CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^ME JULIANE KOKOTT
présentées le 3 juillet 2007 [1]

I — Introduction

1. Dans quelles circonstances une entente mise en œuvre précédemment par une entreprise active sur le marché concerné peut-elle être imputée à son successeur sur ce marché? Telle est, en substance, la question que le Consiglio di Stato (Italie) pose à la Cour.

2. La toile de fond de cette affaire est constituée par une entente qui, en infraction au droit de la concurrence, a influencé les prix de vente au détail sur le marché italien des cigarettes entre 1993 et 2001 avant que l'autorité italienne de la concurrence ne la découvre. À l'origine, l'administration autonome des monopoles d'État faisait partie de cette entente. Or, la société nouvelle Ente Tabacchi Italiani, privatisée ensuite, a repris à partir de mars 1999 les activités économiques de cette administration dans le domaine de la fabrication et de la commercialisation des produits du tabac, y compris sa participation à l'entente. Cette société doit désormais — telle est du moins la volonté de l'autorité italienne de la concurrence — répondre non seulement de sa propre participation à l'entente à partir de mars 1999, mais aussi de la participation antérieure de l'administration autonome des monopoles d'État et être sanctionnée d'une amende.

3. Les limites de l'imputation d'une entente dans le cas de succession d'entreprises revêtent une importance pratique considérable pour l'organisation concrète de la cession, de la restructuration ou de la privatisation des entreprises. En effet, les risques, pour les cédants et pour les cessionnaires d'entreprises, de voir engager leur responsabilité varient en fonction des critères posés par les autorités de la concurrence et les tribunaux pour l'imputation des ententes.

4. Le présent cas présente aussi un grand intérêt d'un autre point de vue: la décision de l'autorité italienne de la concurrence d'infliger une amende est fondée uniquement sur le droit national des ententes, lequel, toutefois, renvoie de son côté au droit commu-

1 — Langue originale: l'allemand.

nautaire, dont l'interprétation est ici demandée à la Cour. Il est d'une grande importance, aux fins de la collaboration à venir entre la Cour et les juridictions nationales en matière de droit des ententes, de déterminer si, dans ces circonstances, une demande préjudicielle est recevable, d'autant plus que le droit national et le droit communautaire sont en corrélation de plus en plus étroite dans ce domaine.

II — Cadre juridique

5. Le *cadre juridique communautaire* de la présente affaire est défini par les articles 81 CE et suivants et 3, paragraphe 1, sous g), CE. Pour ce qui est du *droit national*, on se référera, d'une part, au droit italien en matière de concurrence et, d'autre part, à certaines dispositions relatives à la gestion du monopole italien des tabacs.

A — *Le droit italien en matière de concurrence*

6. L'acte du droit italien en matière de concurrence qui nous intéresse ici est la loi n° 287, du 10 octobre 1990, portant dispositions pour la protection de la concurrence et du marché [2], dont le titre I comporte notamment les dispositions suivantes:

«*Article 1er*

1. Les dispositions de la présente loi, adoptées en application de l'article 41 de la Constitution et visant à protéger et à garantir le droit à l'initiative économique, s'appliquent aux ententes, aux abus de position dominante et aux concentrations d'entreprises qui n'entrent pas dans le champ d'application des articles 65 et/ou 66 du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, des articles 85 et/ou 86 du traité instituant la Communauté économique européenne (CEE), des règlements de la CEE ou d'actes communautaires produisant les mêmes effets de droit.

[...]

4. L'interprétation des dispositions figurant sous le présent titre s'effectue sur la base des principes du droit communautaire de la concurrence.

2 — Legge 10 ottobre 1990, n° 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (GURI n° 240, du 13 octobre 1990, p. 3), ci-après la «loi n° 287/1990».

Article 2

1. Sont considérés comme des ententes les accords et/ou les pratiques convenues entre des entreprises ainsi que les décisions, même si elles ont été adoptées en vertu de dispositions statutaires ou réglementaires, de groupements ou d'associations d'entreprises ainsi que d'autres organismes similaires.

2. Sont interdites les ententes entre entreprises qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière substantielle le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché national ou sur une partie de celui-ci, y compris à travers des activités consistant à:

a) fixer directement ou indirectement les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions contractuelles;

b) empêcher ou limiter la production, les débouchés ou les accès au marché, les investissements, le développement technique ou le progrès technologique;

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

d) appliquer, dans les rapports commerciaux avec d'autres partenaires, des conditions objectivement différentes à des prestations équivalentes, en infligeant de ce fait à ceux-ci des désavantages injustifiés sur le plan de 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 aucun rapport avec l'objet de ces contrats.

3. Les ententes interdites sont nulles à tous égards.»

7. Le titre II de la loi n° 287/1990 institue une autorité nationale de la concurrence, dénommée Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (ci-après l'«Autorité»), dont les compétences sont ainsi décrites à l'article 15, paragraphe 1, de la même loi:

«Si [...] l'Autorité met en évidence des infractions aux articles 2 ou 3, elle fixe le délai dans lequel les entreprises et organismes concernés devront mettre fin à ces

infractions. En cas d'infractions graves elle inflige en outre, compte tenu de la gravité et de la durée de l'infraction, une sanction administrative pouvant atteindre dix pour cent du chiffre d'affaires réalisé par chaque entreprise ou organisme au cours du dernier exercice révolu avant la date de notification de la mise en demeure, en fixant les délais dans lesquels l'entreprise devra payer l'amende.»

8. Le titre VI de la loi n° 287/1990 comporte en outre un article 31, ainsi rédigé:

«Les amendes consécutives à la violation de la loi sont soumises, pour autant qu'elles soient applicables, aux dispositions figurant au chapitre I, sections I et II, de la loi n° 689 du 24 novembre 1981.»

B — *Les règles relatives à l'administration du monopole italien des tabacs*

9. Le décret-loi royal [3] n° 2258, du 8 décembre 1927 [4], a institué en Italie une administration autonome des monopoles d'État (Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, ci-après l'«AAMS»). L'AAMS est un organe administratif de l'État qui est aujourd'hui encore soumis à la tutelle du ministère de l'Économie et des Finances [5]. Elle est autonome, tant d'un point de vue de gestion administrative que d'un point de vue financier et comptable, mais n'a pas de personnalité juridique propre. Jusqu'à février 1999 compris, l'AAMS avait, entre autres, la charge du monopole italien des tabacs.

10. Par décret législatif [6] n° 283 du président de la République, du 9 juillet 1998 [7], a été créé un établissement public autonome [8] dénommé Ente Tabacchi Italiani (ci-après l'«ETI»). À cet établissement ont été confiées, de plein droit, toutes les activités productives et commerciales de l'AAMS à l'exception des loteries. Dans les domaines qui lui ont été confiés, l'ETI est le successeur juridique de l'AAMS dont il reçoit tout l'actif et le passif, les droits et le patrimoine [9]. L'ETI a entamé ses activités le 1er mars 1999.

11. Au départ, l'ETI était soumis à la tutelle du ministère de l'Économie et des Finances, qui lui donnait des lignes directrices pour ses activités et en nommait les organes diri-

3 — Regio decreto-legge.

4 — Converti en la loi n° 3474, du 6 décembre 1928.

5 — Ministero dell'Economia e delle Finanze.

6 — Decreto legislativo.

7 — GURI n° 190, du 17 août 1998, p. 3 (ci-après le «décret n° 283/1998»).

8 — Ente pubblico economico.

9 — Article 3, paragraphe 1, du décret n° 283/1998.

geants, dont il surveillait les décisions [10]. Toutefois, ainsi qu'il avait été prévu dès l'origine [11], l'ETI a été transformé le 23 juin 2000 en une société anonyme, Ente Tabacchi Italiani — ETI SpA. Le capital de cette société était détenu au départ à 100 % par le ministère de l'Économie et des Finances. En 2003, la société ETI a finalement été privatisée et, depuis lors, elle est tombée sous le contrôle exclusif de British American Tobacco plc, société holding de droit anglais, qui fait partie du groupe BAT — British American Tobacco.

12. L'AAMS ne s'occupe plus, quant à elle, depuis le 1er mars 1999 que des missions de puissance publique en matière de produits du tabac [12] et n'exerce plus d'activités économiques dans ce domaine. En revanche, d'après les informations dont dispose la Cour, elle a continué à exercer, après cette date, de telles activités dans le domaine des paris et des jeux de hasard.

III — Faits et affaire au principal

13. Par décision n° 11795, du 13 mars 2003 [13], l'Autorité a constaté que diverses sociétés du Groupe Philip Morris [14] avaient constitué entre 1993 et 2001, d'abord avec l'AAMS, puis avec l'ETI, une entente qui avait pour but et a eu pour effet d'affecter considérablement, et de manière durable, la concurrence sur le prix de vente au détail des cigarettes sur le marché intérieur italien. L'Autorité a infligé aux participants à cette entente, pour infraction à l'article 2, paragraphe 2, sous a) et b), de la loi n° 287/1990, des amendes qui s'élevaient au total pour Philip Morris à 50 millions d'euros et pour l'ETI à 20 millions d'euros. En outre, l'Autorité a ordonné aux participants à l'entente de mettre fin à l'infraction.

