En effet, à l'issue de la réunion de Vienne, antérieure au 1er octobre 2002, la présence de Toshiba et/ou de TM T&D n'était pas encore certaine dans le chef des autres participants. Au contraire, ces derniers avaient, d'une part, confirmé le gentlemen's agreement et les règles de notification des projets qui en relevaient et, d'autre part, estimé qu'il n'y aurait toutefois aucun intérêt à maintenir le gentlemen's agreement sans la participation de Toshiba.

140. Par conséquent, le troisième moyen est en partie irrecevable et en partie non fondé.

D – *Sur le quatrième moyen, pris des erreurs de droit dans la fixation du montant de l'amende*

141. Par son quatrième moyen, Toshiba reproche au Tribunal une application erronée du point 18 des lignes directrices de 2006 dans la mesure où le Tribunal a validé l'utilisation, par la Commission, des parts de marché détenues au niveau mondial par les participants à l'entente afin de calculer des valeurs fictives de ventes dans l'EEE.

142. Selon ledit point des lignes directrices de 2006, lorsque l'étendue géographique d'une infraction dépasse le territoire de l'EEE, en vue de refléter tout à la fois la dimension agrégée des ventes concernées dans l'EEE et le poids relatif de chaque entreprise dans l'infraction, la Commission peut estimer la valeur totale des ventes des biens ou des services en relation avec l'infraction dans le secteur géographique (plus vaste que l'EEE) concerné, déterminer la part des ventes de chaque entreprise participant à l'infraction sur ce marché et appliquer cette part aux ventes agrégées de ces mêmes entreprises à l'intérieur de l'EEE.

80 — Voir, en ce sens, arrêt Archer Daniels Midland/Commission (C-510/06 P, EU:C:2009:166, point 120).

143. Cette disposition desdites lignes directrices n'a pas encore, à notre connaissance et à l'exception de l'arrêt ICF/Commission (C-467/13 P, EU:C:2014:2274) [81], fait l'objet d'une interprétation par la Cour.

144. Toutefois, le point 18 des lignes directrices de 2006 étant une dérogation à la règle de principe énoncée au point 13 des mêmes lignes directrices, les indications relatives à celui-ci et le contexte dans lequel il s'inscrit peuvent nous aider à définir la portée du point 18.

145. À cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que les lignes directrices de 2006 ont été adoptées en vue d'assurer la transparence et le caractère objectif des décisions prises par la Commission sur la base de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement nº 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 [CE] et 82 [CE] du traité [82].

146. Or, cet article vise notamment à assurer à l'amende un caractère dissuasif suffisant, lequel justifie la prise en considération de la puissance économique de l'entreprise concernée [83].

147. La Cour en a déduit que le point 13 des lignes directrices de 2006 avait «pour objectif de retenir comme point de départ pour le calcul de l'amende infligée à une entreprise un montant qui reflète l'importance économique de l'infraction et le poids relatif de cette entreprise dans celle-ci» [84].

148. Ainsi, la Cour estime-t-elle qu'il serait contraire à l'objectif poursuivi par le point 13 des lignes directrices de 2006 de comprendre la notion de «valeur de ventes» qu'il utilise «comme ne visant que le chiffre d'affaires réalisé avec les seules ventes pour lesquelles il est établi qu'elles ont réellement été affectées par [l']entente [en cause]» [85].

149. Lorsqu'il déroge à la délimitation du secteur géographique visé au point 13 des lignes directrices de 2006 pour l'étendre au-delà de l'EEE, le point 18 desdites lignes directrices poursuit le même objectif: refléter de la façon la plus adéquate le poids de l'entreprise dans l'infraction.

150. Or, cet objectif est lui-même justifié par l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement nº 1/2003, qui entend assurer à l'amende un caractère dissuasif suffisant en prenant en considération la puissance économique de l'entreprise concernée.

151. Dans ces circonstances, une lecture littérale du point 18 des lignes directrices de 2006, qui voudrait que le «secteur géographique (plus vaste que l'EEE) concerné» soit limité aux seuls territoires visés par l'entente illicite, ne prendrait nécessairement pas en compte la puissance économique réelle de l'entreprise concernée et serait, par conséquent, susceptible d'aller à l'encontre de l'objectif précité de dissuasion.

152. Le cas d'espèce en est une parfaite illustration. En effet, si les seules ventes dans l'EEE et au Japon avaient été prises en compte, au moins un membre japonais de l'entente aurait échappé à toute amende en raison de l'absence de ventes sur le marché européen.

