

# Jurisprudence en matière de cartels en 2012

IEE – 5 février 2013

Fernando Castillo de la Torre

Commission européenne

Service juridique

Les opinions exprimées sont à titre personnel

# Restriction

- *KWS*, T-357/06, §§ 53, 113-114
- *E.ON*, T-360/09, et *GDF*, T-370/09
  - Pas restriction en Allemagne jusqu'à 1998, parce que pas de concurrence potentielle (*E.ON*, §§102-116);
  - restriction par objet pour un accord en 1975, même si libéralisation lointaine (*E.ON*, §§ 146-148; *GDF*, §§ 76-80)
  - suffisant s'il y a échange des stratégies respectives, pas nécessaire qu'on échange ventes, prix, clients, etc (*GDF*, §§ 249-25)
- Règlementation étatique: Bitume Pays-Bas et Gaz naturel: *GDF*, T-370/09, §§ 307-324: libéralisation pas "juridiquement" encore en vigueur, mais il est possible dans la pratique d'entrer sur le marché.

53 Ces différents éléments de preuve permettent d'établir que les accords conclus entre les grands constructeurs et les fournisseurs portaient à la fois sur le prix brut et sur la remise spécifique accordée au W5. La circonstance, à la supposer établie, selon laquelle des divergences et des conflits aient pu apparaître quant au niveau de ce prix et des remises lors de ces négociations entre les fournisseurs et les grands constructeurs ne suffit pas à établir l'affirmation de la requérante selon laquelle les fournisseurs auraient imposé les hausses du prix brut au W5.

113 ...en l'espèce, les accords avaient pour but, d'une part, de fixer les prix d'achat et de vente du bitume et, d'autre part, d'accorder une remise préférentielle aux membres du W5. La nature même de ces accords suffit, dès lors, à considérer qu'ils avaient pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

114 L'argument de la requérante selon lequel ces accords visaient à obtenir une stabilité des prix d'achat ne saurait suffire à remettre en cause cette conclusion. En effet, il convient de rappeler que ces accords doivent être examinés dans leur ensemble et que, en tout état de cause, la recherche d'une stabilité des prix ne diffère pas de la fixation des prix d'achat (arrêt du Tribunal du 27 septembre 2006, Archer Daniels Midland/Commission, T-329/01, Rec. p. II-3255, point 197).

# Infraction unique

- Sur la contestation même de l'existence d'une infraction unique: *Berning & Söhne*, T-445/07, §§ 69-97 (cercles Wuppertal/Bâle/Amsterdam); *Almamet*, T-410/09, §§ 163-179: confirme (double participation à deux volets, § 168; même si pas de réunions communes, §§ 169; même si produits pas substituables, mais complémentaires, § 170-178); *Coats*, T-439/07, §§ 141-146;
- Sur la responsabilité d'une entreprise pour l'infraction unique: *UPM-Kymmene*, T-53/06, §§ 51-66 (participe à l'infraction unique, parce qu'elle participe au groupe "France" et "pouvait raisonnablement mesurer l'étendue du plan collusif global"); *ICI*, T-214/06, §§ 86-93 (démontré, avait su ou aurait dû savoir que, en participant à une entente concernant les plaques massives en PMMA et les plaques sanitaires en PMMA, elle s'intégrait dans une entente globale portant sur trois produits en PMMA)
- Si pas responsable de toute l'infraction, pas d'annulation totale: *Commission/Coppens*, C-441/11P, §§ 34-54.

# *Commission/Coppens*

45 .. le fait qu'une entreprise n'a pas participé à tous les éléments constitutifs d'une entente ou qu'elle a joué un rôle mineur dans les aspects auxquels elle a participé n'est pas pertinent pour établir l'existence d'une infraction dans son chef, étant donné qu'il n'y a lieu de prendre en considération ces éléments que lors de l'appréciation de la gravité de l'infraction et, le cas échéant, de la détermination de l'amende ....

46 Il n'est cependant envisageable de diviser ainsi une décision de la Commission qualifiant une entente globale d'infraction unique et continue que si, d'une part, ladite entreprise a été mise en mesure, au cours de la procédure administrative, de comprendre qu'il lui était également reproché chacun des comportements la composant, et donc de se défendre sur ce point, et si, d'autre part, ladite décision est suffisamment claire à cet égard.