14. Dans sa décision, l'Autorité a imputé également à l'ETI la participation de l'AAMS à l'entente avant le 1er mars 1999 en remarquant que celle-ci avait cessé ses activités économiques dans les domaines de la fabrication et de la commercialisation des produits du tabac et que ces activités avaient été reprises par l'ETI.

15. Tant Philip Morris que l'ETI ont engagé des recours contre la décision de l'Autorité devant le Tribunale amministrativo regionale del Lazio [15] (ci-après le «TAR»). Tandis que

10 — Selon les explications fournies par le gouvernement italien à la demande de la Cour.

11 — Article 1er, paragraphe 6, du règlement n° 283/1998.

12 — Sont citées comme exemple la surveillance du commerce des produits à fumer et l'attribution de concessions pour la vente de produits du tabac au public.

13 — Provvedimento 13 marzo 2003, n. 11795, I 479, «Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi» (*Bollettino settimanale*, année XIII, n° 11/2003, p. 5). Cette décision avait été précédée d'une enquête lancée en juin 2001.

14 — Philip Morris Products SA, Philip Morris Holland BV, Philip Morris GmbH, Philip Morris Products Inc. et Philip Morris International Management SA. Dans un but de simplification, toutes ces entreprises sont ci-après désignées collectivement sous le nom de «Philip Morris».

15 — Tribunal administratif de la région du Latium, siégeant à Rome.

les recours de Philip Morris étaient rejetés en première instance, le TAR a donné acte à l'ETI que la participation de l'AAMS à l'entente ne pouvait lui être imputée. Il a donc annulé en partie la décision de l'Autorité. Le TAR s'est fondé, à cet égard, sur le principe de la responsabilité personnelle au sens des articles 1er et 7 de la loi nº 689/81, à laquelle renvoie l'article 31 de la loi nº 287/1990, considérant que ce principe trouvait aussi application en droit communautaire. Le critère de la continuité économique objective ne pouvait, selon lui, s'appliquer que dans des situations exceptionnelles strictement définies, ce qui n'était pas le cas en l'occurrence.

16. L'ETI et Philip Morris, mais aussi l'Autorité, ayant introduit des pourvois contre le jugement rendu en première instance, l'affaire est désormais pendante devant le Consiglio di Stato [16] (ci-après aussi la «juridiction de renvoi»), en sa qualité de juridiction administrative italienne suprême. Le Consiglio di Stato a déjà rejeté les moyens de l'ETI et de Philip Morris concernant l'existence d'une entente et il examine maintenant la question, soulevée par le pourvoi de l'Autorité, de la possibilité d'imputer à l'ETI, pour la période «précédant sa fondation», la participation de l'AAMS à l'entente.

16 — Conseil d'État.

IV — Demande de décision préjudicielle et procédure devant la Cour

17. Par décision du 8 novembre 2005, parvenue à la Cour le 27 juin 2006, le Consiglio di Stato a sursis à la procédure et soumis les questions suivantes à la Cour, à titre préjudiciel:

«1) Quel est, conformément aux articles 81 et suivants du traité et aux principes généraux du droit communautaire, le critère qu'il convient d'appliquer pour déterminer l'entreprise à sanctionner pour infraction aux règles de concurrence, lorsque, dans le cadre d'un comportement globalement sanctionné, la partie finale de ce comportement a été mise en œuvre par une entreprise ayant succédé dans le secteur économique concerné à l'entreprise initiale, chaque fois que l'entité initiale, bien qu'elle n'ait pas cessé d'exister, n'opère plus, du moins dans le secteur économique concerné par la sanction, en tant qu'entreprise commerciale?

2) Lors de la détermination de la personne sanctionnable, appartient-il à l'autorité administrative compétente pour l'application de la réglementation antitrust d'apprécier librement le concours de circonstances qui justifient l'imputation au successeur économique de la responsabilité d'infractions aux règles de concurrence commises par la personne

morale à laquelle il succède, même lorsque cette dernière n'a pas cessé d'exister à la date de la décision, afin que l'effet utile des règles de concurrence ne soit pas compromis par les changements apportés à la forme juridique des entreprises?»

18. L'ETI, Philip Morris, le gouvernement italien et la Commission des Communautés européennes ont soumis des observations écrites et orales à la Cour.

V — Appréciation

A — *Recevabilité de la demande préjudicielle*

19. L'objet du litige soumis aux tribunaux italiens est une décision de l'Autorité dans une affaire d'entente. Cette décision ne repose que sur le droit national, plus précisément sur la loi n° 287/1990. Le juge national estime toutefois que l'interprétation du droit communautaire de la concurrence est nécessaire pour apprécier la validité de cette décision. Il se réfère à ce propos à l'article 1^er, paragraphe 4, de la loi n° 287/1990, selon lequel les principes du droit de la concurrence de la Communauté constituent la base d'interprétation des dispositions du titre I de cette loi et sont donc pertinents aussi pour le droit national.

20. Dans ce contexte, on exposera ci-après quelques remarques sur la recevabilité des questions préjudicielles, en ce qui concerne notamment leur pertinence pour la procédure au principal.

1. Remarques introductives

21. En soi, la circonstance que le droit communautaire n'entre en ligne de compte que par le biais d'un renvoi du droit national ne s'oppose pas à la pertinence des questions posées par le Consiglio di Stato ni à la compétence de la Cour pour y répondre.

22. D'après une jurisprudence constante qui trouve son origine dans l'arrêt Dzodzi [17] (ci-

17 — Arrêt du 18 octobre 1990 (C-297/88 et C-197/89, Rec. p. I-3763, point 36); voir, en outre, arrêts du 8 novembre 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Rec. p. I-4003, point 25); du 17 juillet 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Rec. p. I-4161, point 25), et Giloy (C-130/95, Rec. p. I-4291, point 21); du 11 janvier 2001, Kofisa Italia (C-1/99, Rec. p. I-207, point 21); du 17 mars 2005, Feron (C-170/03, Rec. p. I-2299, point 11); du 16 mars 2006, Poseidon Chartering (C-3/04, Rec. p. I-2505, point 15), et du 14 décembre 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, Rec. p. I-11987, point 19); l'arrêt du 7 janvier 2003, BIAO (C-306/99, Rec. p. I-1, point 90), est similaire.

après la «jurisprudence Dzodzi»), ni le libellé de l'article 234 CE ni le sens et la finalité de la procédure préjudicielle ne s'opposent à ce que la Cour réponde à des demandes d'interprétation du droit communautaire auquel le droit national se contente de renvoyer pour régir des situations purement internes.

23. Bien au contraire, ainsi que la Cour l'a déjà reconnu à maintes reprises, il existe, pour l'ordre juridique communautaire, un intérêt manifeste à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, toute disposition de droit communautaire reçoive une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elle est appelée à s'appliquer [18].

24. Dans le domaine du droit de la concurrence, cet intérêt à une interprétation et à une application aussi uniformes que possible des dispositions applicables au niveau communautaire est particulièrement fort [19], étant donné que, dans ce domaine, le droit national trouve très souvent son inspiration dans le droit communautaire. Cela ne date pas seulement de l'entrée en vigueur du règlement (CE) nº 1/2003 [20], qui a établi une interaction particulièrement étroite entre le droit national de la concurrence et le droit communautaire. Déjà auparavant, c'est-à-dire sous l'empire du règlement nº 17 [21], le droit national de la concurrence de plusieurs États membres s'inspirait du droit communautaire pour traiter de situations purement internes. Cela vaut également pour la loi italienne nº 287/1990, qui trouve application au présent litige au principal.

25. Dans ces conditions, la coopération entre la Cour et les juridictions nationales revêt une importance particulière en matière de droit de la concurrence. Elle contribue à garantir une sécurité juridique maximale et des conditions de concurrence comparables à tous les opérateurs économiques auxquels s'applique — de manière directe ou indirecte — le droit communautaire.

26. Toutefois, la Commission exprime ici des doutes quant à la recevabilité de la

18 — Arrêts Dzodzi (précité note 17, point 37) et du 25 juin 1992, Federconsorzi (C-88/91, Rec. p. I-4035, point 7); sont similaires les arrêts précités note 17 Leur-Bloem (point 32), Giloy (point 28), Kofisa Italia (point 32), Poseidon Chartering (point 16), et Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (point 20), ainsi que les arrêts du 11 octobre 2001, Adam (C-267/99, Rec. p. I-7467, point 27); du 15 janvier 2002, Andersen et Jensen (C-43/00, Rec. p. I-379, point 18); du 15 mai 2003, Salzmann (C-300/01, Rec. p. I-4899, point 34), et du 29 avril 2004, British American Tobacco (C-222/01, Rec. p. I-4683, point 40). Voir, également, la jurisprudence de la Cour sur sa compétence pour interpréter des dispositions d'accords mixtes de droit international public, en particulier arrêt du 16 juin 1998, Hermès (C-53/96, Rec. p. I-3603, point 32).

19 — Voir, à ce sujet, nos conclusions du 13 juillet 2006 dans l'affaire Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (précitée note 17), points 21 et suiv.