81 — La question traitée par cet arrêt est toutefois différente de celle qui nous occupe, puisqu'elle porte sur la notion de la «valeur totale des ventes des biens ou des services en relation avec l'infraction» mentionnée au point 18 des lignes directrices de 2006, et non pas sur celle du «secteur géographique (plus vaste que l'EEE) concerné» en cause dans la présente affaire.

82 — JO 2003, L 1, p. 1.Voir point 3 des lignes directrices de 2006.

83 — Voir, en ce sens, arrêt Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission (C-286/13 P, EU:C:2015:184, point 142).

84 — Ibidem (point 148).

85 — Voir arrêt Guardian Industries et Guardian Europe/Commission (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, point 57).

153. De plus, de façon plus générale, l'interprétation restrictive du point 18 des lignes directrices de 2006 soutenue par Toshiba conduit, dans l'hypothèse d'un accord de répartition de marché, à récompenser le respect de cet accord. En effet, en respectant ledit accord, l'entreprise ne réalise aucune vente sur le territoire du partenaire et échapperait donc, de facto et de jure, à l'amende.

154. C'est donc à raison et sans commettre d'erreur de droit que le Tribunal a jugé, au point 281 de l'arrêt attaqué, que «la requérante ayant participé à un accord de partage de marché visant à restreindre l'accès des producteurs japonais à l'EEE, la Commission a[vait] considéré à juste titre qu'il ne serait pas approprié d'appliquer une méthodologie qui se fonde sur ses ventes réelles dans l'EEE» et qu'il a lui-même considéré, au point 282 dudit arrêt, que, «eu égard à la nature de l'infraction en cause, une méthodologie qui prend en compte les parts du marché mondial [était] adéquate pour refléter le poids de l'infraction».

155. En outre, si les lignes directrices sont en général appréhendées par la Cour comme une règle de conduite dont la Commission ne saurait se départir sous peine de se voir sanctionnée au titre d'une violation des principes généraux du droit, tels que l'égalité de traitement et la protection de la confiance légitime [86], la Cour n'en a pas moins précisé que ces lignes directrices restaient, pour la Commission, une règle de conduite *indicative* de la pratique à suivre et dont elle pouvait s'écarter, dans un cas particulier, à condition de donner des raisons qui soient compatibles avec le principe d'égalité de traitement [87].

156. Cette possibilité est d'ailleurs expressément prévue au point 37 des lignes directrices de 2006, selon lequel «les particularités d'une affaire donnée ou la nécessité d'atteindre un niveau dissuasif dans une affaire particulière peuvent justifier que la Commission s'écarte de cette méthodologie» générale exposée par les lignes directrices pour la fixation des amendes.

157. Or, en l'espèce, force est de constater que la Commission n'a pas manqué d'expliquer, dans sa décision, en quoi il était justifié d'utiliser les ventes mondiales plutôt que les ventes réalisées sur les territoires concernés par l'infraction. D'une part, cela «est dû au fait que les ventes des entreprises dans l'EEE et au Japon ne reflètent pas de manière adéquate le poids de chaque entreprise dans l'infraction» [88] et, d'autre part, si «seules les ventes de transformateurs de puissance dans l'EEE et au Japon devaient être prises en compte, l'amende infligée à Fuji serait de zéro» [89].

158. La Commission a, par ailleurs, pris soin de fonder sa décision sur le point 37 des lignes directrices de 2006 en précisant que «toute autre méthode de calcul du montant de base de l'amende [que celle utilisée en l'espèce] donnerait un résultat arbitraire et déséquilibré *et n'aurait pas d'action dissuasive*» [90].

159. Par conséquent, le quatrième moyen est également non fondé.

VI – Sur les dépens

160. Selon l'article 138, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour, applicable à la procédure de pourvoi en vertu de l'article 184, paragraphe 1, du même règlement, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant conclu à la condamnation de Toshiba et celle-ci ayant succombé en ses moyens, il y aura lieu de la condamner aux dépens.

86 — Voir, en ce sens, arrêt Archer Daniels Midland/Commission (C-510/06 P, EU:C:2009:166, point 60).

87 — Voir, en ce sens, arrêt Quinn Barlo e.a./Commission (C-70/12 P, EU:C:2013:351, point 53).

88 — Point 229 de la décision litigieuse.

89 — Point 235 de la décision litigieuse.

90 — Ibidem (point 236). C'est moi qui souligne.

VII – Conclusion

161. Eu égard aux considérations qui précèdent, il est proposé à la Cour de statuer de la manière suivante:

— rejeter le pourvoi, et

— condamner Toshiba Corporation aux dépens.