47 Il s'ensuit que, lorsque les conditions énoncées au point précédent du présent arrêt sont satisfaites, si le juge de l'Union constate que la Commission n'a pas établi à suffisance de droit qu'une entreprise, lors de sa participation à l'un des comportements anticoncurrentiels composant une infraction unique et continue, avait connaissance des autres comportements anticoncurrentiels adoptés par les autres participants à l'entente dans la poursuite des mêmes objectifs ou pouvait raisonnablement les prévoir et était prête à en accepter le risque, il doit en tirer comme seule conséquence que cette entreprise ne peut se voir imputer la responsabilité de ces autres comportements et, partant, de l'infraction unique et continue dans son ensemble et que la décision attaquée doit être considérée comme non fondée dans cette seule mesure.

# Preuve

- *Denki*, T-83/08, §§ 51-68, §§ 173-225 (durée)
- *Versalis et ENI*, T-103/08, §§ 147-203
- *Almamet*, T-410/09, §§ 88-97 (principes), §§ 98-111 (documents saisis), §§ 112-139 (déclarations entreprises)
- *Vermeer Infrastructuur*, T-353/06, §§ 42-50; *Heijmans Infrastructuur*, T-359/06, §§ 65-92
- *UPM-Kymmene*, T-53/06, §§ 29-50 (erreur quant à participation à Valveplast avant 1997 et "blockbags")
- *ICI*, T-214/06, §§ 65-82
- *YKK*, T-448/07, déclarations clémence, §§ 52-64; preuve de l'infraction, §§ 71-110; *Berning & Söhne*, T-445/07, §§ 125-137, 140-174, 177-198
- *Coats*, T-439/07, §§ 37-137 et 141-154 (cartel à deux, déclaration de l'un contre l'autre + nombre limité de preuves contemporaines dans un contexte de partage de marchés); similaire en *GDF*, T-370/09, §§ 142-143, pas problème si pas de preuve jusqu'à 1999 parce que accord de partage par écrit.
- *Commission/Coppens*, C-441/11P, §§ 68-75
- *Comap*, C-290/11P, §§ 66-78 (distanciation)
- *Berning & Söhne*, T-445/07, §§ 107-118 (cessation infraction)
- *E.ON* (T-360/09) (cessation, §§ 169-240, 241-250, erreur quant à la France, cesse en 2004, pas 2005), et *GDF* (T-370/09) (cessation, §§ 367-378)
- *Guardian*, T-82/08, §§ 30-80

# Coats

150 Partant, si la période séparant deux manifestations d'un comportement infractionnel est un critère pertinent afin d'établir le caractère continu d'une infraction, il n'en demeure pas moins que la question de savoir si ladite période est ou non suffisamment longue pour constituer une interruption de l'infraction ne saurait être examinée dans l'abstrait. Au contraire, il convient de l'apprécier dans le contexte du fonctionnement de l'entente en question (arrêt du Tribunal du 19 mai 2010, IMI e.a./Commission, T-18/05, non encore publié au Recueil, point 89).

151 En l'espèce, le Tribunal a constaté, dans le cadre de l'examen du premier moyen, que l'accord en cause portait sur la coopération bilatérale entre les groupes Coats et Prym. En vertu dudit accord, Coats s'était engagée « à ne pas exercer, directement ou dans le cadre d'une association, d'activité de fabrication d'articles de mercerie métalliques et plastiques [...] sans le consentement préalable de [William] Prym ». De son côté, [William] Prym s'était engagée « à ne pas exercer, directement ou dans le cadre d'une association, d'activité de fabrication de fils à coudre et de fils à usage artisanal, etc. [...] sans le consentement préalable de Coats ». Il y a lieu, par conséquent, de conclure que l'accord litigieux porte sur la répartition du marché entre deux concurrents.

152 À la différence d'un accord portant sur la fixation des prix, dans le cadre duquel les participants doivent se réunir régulièrement pour tenir compte de l'évaluation du marché pour pouvoir adapter leur comportement sur ce marché pendant la durée de l'accord, un accord portant sur la répartition du marché, de par sa définition, doit être respecté par les participants à l'accord dès sa conclusion et peut, de temps à autre, faire objet d'ajustements soit en modifiant l'accord existant, soit par le biais d'autres accords.