20 — Règlement du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO 2003, L 1, p. 1). Ce règlement a modernisé les règles d'application des articles 81 CE et 82 CE et renforcé l'obligation pour les administrations et les juridictions nationales d'appliquer les règles du droit européen de la concurrence; voir, à ce sujet, sixième, septième et quinzième considérants du règlement nº 1/2003 ainsi que ses articles 5 et 6.

21 — Règlement du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [81] et [82] du traité (JO 1962, 13, p. 204).

demande préjudicielle. Pour diverses raisons, elle considère que la jurisprudence Dzodzi n'est pas pertinente en l'espèce.

27. Disons-le sans détours, aucune des objections de la Commission n'emporte notre conviction. La Commission se perd dans les détails de la législation italienne et en oublie que, dans la procédure préjudicielle, la Cour n'a pas pour mission d'interpréter le droit national [22]. Elle méconnaît aussi le fait que les questions posées par le juge national, dans le cadre réglementaire et factuel qu'il définit sous sa responsabilité, et dont il n'appartient pas à la Cour de vérifier l'exactitude, bénéficient d'une présomption de pertinence [23]. Si les questions posées portent sur l'interprétation du droit communautaire, la Cour est en principe tenue d'y répondre [24].

28. Nous allons examiner ci-après, l'une après l'autre, les objections de la Commission.

22 — Jurisprudence constante: voir, entre autres, arrêts du 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a. (C-222/04, Rec. p. I-289, point 63), et du 13 juillet 2006, Manfredi e.a. (C-295/04 à C-298/04, Rec. p. I-6619, point 70).

23 — Arrêts Salzmann (précité note 18, point 31); du 1^er décembre 2005, Burtscher (C-213/04, Rec. p. I-10309, point 35), et du 7 juin 2007, van der Weerd e.a. (C-222/05 à C-225/05, Rec. p. I-4233, point 22).

24 — Jurisprudence constante: voir, entre autres, arrêts du 15 décembre 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921, point 59); Dzodzi (précité note 17, point 35); du 23 novembre 2006, Asnef-Equifax (C-238/05, Rec. p. I-11125, point 15), et Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (précité note 17, point 17).

2. Les objections de la Commission quant à la recevabilité

29. La Commission soulève en tout quatre objections contre la recevabilité de la demande préjudicielle du Consiglio di Stato. Premièrement, elle estime que les dispositions italiennes applicables ne comportent même pas de renvoi au droit communautaire. Deuxièmement, elle considère que, en tout état de cause, un renvoi éventuel n'est ni inconditionnel ni contraignant. Troisièmement, la Commission ne voit pas d'intérêt à interpréter le droit communautaire et, quatrièmement, elle évoque l'absence de prescriptions dans le droit communautaire.

a) La première objection: l'absence de tout renvoi au droit communautaire

30. Par sa première objection, la Commission conteste que le droit italien renvoie du tout au droit communautaire dans des cas tels que celui de la présente espèce. Seul le titre I de la loi n° 287/1990 est, d'après elle, à interpréter conformément au droit communautaire. Or, en l'occurrence, les dispositions pertinentes ne seraient pas les règles matérielles de ce titre I, mais le régime des sanctions des titres II et VI de la loi

n° 287/1990, étant donné qu'il serait seulement question de l'«imputation de la sanction» à une personne physique ou morale concrète. Or, ces dispositions du droit italien ne seraient justement pas inspirées par le droit communautaire. La Commission considère donc que le litige doit être tranché à la seule lumière du droit national.

31. Cette argumentation ne nous convainc pas. Contrairement à ce que semble penser la Commission, il ne va en effet pas du tout de soi que l'imputation d'ententes en cas de succession d'entreprises relève exclusivement du *régime des sanctions* et puisse être appréciée sans qu'il soit tenu aucun compte *des règles matérielles du droit de la concurrence* ainsi que de la notion d'entreprise. Ainsi la Cour examine-t-elle, par exemple, la question de l'imputation d'ententes non pas seulement dans le contexte des dispositions qui prévoient des amendes (article 15 du règlement n° 17, remplacé par l'article 23 du règlement n° 1/2003), mais aussi dans celui des dispositions de droit matériel de l'article 81 CE [25] et, dans cet exercice, les critères de la continuité économique et de l'identité de l'entreprise ne sont pas les derniers à entrer en ligne de compte [26].

32. Si le Consiglio di Stato, dans le cadre du droit national italien de la concurrence, envisage de s'engager dans une voie similaire, la Cour ne saurait considérer que cette approche n'est manifestement pas pertinente, sous peine de contredire sa propre jurisprudence.

33. Certes, la Cour pourrait considérer la demande préjudicielle du Consiglio di Stato comme irrecevable s'il était *manifeste* que l'interprétation du droit communautaire qui lui est demandée n'a aucun rapport avec la réalité du litige ou avec son objet [27]. Partant, s'il était établi que, dans des cas tels que celui qui nous intéresse, le droit italien ne trouve pas son inspiration dans le droit communautaire, les questions d'interprétation du droit communautaire posées à la Cour devraient être rejetées comme irrecevables faute de pertinence [28].

34. Or, ce n'est justement pas le cas ici. Le Consiglio di Stato part, dans sa demande préjudicielle, de la prémisse que le titre I de la loi n° 287/1990, avec le renvoi au droit communautaire qui y figure, est important

25 — Le lien entre l'article 81 CE (ancien article 85 du traité CEE) et la question de l'imputation ressort d'une manière particulièrement nette dans les arrêts du 28 mars 1984, CRAM et Rheinzink/Commission (29/83 et 30/83, Rec. p. 1679, point 9), et du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123, point 59).

26 — Arrêts CRAM et Rheinzink/Commission (précité note 25, point 9) ainsi que du 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Rec. p. I-4125, point 145).

27 — Jurisprudence constante, voir arrêts Bosman (précité note 24, points 59 et 61); du 10 janvier 2006, IATA et ELFAA (C-344/04, Rec. p. I-403, point 24); Asnef-Equifax (précité note 24, point 17), et Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (précité note 17, point 17).

28 — Voir aussi, dans ce sens, arrêts précités note 17 Dzodzi (point 40), Gmurzynska-Bscher (point 23), Leur-Bloem (point 26), Giloy (point 22) et Kofisa Italia (point 22).

pour statuer sur le litige au principal [29]. Seule cette constatation de la juridiction nationale lie la Cour dans le cadre de la procédure préjudicielle.

35. Comme nous l'avons déjà vu, il n'appartient pas à la Cour, dans le cadre de la procédure préjudicielle, de se prononcer sur l'interprétation de dispositions nationales et de dire si leur interprétation par la juridiction de renvoi est exacte [30]. En particulier dans un cas tel que celui qui nous intéresse, il appartient à la seule juridiction de renvoi de déterminer la portée exacte d'un renvoi du droit national au droit communautaire. La Cour ne peut pas, dans sa réponse au juge national, tenir compte de l'économie générale des dispositions du droit interne qui, en même temps qu'elles se réfèrent au droit communautaire, déterminent l'étendue de cette référence [31].

36. La première objection de la Commission n'est donc pas fondée.

b) La deuxième objection: absence de renvoi inconditionnel et contraignant au droit communautaire

37. Par sa deuxième objection, la Commission fait valoir que, fût-il applicable, le renvoi au droit communautaire visé à l'article 1^er, paragraphe 4, de la loi n° 287/1990 n'est pas direct et inconditionnel. De plus, elle considère que, en l'occurrence, l'interprétation du droit communautaire par la Cour ne lie pas les juridictions nationales. C'est pourquoi, comme dans l'affaire Kleinwort Benson [32], la présente demande préjudicielle serait irrecevable.

38. Cette thèse ne nous convainc pas non plus.

39. D'après l'arrêt Kleinwort Benson lui-même, le point décisif, en effet, est de savoir si le législateur national fait une distinction entre des situations purement internes et d'autres qui sont régies par le droit communautaire ou s'il entend traiter les deux catégories de situations de la même manière et s'inspire donc dans les deux cas du droit communautaire [33]. Peu importe alors que le

29 — À l'audience devant la Cour, Philip Morris s'est référé à titre complémentaire à l'arrêt n° 1189 du Consiglio di Stato du 2 mars 2001 (et en particulier à ses points 4.4 et suiv.), d'après lequel la juridiction de renvoi s'inspirait, même en ce qui concerne le régime de sanctions, du droit communautaire ainsi que de la jurisprudence de la Cour.

30 — Arrêts du 3 octobre 2000, Corsten (C-58/98, Rec. p. I-7919, point 24); du 29 avril 2004, Orfanopoulos et Oliveri (C-482/01 et C-493/01, Rec. p. I-5257, point 42), et du 12 janvier 2006, Turn- und Sportunion Waldburg (C-246/04, Rec. p. I-589, point 21).

31 — Arrêts Dzodzi (points 41 et 42) et Leur-Bloem (point 33), tous deux précités note 17.

32 — Arrêt du 28 mars 1995 (C-346/93, Rec. p. I-615).

33 — Voir, à ce propos, les commentaires de la décision Kleinwort Benson dans des arrêts postérieurs, notamment Leur-Bloem (points 29 in fine et 31), Giloy (points 25 in fine et 27) et Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (points 21 in fine et 22), tous précités note 17. L'arrêt Poseidon Chartering (précité note 17, point 17) s'appuie sur la même réflexion.

droit national renvoie au droit communautaire expressément ou seulement de façon implicite; ce qui compte, c'est bien plutôt qu'il *s'oriente, quant au fond,* d'après le droit communautaire [34].

40. Pour autant que l'on puisse en juger, le législateur italien ne fait pas de distinction entre des situations purement internes et d'autres qui sont régies par le droit communautaire. Au contraire, le renvoi au droit communautaire prévu à l'article 1er, paragraphe 4, de la loi nº 287/1990 s'applique dans les deux cas. Cette circonstance milite déjà pour la recevabilité de la demande préjudicielle du Consiglio di Stato au sens de la jurisprudence Dzodzi, incluant l'arrêt Kleinwort Benson.

41. Par ailleurs, contrairement à ce que pense la Commission, l'affaire Kleinwort Benson n'est aucunement comparable au cas d'espèce.

42. D'une part, le législateur national se contentait, dans l'affaire Kleinwort Benson, de prendre modèle partiellement sur le droit européen (l'affaire concernait la convention de Bruxelles), et il n'en reprenait les notions que pour partie également. Le droit national s'appuyait sur le droit européen, mais il ne comportait pas de renvoi direct et inconditionnel à celui-ci. Au contraire, il admettait même expressément des dérogations à son égard ainsi que des modifications qui étaient «destinées à produire des divergences» [35].

43. On ne voit rien de tel dans le cas de l'article 1er, paragraphe 4, de la loi nº 287/1990. Cette disposition comporte bien plutôt un renvoi exprès aux «principes du droit communautaire de la concurrence». Ni le libellé de cette disposition ni la décision de renvoi ou le dossier ne donnent en tout cas à penser que ce renvoi au droit communautaire soit soumis à une condition quelconque.

44. D'autre part, d'après les dispositions nationales applicables dans l'affaire Kleinwort Benson, les juridictions nationales devaient seulement «tenir compte» de la jurisprudence de la Cour sans lui conférer un caractère contraignant [36].

34 — De ce point de vue, l'arrêt BIAO (précité note 17, points 92 et 93) est particulièrement éclairant.

35 — Arrêt Keinwort Benson (précité note 32, points 89 et 10 ainsi que 16 à 18). La Cour a souligné aussi, par la suite, ces aspects de l'arrêt Kleinwort Benson, par exemple dans ses arrêts Leur-Bloem (point 29), Giloy (point 25), Kofisa Italia (point 30), BIAO (point 93) et Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (point 21), tous précités note 17.

36 — Arrêt Keinwort Benson (précité note 32, points 10 et 20 à 23). La Cour a souligné, par la suite, cet aspect de l'arrêt Kleinwort Benson, par exemple dans ses arrêts Leur-Bloem (point 29) et Giloy (point 25), tous deux précités note 17.

45. Contrairement à ce que pense la Commission, on ne saurait dire que les juridictions internes ne sont pas liées en l'occurrence: l'interprétation des dispositions du titre I de la loi nº 287/1990 «s'effectue sur la base des principes du droit communautaire de la concurrence» (article 1er, paragraphe 4, de la loi nº 287/1990). Ni le libellé de cette disposition ni la décision de renvoi ou le dossier ne donnent à penser que la jurisprudence de la Cour ne s'imposerait pas dans le cadre de cette interprétation [37].

46. La Commission elle-même ne produit aucun élément à l'appui de sa thèse selon laquelle le droit communautaire n'est, pour ceux qui appliquent le droit en Italie, qu'un élément parmi plusieurs, et pas un élément décisif, lors de l'interprétation des dispositions nationales pertinentes, et que les tribunaux italiens ne sont pas tenus légalement de transposer l'interprétation de la Cour au droit national. Tous les autres participants à la procédure ont souligné à l'audience que les tribunaux italiens sont liés par la jurisprudence de la Cour en pareil cas.

47. Enfin, un point devrait être décisif de toute façon: il s'agit de se demander si la réponse aux questions posées *peut* ou non *être utile* à la juridiction de renvoi. En effet, la procédure préjudicielle prévue à l'article 234 CE est un instrument de coopération judiciaire grâce auquel la Cour peut donner aux juridictions nationales des indications sur l'interprétation du droit communautaire qui peuvent leur être utiles pour apprécier les effets d'une disposition nationale dans le litige qui leur est soumis [38]. La juridiction de renvoi jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier cette utilité [39].

48. Toutes ces considérations nous amènent à conclure que la deuxième objection de la Commission ne tient pas davantage.

c) Troisième objection: absence d'intérêt à l'interprétation du droit communautaire

49. Par sa troisième objection, la Commission soutient que, en l'occurrence — à la différence des affaires Bronner [40] et Asnef-Equifax [41] —, il n'y a aucun intérêt à interpréter le droit communautaire pour la simple raison que celui-ci ne peut pas trouver application parallèlement au droit national.

37 — Dans des circonstances comparables, la Cour a aussi réfuté un parallèle avec l'affaire Kleinwort Benson, par exemple dans les arrêts Kofisa Italia (point 31) et Poseidon Chartering (point 18), tous deux précités note 17.

38 — Arrêts Salzmann (précité note 18, point 28), et du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom (C-448/01, Rec. p. I-14527, point 77).

39 — La jurisprudence constante relative à la pertinence des demandes préjudicielles va dans le même sens: voir, entre autres, arrêts Bosman (précité note 24, point 59), EVN et Wienstrom (précité note 38, point 74), Asnef-Equifax (précité note 24, point 15) et Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (précité note 17, point 16).

40 — Arrêt du 26 novembre 1998 (C-7/97, Rec. p. I-7791).

41 — Arrêt précité note 24.

50. Cet argument n'est pas davantage convaincant. La Commission méconnaît ici le fait que la jurisprudence Dzodzi ne se limite pas à des cas dans lesquels le droit communautaire et le droit national peuvent, le cas échéant, être applicables l'un à côté de l'autre.

51. Certes, le droit relatif aux ententes se caractérise d'abord par le fait qu'il n'est pas rare qu'à une seule et unique situation puissent s'appliquer tant des dispositions nationales que des dispositions du droit communautaire [42]. C'est toujours le cas lorsque les champs d'application des droits national et communautaire des ententes se superposent, c'est-à-dire lorsque des accords entre entreprises sont visés par le droit national des ententes, mais aussi par l'article 81 CE, en particulier parce qu'ils sont susceptibles d'affecter les échanges entre États membres au sens de cette disposition. En pareil cas, avant même l'entrée en vigueur du règlement nº 1/2003, il existait un intérêt particulièrement évident à disposer d'une interprétation et d'une application uniformes du droit communautaire [43].

52. Il ne s'ensuit pourtant nullement que c'est uniquement en cas d'application parallèle des dispositions du droit interne et du droit communautaire qu'il existerait un intérêt à répondre à des demandes préjudicielles dans le sens de la jurisprudence Dzodzi. Bien au contraire, cette jurisprudence concernait jusqu'à présent surtout des cas dans lesquels le droit communautaire ne trouvait pas application en tant que tel et où, par conséquent, il n'était d'emblée pas envisageable de parler d'une application parallèle du droit communautaire et du droit national [44].

53. Même en droit de la concurrence, l'intérêt d'une interprétation et d'une application uniformes du droit communautaire ne se limite pas aux cas dans lesquels le droit communautaire et le droit national s'appliquent parallèlement, étant donné que les champs d'application de l'un et de l'autre sont ouverts. La législation de nombreux États membres s'inspire, *même pour des faits purement internes*, qui relèvent exclusivement du champ d'application du droit national de la concurrence, des dispositions correspondantes du droit communautaire, de sorte que celui-ci y est *indirectement applicable*. Cette tendance n'est pas perceptible uniquement depuis l'entrée en vigueur du règlement nº 1/2003 — qui ne s'applique pas encore en l'occurrence. Les dispositions

42 — Arrêt du 13 février 1969, Wilhelm e.a. (14/68, Rec. p. 1, point 3); voir, dans le même sens, arrêts du 10 juillet 1980, Giry et Guerlain e.a. (253/78 et 1/79 à 3/79, Rec. p. 2327, point 15); du 16 juillet 1992, Asociación Española de Banca Privada e.a. (C-67/91, Rec. p. I-4785, point 11); Bronner (précité note 40, point 19) et Asnef-Equifax (précité note 24, point 20).

43 — Depuis l'entrée en vigueur du règlement nº 1/2003, il est même expressément interdit aux autorités nationales de la concurrence et aux juridictions nationales d'appliquer de manière isolée leur droit national de la concurrence lorsqu'un cas relève concomitamment aussi du champ d'application de l'article 81 CE. Il y a lieu désormais, en vertu du règlement nº 1/2003, d'appliquer aussi l'article 81 CE dans de tels cas, en parallèle avec le droit de la concurrence national (article 3, paragraphe 1, du règlement), en tenant compte dans cet exercice des prescriptions de rang supérieur du droit communautaire (voir, à ce sujet, article 3, paragraphe 2, première phrase, du règlement).