# Intérêt commercial

*GDF*, T-370/09, § 70; constructeurs dans l'affaire "bitume Pays-Bas";  
*KWS*, T-357/06, sans importance, § 31 et 61-71; *BAM NBM*  
*Wegenbouw*, T-354/06, §§ 83-90; *Vermeer Infrastructuur*, T-353/06, §§  
73-88

*KWS*

*[à titre subsidiaire]* 71 Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que les fournisseurs et le W5 avaient un intérêt commun à l'existence d'accords sur le prix brut et sur les remises et que l'intérêt des grands constructeurs s'explique à la fois par le mécanisme des clauses de règlement des risques dans les marchés publics et par la remise spécifique dont ils bénéficiaient, qui leur procurait un avantage concurrentiel par rapport aux petits constructeurs pour l'obtention des marchés publics. Dès lors, la Commission n'a pas commis d'erreur d'appréciation de l'intérêt du W5 à l'entente.

# Imputation mère/successeur (I)

- Imputation société mère:
  - 100%, (relativement) peu d'intérêt: *Total/Elf*, C-421/11P; *Total*, C-404/11P; *E.ON*, T-360/09, §§ 274-292; *Versalis et ENI*, T-103/08, §§ 53-78; *FLS Plast*, T-64/06, §§ 47-89 (période après 1992); *Total*, T-344/06; *Nynäs*, T-347/06, §§ 46-57; *KWS NV*, T-356/06; *BAM Groep*, T-355/06; *Dura Vermeer Infra*, T-352/06 (§§ 45-46, présomption innocence; 68-73, différence entre CDG et décision); *Dura Vermeer Groep*, T-351/06; *Ballast Nedam NV*, T-361/06, §§ 23-37 et 47-57; *Heijmans NV*, T-360/06.
  - *FLS Plast*, T-64/06, 60% pendant un an, §§ 33-46 (pas d'explications, annulation); 1. *garantovaná* (T-392/09, §§ 15-58): participation majoritaire (chevauchement importants conseils d'administration, §§ 35, 40-41), valeur déclarations "sous serment" de membres, §§ 43-46).
  - Alliance One (C-628/10P et C-14/11P), standard "plus élevé"?
- Motivation, droits de la défense:
  - *Total/Elf*, C-421/11P, § 58; *Total/Elf*, C-495/11P, §§51-52; *Transcatab*, C-654/11P, §§ 34-37; *Alliance One* C-593/11P, §§ 50-51; *Ballast Nedam*, T-361/06, §§ 49-50;
  - *Ballant Nedam Infra*, T-362/06, §§ 21-36: la Commission n'indique pas dans la CDG en quelle qualité la requérante se voyait reprocher les faits allégués; annulation pour une période; conclusion contraire dans l'affaire *Ballast Nedam*, T-361/06, §§ 63-71 (en ce qui concerne sa participation en qualité de société mère).

# Imputation mère/successeur (II)

- Joint-venture:
  - *Otis*, C-494/11P, §§ 43-49 (pas détention de 100% n'exclut pas existence d'unité économique; moyen rejeté); *Alliance One* (C-628/10P et C-14/11P), §§ 101-103
  - *Shell*, T-343/06: présomption applicable dans le contexte (très particulier) du groupe Shell, même si deux sociétés formellement "à la tête" (§§ 43-52); présomption non renversée (§§ 58-73);
  - *El Du Pont de Nemours*, T-76/08, §§ 58-83; *Dow Chemical*, T-77/08, §§ 70-103
- Succession: *Versalis et ENI*, T-103/08, §§ 89-98

# Alliance One

53 D'autre part, le Tribunal a constaté à bon droit, ... que, par le choix de cette méthode, la Commission s'est imposé à elle-même, pour apprécier l'imputabilité de l'entente en cause aux sociétés mères, une charge de la preuve de l'exercice effectif d'une influence déterminante plus contraignante que celle qui aurait été, en principe, considérée comme suffisante, eu égard à la jurisprudence rappelée aux points 46 et 47 du présent arrêt.

58 À cet égard, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que, s'agissant de la détermination du montant de l'amende, il ne saurait être opéré, par l'application de méthodes de calcul différentes, une discrimination entre les entreprises qui ont participé à un accord ou à une pratique concertée contraire à l'article 81, paragraphe 1, CE ....

59 Or, dès lors que l'imputation de la responsabilité d'une infraction commise par une filiale à une société mère est susceptible d'avoir, conformément à la méthode de calcul adoptée par la Commission, une incidence importante sur le montant de l'amende pouvant être infligée solidairement à ces sociétés, c'est à bon droit que le Tribunal a jugé, ..., que cette même logique est applicable lorsque la Commission adopte, pour une entente et à l'intérieur du cadre fixé par la jurisprudence, une méthode spécifique pour la détermination de la responsabilité des sociétés mères visées pour les infractions de leurs filiales.

62 Cette constatation n'est pas remise en cause par les exigences du principe de légalité, contrairement à ce que prétend la Commission.

63 En effet, ... la Commission ayant adopté une méthode compatible avec la jurisprudence de la Cour relative à l'influence déterminante, aucune illégalité ne saurait avoir été commise par la Commission, de sorte que le principe de légalité ne pouvait écarter, en l'espèce, l'obligation pour la Commission de respecter le principe d'égalité de traitement.

# *Total/Elf (C-421/11P)*

58 Ensuite, s'agissant du niveau de la motivation requise, il convient de relever d'emblée que, à la différence de la situation dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Elf Aquitaine/Commission, précité, les requérantes ne se trouvaient pas, en l'espèce, confrontées à la première décision de la Commission dans laquelle celle-ci, tout en modifiant son approche habituelle, s'est appuyée sur la seule présomption d'une influence déterminante exercée sur la filiale par la société mère pour imputer l'infraction à cette dernière.

# Transcatab

36 ... la Commission pouvait se limiter, en principe, à établir la détention de la totalité du capital de la filiale par sa société mère, mais qu'elle était tenue de prendre position sur les arguments invoqués par les parties, en réponse à la communication des griefs et, d'autre part, ... que, dès lors qu'il ne s'agissait pas d'éléments visant à établir la responsabilité de la société mère, l'appréciation de ces documents n'était pas susceptible d'affecter l'efficacité de l'exercice, par celle-ci, des droits de la défense.

37 En outre, c'est à juste titre que le Tribunal a rappelé, ... que, pour justifier l'imputation à la société mère de la responsabilité du comportement de sa filiale, la Commission pouvait se limiter, en principe, à établir la détention de la totalité du capital de la filiale par sa société mère. Or, ... il appartenait à Transcatab d'apporter les éléments de preuve qu'elle considérait comme étant de nature à renverser la présomption d'exercice effectif d'une influence déterminante. Dès lors, les documents visés par cette société n'étant pas des éléments ayant pour objectif d'établir la responsabilité de la société mère, le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en considérant, ... que l'appréciation de ces documents, figurant dans le dossier administratif, n'était pas susceptible d'affecter l'efficacité de l'exercice des droits de la défense de Transcatab, d'autant plus qu'elle avait eu accès auxdits documents – dont elle disposait en tout état de cause, lors de la procédure administrative.

# *Ballast Nedam*

49 En ce qui concerne la question de savoir si la Commission pouvait également apporter des indices complémentaires relatifs à l'existence d'une entité économique unique entre la requérante et BNGW au stade contentieux, il convient de rappeler que, dans le cadre d'un recours en annulation introduit en vertu de l'article 230 CE, si la Commission ne saurait avancer, à l'appui de la décision attaquée, de nouveaux éléments de preuve à charge non retenus dans celle-ci, elle est cependant en droit de répondre aux arguments de la requérante lorsque celle-ci cherche à établir, sur la base d'autres documents qu'elle a déposés devant le Tribunal, que la thèse de la Commission est erronée en fait .... De plus, la Cour a déjà reconnu que l'auteur d'une décision attaquée pouvait apporter des précisions au stade de la procédure contentieuse afin de compléter une motivation déjà suffisante en elle-même, celles-ci pouvant être utiles au contrôle interne des motifs de la décision exercé par le juge de l'Union, en ce qu'elles permettent à l'institution d'explicitier les raisons qui sont à la base de sa décision (arrêt de la Cour du 16 novembre 2000, Finnboard/Commission, C-298/98 P, Rec. p. I-10157, point 46).

50 Il convient donc de conclure que la Commission était, en l'espèce, en droit de répondre aux arguments présentés par la requérante au stade de la procédure juridictionnelle, tendant à renverser la présomption d'exercice effectif d'une influence déterminante de sa part sur le comportement commercial de BNGW.