44 — Cela est particulièrement clair, par exemple, dans les arrêts Leur-Bloem (point 27), Giloy (point 23), BIAO (point 90), Feron (point 10) et Poseidon Chartering (point 17), tous précités note 17, et dans l'arrêt Andersen et Jensen (précité note 18, points 16 et 19).

du droit italien de la concurrence, qui datent déjà de 1990, montrent à l'évidence que, bien avant, il s'orientait déjà, quant au fond, d'après le droit communautaire.

54. Que le droit communautaire s'applique *parallèlement* au droit national des ententes ou seulement *de manière indirecte*, par le biais d'un renvoi dans le droit national, il doit être interprété et appliqué d'une manière uniforme, afin d'assurer une sécurité juridique maximale et des conditions de concurrence comparables à tous les opérateurs économiques auxquels s'applique — de manière directe ou non — le droit communautaire. L'un des buts principaux de la procédure préjudicielle de l'article 234 CE est de veiller à atteindre ce résultat dans des affaires portant sur le droit de la concurrence.

55. En conséquence, la Cour admet aussi dans les affaires de droit de la concurrence la recevabilité de demandes de décision préjudicielle non pas seulement lorsqu'une application parallèle du droit communautaire de la concurrence et du droit national des ententes semble possible [45], mais aussi lorsque le droit national trouve seul application et que le droit communautaire n'est pertinent que de manière indirecte, par le biais d'un renvoi dans le droit national [46].

56. Partant, la troisième objection de la Commission n'est pas non plus pertinente.

d) Quatrième objection: absence de prescriptions dans le droit communautaire

57. La quatrième et dernière objection de la Commission est fondée sur l'article 5 du règlement n° 1/2003, plus précisément sur son quatrième tiret. Il ressort de cette disposition que, dans les procédures relatives à des ententes, les autorités nationales de la concurrence infligent toujours des *sanctions prévues par leur droit national*, et cela même si elles appliquent le droit communautaire (article 81 CE). La Commission en déduit que le droit communautaire ne prévoit rien dans un cas tel que celui-ci qui concerne l'«imputation de la sanction». C'est pourquoi il n'y a pas, selon elle, d'intérêt à l'interpréter.

45 — Arrêts Bronner (précité note 40, points 18 à 20) et Asnef-Equifax (précité note 24, points 19 à 21).

46 — Arrêt Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (précité note 17, voir en particulier points 19 à 22).

58. Ce point de vue n'est pas convaincant. Ainsi que nous l'avons déjà dit [47], il ne va en effet pas du tout de soi que l'imputation d'ententes en cas de succession d'entreprises relève exclusivement du domaine du *régime des sanctions* et puisse être appréciée sans tenir aucun compte des *règles matérielles du droit de la concurrence.*

59. En l'occurrence, la question n'est pas au premier chef de savoir si des sanctions pénales ou administratives sont susceptibles de s'appliquer et si ces sanctions peuvent viser, le cas échéant, des personnes physiques telles que les dirigeants des entreprises qui ont participé à l'entente. Il s'agit plutôt de se demander si une entreprise peut être tenue pour responsable des ententes menées pendant une certaine période par une autre entreprise. Contrairement à ce que pense la Commission, ce problème ne se laisse pas ramener à une simple «imputation de la sanction». Il s'agit bien plutôt de l'*imputation des ententes* dans leur ensemble. En conséquence, la Cour n'analyse pas cette question exclusivement en lien avec le régime des sanctions, mais aussi en lien avec les *règles de droit matériel* de l'article 81 CE [48].

60. Le quatrième tiret de l'article 5 du règlement n° 1/2003 ne renseigne que sur le *régime des sanctions* auxquelles une autorité nationale peut recourir dans une procédure relative à une entente. Il s'ensuit que l'on ne saurait tirer de cette disposition des conclusions claires pour répondre à la question, qui nous intéresse ici, de l'*imputation des ententes.*

61. Il convient donc d'écarter également la quatrième objection de la Commission.

3. Remarques finales sur la recevabilité

62. Pour être complet, on observera encore que rien dans l'arrêt Ynos [49] ne s'oppose à l'application de la jurisprudence Dzodzi à la présente affaire.

63. Dans l'affaire Ynos, la Cour n'a pas renoncé à la jurisprudence Dzodzi. Si, dans cette affaire, elle s'est déclarée incompétente pour se prononcer sur la demande préjudicielle, c'est parce que les faits remontaient à une période antérieure à l'adhésion de l'État membre concerné à l'Union et se situaient donc *en dehors du champ d'application*

47 — Voir, à ce propos, les observations sur la première objection de la Commission, en particulier point 31 des présentes conclusions.

48 — Voir encore point 31 des présentes conclusions, ainsi qu'arrêts précités note 25 CRAM et Rheinzink/Commission (point 9) et Aalborg Portland e.a./Commission (point 59).

49 — Arrêt du 10 janvier 2006 (C-302/04, Rec. p. I-371).

temporel du droit communautaire [50]. C'est en effet seulement à partir de la date d'adhésion que la Cour se considère comme compétente pour interpréter le droit communautaire par rapport à son application dans un nouvel État membre [51].

4. Conclusion intermédiaire

64. Sur le fondement des considérations qui précèdent, nous arrivons à la conclusion que la demande de décision préjudicielle est recevable.

B — *Appréciation des questions préjudicielles sur le fond*

65. Dans ses deux questions, la juridiction de renvoi souhaiterait savoir en substance dans quelles conditions le droit communautaire autorise l'imputation d'ententes au successeur sur le marché du participant à l'entente [52] (première question) et si, le cas échéant, les autorités de la concurrence disposent d'une marge d'interprétation dans le cadre d'une telle imputation (seconde question).

66. La procédure au principal vise à déterminer si l'Autorité a eu raison d'imputer à l'ETI la participation de l'AAMS à l'entente ou si, au contraire, elle aurait dû distinguer les cas de l'AAMS et de l'ETI et ne juger chacun responsable que pour la durée de sa participation à l'entente. Alors que le gouvernement italien est en faveur d'une imputation à l'ETI, tant l'ETI lui-même que Philip Morris et la Commission sont de l'avis opposé.

1. Les critères d'imputation d'une pratique concertée (première question)

67. La première question du Consiglio di Stato est consacrée aux critères d'imputation d'une pratique concertée dans un cas de succession d'entreprises.

68. Le problème fondamental de l'imputation d'ententes réside dans le fait que les destinataires des règles de la concurrence et les destinataires des décisions des autorités de la concurrence ne sont pas nécessairement les mêmes.

50 — Idem, point 37.

51 — Idem, point 36.

52 — Le problème apparenté de l'imputation d'infractions à l'intérieur d'un groupe, par exemple entre la filiale et la société mère, ne fait pas l'objet de la présente affaire et, par conséquent, il ne sera pas traité en détail plus avant. Cette affaire ne concerne pas davantage la question de savoir si, et dans quelles circonstances, le successeur sur le marché aura à répondre de dettes constituées par des amendes qui avaient encore été infligées à son prédécesseur.

69. En effet, alors que les règles de la concurrence visent des *entreprises* et s'appliquent à celles-ci directement, sans considération de leur mode d'organisation ou de leur forme juridique, les décisions des autorités de la concurrence qui infligent des sanctions pour infraction à ces règles ne visent que des *personnes*, ne serait-ce que parce qu'il faut, le cas échéant, faire exécuter ces décisions [53]. C'est pourquoi, chaque fois qu'une autorité de la concurrence poursuit une pratique concertée, elle doit se demander à qui, concrètement, il y a lieu d'imputer cette pratique [54].

a) Responsabilité personnelle et continuité économique

70. En choisissant les critères d'imputation, il y a lieu de tenir compte tant du caractère punitif des mesures infligées que de leur sens et de leur finalité. Ces mesures servent à mettre en œuvre les règles de la concurrence de manière efficace, de façon à ce que la concurrence ne soit pas faussée [article 3, paragraphe 1, sous g), CE]; c'est pourquoi elles sont censées dissuader les opérateurs économiques de se livrer à des ententes [55].

— Le principe de la responsabilité personnelle

71. Le caractère punitif des mesures prises par les autorités de la concurrence pour sanctionner des ententes — les amendes notamment — indique qu'il s'agit d'une matière au moins quasi pénale. C'est pourquoi l'imputation d'ententes se fait à l'aune du *principe de la responsabilité personnelle* [56], qui trouve lui-même sa source dans le principe de l'État de droit et le principe de la faute [57]. La responsabilité personnelle signifie qu'il convient en principe d'imputer une pratique concertée à la personne physique ou morale qui exploite l'entreprise qui

53 — Selon l'article 256, premier alinéa, CE, les décisions de la Commission qui comportent une obligation pécuniaire forment titre exécutoire. Si la version allemande du traité ne comporte pas d'autre précision, il résulte de nombreuses autres versions linguistiques qu'il doit s'agir de l'exécution de décisions qui visent des personnes physiques ou morales; voir, par exemple, les textes français («personnes»), italien («persone»), anglais («persons»), portugais («pessoas») et espagnol («personas») ainsi que la version néerlandaise — particulièrement explicite — («natuurlijke of rechtspersonen»).