# *Alliance One (JV)*

101 Quant au fond, la Cour a déjà jugé que l'exercice d'un contrôle conjoint, par deux sociétés mères indépendantes l'une de l'autre sur leur filiale, ne s'oppose pas, en principe, à la constatation, par la Commission, de l'existence d'une unité économique entre l'une de ces sociétés mères et la filiale en cause et que ceci vaut même si cette société mère dispose d'une part du capital de la filiale moins importante que l'autre société mère .... Cela étant, c'est à plus forte raison qu'une société mère et sa filiale, qui est elle-même la société mère de celle qui a commis une infraction, peuvent toutes deux être considérées comme constituant une unité économique avec cette dernière société.

102 En outre, ..., la Commission peut adresser une décision infligeant des amendes à la société mère d'une filiale ayant participé à une infraction à l'article 81 CE sans qu'il soit requis d'établir l'implication personnelle dans l'infraction de cette société mère, à condition que cette dernière exerce effectivement une influence déterminante sur la politique commerciale de cette filiale.

103 Il s'ensuit que le seul fait que SCC et SCTC n'exerçaient, au cours de la période en cause, qu'un contrôle conjoint sur WWTE ne s'oppose pas à la constatation de l'existence d'une unité économique entre ces sociétés, à condition que soit établi l'exercice effectif, par SCC et SCTC, d'une influence déterminante sur la politique commerciale de WWTE.

# Amendes- questions générales

- Principe de précision: *Ecka* (T-400/09), §§ 22-35) (en ce qui concerne le règlement) et §§ 36-51 (en ce qui concerne lignes directrices 2006).
- Non-rétroactivité LD 2006: *Denki*, T-83/08, §§ 103-126
- Marge appréciation: *Heineken*, C-452/11P, §§ 93-97 (la Commission peut relever niveau amendes – contexte du "délai raisonnable"), §§ 107-118 (comparaison "bière belge") (idem *Bavaria*, C-445/11P)
- LD de 1998 ou de 2006: *Ballant Nedam Infra*, T-362/06, §§ 142-143
- Prescription: *Bolloré II*, T-372:10, §§ 192-215 (ré-adoption; interruption, §§ 196-215; suspension, § 211)

# Ecka

45 Or, des lignes directrices en matière de fixation d'amendes, qui ne laisseraient à la Commission aucune flexibilité pour choisir un montant approprié dans chaque cas particulier, ne seraient pas compatibles avec le principe de proportionnalité, dans la mesure où elles pourraient conduire à l'imposition d'amendes dépassant largement ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi ou, inversement, d'amendes d'un montant manifestement insuffisant à cette fin.

48 S'agissant de la critique concernant le paragraphe 35 des lignes directrices, il convient de relever que les requérantes attribuent trop d'importance à l'utilisation du terme « pourrait », au lieu de « doit ». Contrairement à ce que semblent considérer les requérantes, ce terme ne saurait être compris en ce sens que la Commission peut arbitrairement refuser d'accorder une réduction du montant de l'amende lorsque toutes les conditions énoncées audit paragraphe sont remplies et qu'une telle réduction apparaît compatible avec les principes généraux du droit dont le respect s'impose en matière de fixation du montant de l'amende. Il constitue, plutôt, une indication additionnelle de la flexibilité que doit se laisser la Commission, conformément aux considérations énoncées aux points 42 à 45 ci dessus, lorsqu'elle arrête des règles de conduite indicatives telles que les lignes directrices.

# *Denki* (sécurité juridique)

115 ... les entreprises impliquées dans une procédure administrative pouvant donner lieu à une amende ne sauraient acquérir une confiance légitime ni dans le fait que la Commission ne dépassera pas le niveau des amendes pratiqué antérieurement ni dans une méthode de calcul de ces dernières, mais, au contraire, que lesdites entreprises doivent tenir compte de la possibilité que, à tout moment, la Commission décide d'élever le niveau du montant des amendes par rapport à celui appliqué dans le passé, soit en procédant à un relèvement du niveau du montant des amendes en prononçant des amendes dans des décisions individuelles, soit par l'application, à des cas d'espèce, de règles de conduite ayant une portée générale telles que des lignes directrices ....