54 — Particulièrement éclairant à cet égard est l'arrêt du Tribunal du 17 décembre 1991, Enichem Anic/Commission (T-6/89, Rec. p. II-1623, point 236); dans le même sens, arrêt Aalborg Portland e.a./Commission (précité note 25, point 60).

55 — Voir, à ce propos, l'arrêt du 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma/Commission (41/69, Rec. p. 661, point 173), selon lequel les sanctions ont pour but «de réprimer des comportements illicites aussi bien que d'en prévenir le renouvellement»; voir aussi arrêt du 7 juin 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Commission (C-76/06 P, Rec. p. I-4405, point 22). Pour ce qui est du but de prévenir des infractions futures par la dissuasion, voir en outre arrêts du 29 juin 2006, Showa Denko/Commission (C-289/04 P, Rec. p. I-5859, point 61) et SGL Carbon/Commission (C-308/04 P, Rec. p. I-5977, point 37).

56 — Arrêt Commission/Anic Partecipazioni (précité note 26, point 145). Dans les ordres juridiques des États membres également, le principe de la responsabilité personnelle est en règle générale la prémisse de l'imputation des ententes.

57 — Voir, à ce propos, conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer du 11 février 2003 dans l'affaire Aalborg Portland e.a./Commission (précitée note 25), Rec. p. I-133, notamment les points 63 à 65. Le principe de la faute entre aussi en ligne de compte, par exemple, à l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, sont passibles d'amendes les actes commis *de propos délibéré* ou *par négligence*.

participe à l'entente [58]. Autrement dit, la responsabilité repose sur le titulaire des droits afférents à cette entreprise.

72. Ce rattachement à la responsabilité personnelle contribue aussi en général à la mise en œuvre efficace des règles de la concurrence, l'exploitant d'une entreprise ayant une influence déterminante sur le comportement de celle-ci sur le marché. La pression des sanctions est censée amener l'exploitant à rectifier ce comportement de façon que l'entreprise adopte à l'avenir un comportement qui soit conforme aux règles de la concurrence. En même temps, la sanction a un effet général de prévention en ce qu'elle dissuade aussi d'autres opérateurs économiques de se livrer à des ententes.

73. Compte tenu des restructurations, des cessions d'entreprises et d'autres changements, il peut certes arriver que la personne qui, au moment de la sanction, exploite l'entreprise impliquée dans l'entente ne soit plus la même que celle qui l'exploitait à l'époque où l'infraction a été commise. Il découle alors du principe de la responsabilité personnelle que la personne physique ou morale à qui la pratique concertée est en principe imputable est celle qui exploitait l'entreprise à l'époque où l'infraction a été commise (l'*exploitant initial*), même si, au moment où l'autorité de la concurrence a rendu sa décision, la responsabilité de l'entreprise a été transférée à une autre personne (le *nouvel exploitant*) [59]. Si l'entreprise a persévéré dans l'infraction sous la direction du nouvel exploitant, la pratique concertée ne doit être imputée à celui-ci qu'à partir du moment où il a repris l'entreprise [60].

— Les dangers d'un recours excessivement formaliste au principe de la responsabilité personnelle

74. Si l'exploitant initial de l'entreprise n'existe plus ou qu'il n'exerce plus d'activité économique notable, la sanction de la pratique concertée risque de manquer sa cible. Un recours par trop formaliste au principe de la responsabilité personnelle pourrait aussi avoir pour résultat de priver les sanctions des ententes de leur sens et de leur finalité, qui sont de mettre en œuvre les règles de la concurrence de manière efficace [61]. En outre, cela pourrait inciter les

58 — Voir, dans ce sens, arrêts du 16 novembre 2000, KNP BT/Commission (C-248/98 P, Rec. p. I-9641, point 71), Cascades/Commission (C-279/98 P, Rec. p. I-9693, point 78), Stora Kopparbergs Bergslags/Commission (C-286/98 P, Rec. p. I-9925, point 37), et SCA Holding/Commission (C-297/98 P, Rec. p. I-10101, point 27); voir, en outre, arrêt du Tribunal du 14 mai 1998, SCA Holding/Commission (T-327/94, Rec. p. II-1373, point 63).

59 — Voir, encore une fois, à ce sujet la jurisprudence citée note 58; dans le même sens, arrêt Commission/Anic Partecipazioni (précité note 26, point 145).

60 — Voir, en particulier, arrêt Cascades/Commission (précité note 58, points 77 à 80).

61 — Les arrêts CRAM et Rheinzink/Commission (précité note 25, point 9), Commission/Anic Partecipazioni (précité note 26, point 146, dernière phrase) et Aalborg Portland e.a./Commission (précité note 25, point 59) montrent que la Cour tient particulièrement compte de cette circonstance; voir, également, arrêts du Tribunal du 11 mars 1989, NMH Stahlwerke/Commission (T-134/94, Rec. p. II-239, point 127), et du 20 mars 2002, HFB e.a./Commission (T-9/99, Rec. p. II-1487, points 106 et 107).

exploitants d'entreprises à se soustraire à leurs responsabilités en matière de droit des ententes en procédant à certains changements dans leur organisation.

— Le critère de la continuité économique

75. Il peut donc s'avérer nécessaire, aux fins de la mise en œuvre efficace des règles de la concurrence, d'imputer *à titre exceptionnel* une entente non pas à l'exploitant initial, mais au nouvel exploitant de l'entreprise impliquée.

76. Toutefois, on ne saurait envisager une telle imputation au nouvel exploitant que si celui-ci, d'un point de vue économique, peut être effectivement considéré comme le successeur de l'exploitant initial [62], c'est-à-dire s'il continue à exploiter l'entreprise impliquée dans l'entente [63] (*critère de la continuité économique* [64]).

77. Il faut en outre que des circonstances particulières justifient que l'on fasse abstraction du principe de la responsabilité personnelle. À cet effet, la jurisprudence a dégagé en substance deux catégories de cas.

78. Premièrement, le critère de la continuité économique s'applique dans le cas de modifications qui ne concernent que l'exploitant de l'entreprise impliquée dans l'entente et qui ont pour résultat que cet exploitant n'existe plus [65]. Ainsi le recours à la continuité économique permet-il de s'assurer que des personnes morales ne se soustraient pas à leur responsabilité au regard du droit des ententes en procédant simplement à des changements de forme juridique ou de nom [66]. Ce principe doit s'appliquer aussi, par exemple, dans le cas d'une fusion, où l'exploitant initial de l'entreprise impliquée dans l'entente renonce à sa personnalité juridique au profit d'une autre personne morale qui lui succède dans ses droits.

79. Deuxièmement, la jurisprudence applique le critère de la continuité économique aussi dans les cas de restructurations à l'intérieur d'un groupe d'entreprises, lorsque l'exploitant initial ne cesse pas nécessairement d'avoir une existence juridique, mais qu'il n'exerce plus d'activité

62 — Voir, dans le même sens, arrêt du 16 décembre 1975, Suiker Unie e.a./Commission (40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, point 84).

63 — Voir, dans le même sens, arrêts CRAM et Rheinzink/Commission (point 9) et Aalborg Portland e.a./Commission (point 59), précités note 25.

64 — Arrêt Commission/Anic Partecipazioni (précité note 26, point 145) et Aalborg Portland e.a./Commission (précité note 25, point 359).

65 — Arrêt Commission/Anic Partecipazioni (précité note 26, point 145).

66 — Voir, dans le même sens, arrêts CRAM et Rheinzink/Commission (point 9) et Aalborg Portland e.a./Commission (point 59), précités note 25.

économique notable sur le marché concerné [67]. En effet, s'il existe, entre l'exploitant initial et le nouvel exploitant de l'entreprise impliquée dans l'entente, un lien structurel [68], les intéressés peuvent se soustraire — que ce soit ou non leur intention — à leur responsabilité au regard du droit des ententes en tirant parti des possibilités de reconfiguration juridique dont ils disposent. Ainsi l'exploitant initial pourrait-il par exemple devenir une «coquille vide sans noyau» à la suite d'une restructuration interne au groupe. Une sanction infligée à son encontre en vertu du droit relatif aux ententes n'aurait donc aucun effet [69].

entreprise par sa participation à l'entente [70] et, d'autre part, que la sanction en tant que telle ne reste pas sans effets. En effet, seul le nouvel exploitant économiquement actif peut faire en sorte que l'entreprise se comporte à l'avenir d'une manière qui soit conforme aux règles de la concurrence. La sanction pourrait ne pas atteindre un effet comparable si elle était prononcée à l'encontre de l'exploitant initial de l'entreprise, qui a cessé son activité économique. Quant à l'effet dissuasif de prévention générale à l'égard des autres opérateurs économiques, il serait pour le moins plus faible.

— Limites d'application du critère de la continuité économique

80. Seule l'imputation de la pratique concertée au nouvel exploitant de l'entreprise permet de garantir, dans les types de cas précités, d'une part, que la personne qui est mise en cause est celle qui a éventuellement tiré des profits ou accru la valeur de son

81. Toutefois, le principe de la responsabilité personnelle ne saurait être vidé de son sens par le recours à la continuité économique et changé pratiquement en son contraire. En effet, le critère de la continuité économique ne doit pas se substituer au principe de la responsabilité personnelle, mais seulement le compléter, si nécessaire, afin de sanctionner les ententes d'une manière qui soit à la fois proportionnée à la faute et efficace, et de contribuer ainsi à la mise en œuvre effective

67 — Dans le même sens, arrêt Aalborg Portland e.a./Commission (précité note 25, point 359); il souligne l'inapplicabilité du critère de la continuité économique dans le cas de «deux entreprises existantes et opérationnelles dont l'une avait simplement cédé une certaine partie de ses activités à l'autre»; l'arrêt NMH Stahlwerke/Commission (précité note 61, points 127 à 137) est similaire.

68 — Sur l'importance du «lien structurel», voir arrêt Aalborg Portland e.a./Commission (précité note 25, point 359, combiné au point 344). Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une participation de 50 % de l'exploitant initial de l'entreprise impliquée dans l'entente dans le nouvel exploitant suffisait pour admettre un «lien structurel» entre les deux exploitants.

69 — On notera en particulier à ce propos que, dans le calcul des amendes, le chiffre d'affaires des entreprises joue un rôle déterminant (voir, par exemple, article 2, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003). Si une entreprise ne produit plus de chiffres d'affaires notables, il n'est pas non plus possible de la sanctionner efficacement d'une amende.

70 — Il est reconnu, dans la jurisprudence, que le profit qu'une entreprise peut tirer de son comportement anticoncurrentiel fait partie des éléments qui jouent un rôle pour l'appréciation de la gravité de l'infraction et que la prise en compte de cet élément doit garantir l'effet dissuasif de l'amende (voir arrêt du 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, points 260 et 292).

des règles de la concurrence. En conséquence, le recours au critère de la continuité économique doit garder un caractère exceptionnel.

82. Cela n'exclut pas l'ajout éventuel de nouvelles catégories aux deux précitées [71]. L'application du critère de la continuité économique est toutefois enfermée dans des limites particulièrement étroites lorsque l'entreprise impliquée dans l'entente est cédée à un tiers indépendant et qu'il n'existe pas de liens structurels entre l'ancien exploitant et le nouveau. Le recours au critère de la continuité économique et, partant, aussi l'imputation des ententes au nouvel exploitant ne devraient être admis que si l'entreprise a été transmise à celui-ci dans des *conditions abusives*, c'est-à-dire dans l'intention d'échapper aux sanctions prévues par le droit des ententes [72].

83. En revanche, si cet élément d'abus fait défaut et que le tiers indépendant a acquis l'entreprise aux conditions du marché, le recours au critère de la continuité économique ne devrait pas être envisagé. En effet, la mise en œuvre effective des règles de la concurrence n'exige pas absolument dans ce cas que l'on s'écarte du principe de la responsabilité personnelle. Au contraire, la sanction de l'entente peut en général produire des effets aussi sur l'exploitant initial de l'entreprise.

84. En outre, il n'est pas inévitable, en cas de cession aux conditions du marché, que seul le nouvel exploitant tire éventuellement de sa participation à l'entente des bénéfices et une appréciation de l'entreprise. Cela dépend bien plutôt des accords passés entre le vendeur et l'acheteur et, en particulier, du point de savoir si la menace d'amendes pour ententes a eu ou non pour effet de minorer le prix.

b) Les spécificités du présent cas

85. Même si la Cour n'a pas vocation à apprécier elle-même les faits du litige au principal, elle peut néanmoins, eu égard aux particularités de ces faits, donner à la juridiction de renvoi toutes les indications utiles pour lui permettre de résoudre le litige au principal. Dans ce contexte, il convient de souligner ce qui suit.

86. Le présent cas se caractérise par le fait que l'État italien a exercé par l'intermédiaire de sa régie AAMS des activités économiques dans les secteurs, d'une part, des jeux de

71 — Voir points 78 et 79 des présentes conclusions.

72 — Voir, dans le même sens, arrêts Commission/Anic Partecipazioni (précité note 26, points 145 et 146, dernière phrase) et HFB e.a./Commission (précité note 61, point 107); voir aussi conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire Aalborg Portland e.a./Commission (précitée note 25, points 66 et 67).

hasard et des loteries, d'autre part, des tabacs. Un seul de ces deux secteurs, à savoir celui de la fabrication et de la commercialisation des produits du tabac, a été ensuite transféré à l'établissement public économique ETI, créé à cet effet, qui était alors encore sous la tutelle du ministère de l'Économie et des Finances et qui n'a été transformé en société anonyme et privatisé que par la suite.

87. Il s'agissait donc, dans un premier temps, d'une simple restructuration interne, dans laquelle les activités économiques concernées de l'État dans les secteurs des jeux de hasard et du tabac restaient réunies au sein et sous le contrôle du ministère de l'Économie et des Finances. Or, dans un second temps, les activités économiques de l'État dans le secteur du tabac ont été séparées de ce ministère et transférées au secteur privé.

88. Il est incontestable certes que l'établissement public économique ETI et la société anonyme ETI SpA sont à considérer comme les *successeurs économiques* de l'AAMS dans le secteur de la production et de la commercialisation des produits du tabac. En attestent non seulement la cession formelle de ces activités à l'ETI et la position de celui-ci en tant que successeur juridique de l'AAMS dans tous les éléments d'actif et de passif, les droits et le patrimoine [73]. D'un point de vue économique également, l'ETI a, selon les informations dont nous disposons, endossé sans rupture de continuité le rôle de l'AAMS jusqu'à participer à l'entente avec Philip Morris.

89. Cependant, la circonstance que l'ETI a poursuivi l'exploitation de l'AAMS dans les secteurs de la production et de la commercialisation des produits du tabac, remplissant ainsi le critère de la continuité économique, ne suffit pas à elle seule pour lui imputer les ententes auxquelles a participé l'AAMS, en écartant le principe de la responsabilité personnelle. Ainsi en effet que nous l'avons déjà dit [74], le critère de la continuité économique ne doit pas se substituer au principe de la responsabilité personnelle, mais seulement le compléter, pour autant que cela soit nécessaire, afin de sanctionner les ententes d'une manière qui soit à la fois proportionnée à la faute et efficace et de contribuer ainsi à la mise en œuvre effective des règles de la concurrence.

90. On ne perçoit pas une telle nécessité dans un cas tel que celui qui nous intéresse.

73 — Règlement n° 283/1998; voir, à ce propos, point 10 des présentes conclusions.

74 — Voir, ci-dessus, point 81 des présentes conclusions.

— Poursuite de l'activité économique de l'AAMS

91. Premièrement, il y a lieu de considérer que l'activité économique de l'AAMS n'est pas passée entièrement aux mains de l'ETI, mais que, d'après les indications fournies par la juridiction de renvoi, l'AAMS continue au contraire d'exister en tant qu'opérateur économique ayant des activités notables dans le secteur des jeux de hasard et des loteries. Le présent cas n'est donc pas comparable à ceux dans lesquels l'exploitant initial de l'entreprise impliquée dans l'entente avait cessé d'exister juridiquement ou, en tout cas, ne jouait plus aucun rôle en tant qu'opérateur économique [75].

92. Partant, le sens et la finalité de la sanction n'exigent pas absolument que celle-ci vise l'ETI au lieu de l'AAMS. De plus, une sanction dirigée contre l'AAMS en tant qu'exploitant initial de l'entreprise peut déployer également un effet préventif spécial et contribuer ainsi efficacement à la mise en œuvre des règles de la concurrence. En effet, l'AAMS continue à prendre part à la vie des affaires et elle peut être amenée par une sanction à adopter à l'avenir un comportement qui soit conforme aux règles de la concurrence.

75 — Voir, à ce propos, points 78 et 79 des présentes conclusions.

93. On objectera qu'une amende prélevée sur l'AAMS, entreprise d'État, retournera à l'État. Toutefois, l'AAMS jouit de l'autonomie financière et comptable [76], ce qui permet de penser que la sanction peut quand même avoir un effet sur son comportement sur le marché.

94. Le fait que l'AAMS n'ait plus en tant que telle d'activité économique dans le secteur des tabacs n'empêche pas que des ententes lui soient imputées en vertu du principe de la responsabilité personnelle [77]. En effet, l'amende dont elle devra s'acquitter pourra en tout état de cause produire un effet préventif général de sorte que, dorénavant, les entreprises de cette branche économique seront amenées à adopter des comportements qui soient conformes aux règles de la concurrence et dissuadées de s'engager dans de nouvelles ententes.

76 — Voir ci-dessus, point 9 des présentes conclusions. À l'audience, le représentant du gouvernement italien a précisé à ce propos que le budget de l'AAMS et celui du ministère de l'Économie et des Finances étaient séparés.

77 — Voir, à ce propos, affaire Commission/Anic Partecipazioni (précitée note 26, point 145), dans laquelle Anic s'était retirée de la branche économique concernée par l'entente et avait néanmoins été tenue pour responsable en vertu du principe de la responsabilité personnelle; ce point est éclairé aussi dans l'arrêt ultérieur Aalborg Portland e.a./Commission (précité note 25, point 359), dans lequel l'affaire Commission/Anic Partecipazioni est décrite comme concernant le «cas de deux entreprises existantes et opérationnelles dont l'une avait simplement cédé une *certaine partie de ses activités* à l'autre» (c'est nous qui soulignons).

— Privatisation et cession de l'ETI à un tiers indépendant

95. Deuxièmement, il y a lieu de considérer le fait que, entre-temps, l'ETI a été transformé en société anonyme et privatisée, ainsi que cela était du reste programmé dès le départ. Il n'existe pas dans ce contexte d'indices qui donnent à penser que l'entreprise ait été abusivement cédée à l'ETI dans le dessein d'éluder les sanctions prévues par le droit de la concurrence.

96. De plus, pour autant que l'on puisse en juger, il n'existait pas, en tout cas à la date où la sanction a été infligée, de liens structurels entre l'AAMS, exploitant précédent de l'entreprise impliquée dans l'entente, et son nouvel exploitant, l'ETI. Au contraire, l'entreprise se trouvait déjà aux mains du tiers indépendant lorsque la sanction lui a été infligée.

97. Ainsi le présent cas s'apparente-t-il moins à une restructuration au sein d'un groupe d'entreprises qu'à une cession d'entreprise à un tiers indépendant, aux conditions du marché, situation à laquelle, ainsi qu'on l'a déjà vu [78], le critère de la continuité économique ne devrait pas trouver à s'appliquer.

98. Contrairement au gouvernement italien, nous ne voyons pas non plus dans une éventuelle appréciation, due à l'entente, de l'entreprise reprise par l'ETI de raison de s'écarter du principe de la responsabilité personnelle. Ainsi que nous l'avons déjà dit, cette appréciation ne bénéficie pas obligatoirement au seul nouvel exploitant de l'entreprise. Il est possible, au contraire, qu'une telle appréciation se soit reflétée dans le prix d'achat des parts de ETI SpA au moment de sa privatisation totale, au bénéfice donc du vendeur, l'État italien lui-même.

99. On remarquera pour conclure que, du point de vue de l'imputation des ententes, il ne devrait y avoir aucune différence selon que c'est un particulier ou l'État qui a cédé l'entreprise impliquée dans l'entente à un tiers indépendant. En tout état de cause, l'État ne devrait pas être privilégié par rapport à un vendeur privé.

100. Certes, la Commission pense que, dans certaines circonstances, la responsabilité des ententes auxquelles a participé une entreprise publique devrait passer, en cas de privatisation, à son nouvel exploitant privé, en vertu du principe de la continuité économique. Elle pense en fait à la situation dans laquelle l'État, dans le cadre de la structure organisationnelle particulière dont

78 — Voir ci-dessus, points 81 à 84 des présentes conclusions.

faisait partie à l'origine l'entreprise privatisée, n'exerce plus d'activité économique après la privatisation, même s'il peut être encore actif sur le plan économique dans le cadre d'autres structures — qui relèvent par exemple de la sphère de compétences d'autres ministères [79].

101. À cela s'oppose toutefois la considération que la simple privatisation d'une entreprise publique ne devrait pas exonérer l'État de sa responsabilité du fait des ententes auxquelles a éventuellement participé l'entreprise qu'il exploitait précédemment. Cette responsabilité de l'État est au contraire la conséquence logique de son implication dans l'économie, dans laquelle il ne peut pas en principe se soustraire aux règles de la concurrence qui valent pour toutes les entreprises (voir aussi l'article 86, paragraphe 1, CE). Donc, si un particulier reste responsable, en vertu du principe de la responsabilité personnelle, des ententes auxquelles a participé une entreprise qu'il a exploitée, même après la cession de celle-ci, cela doit valoir aussi pour l'État.

102. Au demeurant, il n'est pas nécessaire de se prononcer d'une manière définitive sur le problème soulevé par la Commission.

79 — La Commission cite à titre d'exemple le fait que, en Italie, les entreprises d'État dans les secteurs de la poste et des chemins de fer relevaient traditionnellement d'autres structures organisationnelles, et en particulier d'autres ministères que l'AAMS.

Dans le présent cas, tout au moins, il est en effet constant, d'après les indications fournies par la juridiction de renvoi, que l'État italien continue à exercer des activités économiques par le biais de l'AAMS. Donc, son action se poursuit dans la même structure organisationnelle dont est issu le secteur d'activités transféré à l'ETI et privatisé par la suite.

103. En résumé, nous estimons donc que, dans un cas tel que celui-ci, les autorités de la concurrence et les tribunaux devraient s'en remettre au principe de la responsabilité personnelle et ne pas imputer l'infraction selon le critère de la continuité économique.

2. Le pouvoir d'appréciation éventuel des autorités de la concurrence dans le cadre de l'imputation (seconde question)

104. Par sa seconde question, le Consiglio di Stato souhaite savoir en substance si l'autorité de la concurrence compétente peut imputer une entente, selon sa propre appréciation, soit à l'exploitant initial, soit au nouvel exploitant de l'entreprise impliquée,

afin de s'assurer que l'efficacité pratique des règles de la concurrence ne soit pas affectée.

105. Ainsi qu'on l'a déjà vu, l'imputation d'ententes doit, dans les cas de succession d'entreprises, se faire selon le principe de la responsabilité personnelle. Le critère de la continuité économique ne doit pas se substituer au principe de la responsabilité personnelle, mais seulement le compléter, si nécessaire, afin de sanctionner les ententes d'une manière à la fois proportionnée à la faute et efficace et de contribuer ainsi à la mise en œuvre effective des règles de la concurrence.

106. Il s'ensuit que les autorités de la concurrence compétentes, de même que les juridictions compétentes, n'ont pas le pouvoir d'imputer à leur gré les ententes auxquelles a participé une entreprise soit à son exploitant initial, soit à son nouvel exploitant. Le critère de la continuité économique ne peut entrer en ligne de compte que si la sanction au titre du droit des ententes manquait son but en cas d'application pure et simple du principe de la responsabilité personnelle.

107. Toutefois, le point de savoir si une sanction au titre du droit des ententes manquerait son but peut exiger, le cas échéant, l'évaluation de faits économiques complexes.

108. Ainsi faut-il apprécier le cas échéant si, au moment où l'infraction est sanctionnée, l'exploitant initial de l'entreprise impliquée exerce encore une activité économique notable de sorte qu'une sanction prononcée à son encontre est susceptible de constituer une contribution efficace à la mise en œuvre des règles de la concurrence. L'existence ou non d'un lien structurel entre l'exploitant initial d'une entreprise et son nouvel exploitant peut, elle aussi, rendre nécessaire une telle appréciation de faits économiques complexes, de même que la question de savoir si l'entreprise a été cédée au nouvel exploitant aux conditions du marché ou dans une intention abusive.

109. Ainsi que la Commission le souligne à juste titre, l'autorité de la concurrence compétente bénéficie d'une marge d'appréciation lorsqu'elle procède à de telles évaluations [80].

80 — La jurisprudence dans ce sens est constante: voir arrêts du 11 juillet 1985, Remia e.a./Commission (42/84, Rec. p. 2545, point 34); du 17 novembre 1987, BAT et Reynolds/Commission (142/84 et 156/84, Rec. p. 4487, point 62), et Aalborg Portland e.a./Commission (précité note 25, point 279).

VI — Conclusions

110. Eu égard aux développements qui précèdent, nous suggérons à la Cour de répondre comme suit au Consiglio di Stato:

«1) a) En vertu du principe de la responsabilité personnelle, les ententes auxquelles participe une entreprise sont imputables en règle générale à son exploitant initial, qui avait la charge de l'entreprise au moment de l'infraction, même si, à la date où l'autorité de la concurrence a rendu sa décision, un nouvel exploitant est responsable de l'entreprise.

Cette règle s'applique aussi lorsque l'entreprise, au moment de l'infraction, était exploitée par l'État et qu'elle a été transférée ensuite à un particulier.

b) À titre exceptionnel uniquement, les ententes sont imputables au nouvel exploitant de l'entreprise lorsque:

— le nouvel exploitant a poursuivi l'exploitation de l'entreprise jusqu'au moment où l'autorité de la concurrence a rendu sa décision, que

— à ce moment, l'exploitant initial n'a plus d'existence juridique ou n'a plus d'activité économique notable, même sur un autre marché que celui concerné par l'entente, et que

— soit il existe un lien structurel entre le nouvel exploitant et l'exploitant initial, soit l'entreprise a été cédée au nouvel exploitant dans une intention abusive, afin de contourner la sanction des ententes.

2) L'autorité compétente n'a pas de pouvoir discrétionnaire pour imputer des ententes. Elle bénéficie cependant d'une marge d'appréciation lorsqu'elle procède dans cet exercice à l'évaluation de faits économiques complexes.»