116 ... même en l'absence d'une disposition explicite relative à une révision périodique des lignes directrices de 1998, les requérantes auraient dû, au vu de la jurisprudence existante, tenir compte de la possibilité que, après que l'infraction eut été commise, la Commission décide d'adopter et d'appliquer de nouvelles lignes directrices pour le calcul des amendes.

117 Il doit en être conclu que les lignes directrices de 2006 et, en particulier, la nouvelle méthode de calcul des amendes qu'elles comportent, à supposer qu'elle ait eu un effet aggravant quant au niveau des amendes infligées, tout en restant, ainsi qu'il ressort des paragraphes 32 et 33 de ces lignes directrices, dans le cadre légal défini par le règlement n° 1/2003, étaient raisonnablement prévisibles pour des entreprises telles que les requérantes à l'époque où l'infraction concernée a été commise.

118 Par ailleurs, quand bien même un opérateur avisé pourrait ne pas connaître à l'avance, avec précision, le niveau des amendes que la Commission infligera dans chaque espèce, compte tenu de ce que les objectifs de répression et de dissuasion justifient d'éviter que les entreprises soient en mesure d'évaluer les bénéfices qu'elles retireraient de leur participation à une infraction, cet opérateur peut, en s'entourant au besoin d'un conseil juridique, prévoir de manière suffisamment précise la méthode et l'ordre de grandeur des amendes qu'il encourt pour un comportement donné .... En effet, ainsi qu'il a été constaté au point 114 ci-dessus, les lignes directrices de 2006 s'appuient sur des critères qui ont déjà été pris en compte dans les lignes directrices de 1998.

# *Denki* (non-rétroactivité)

120 S'agissant des arguments des requérantes selon lesquels la Commission a violé le principe de non rétroactivité des dispositions pénales du fait d'avoir appliqué les lignes directrices de 2006, il y a lieu de rappeler que le principe de non rétroactivité des dispositions pénales est un principe commun à tous les ordres juridiques des États membres et fait partie intégrante des principes généraux de droit dont le juge de l'Union assure le respect. ... Tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit d'une interprétation jurisprudentielle dont le résultat n'était pas raisonnablement prévisible au moment où l'infraction a été commise, au vu notamment de l'interprétation retenue à cette époque dans la jurisprudence relative à la disposition légale en cause....

121 Il convient toutefois de préciser que la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires. Ainsi, la prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé. Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques que leurs actes comportent (arrêt Dansk Rørindustri e.a./Commission, point 62 supra, point 219).

123 L'adoption de lignes directrices susceptibles de modifier la politique générale de concurrence de la Commission en matière d'amendes peut ainsi, en principe, relever du champ d'application du principe de non rétroactivité. Afin de contrôler le respect de ce principe, il y a lieu de vérifier si la modification que constitue la nouvelle méthode de calcul des amendes que comportent les lignes directrices de 2006 était raisonnablement prévisible à l'époque où les infractions concernées ont été commises (voir, en ce sens, arrêt Dansk Rørindustri e.a./Commission, point 62 supra, points 209 à 212 et 215 à 233).

124 Or, en l'espèce, il a été constaté au point 117 ci-dessus que tel était bien le cas. Partant, en appliquant, dans la décision attaquée, les lignes directrices de 2006 pour calculer l'amende à infliger aux requérantes pour une infraction commise avant leur adoption, la Commission n'a pas violé le principe de non-rétroactivité.

# *Ballast Nedam*

143 En ce qui concerne la possibilité pour le Tribunal de calculer le montant de l'amende infligée à la requérante en utilisant la méthodologie des lignes directrices de 2006 plutôt que de celles de 1998, en vigueur lors de l'adoption de la décision attaquée, il importe de rappeler que le Tribunal n'est pas lié par les calculs de la Commission ni par ses lignes directrices lorsqu'il statue en vertu de sa compétence de pleine juridiction (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 12 décembre 2007, BASF et UCB/Commission, T 101/05 et T 111/05, Rec. p. II 4949, point 213, et la jurisprudence citée), mais qu'il doit effectuer sa propre appréciation, en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce. Toutefois, l'exercice d'une compétence de pleine juridiction ne saurait entraîner, lors de la détermination du montant des amendes qui leur sont infligées, une discrimination entre les entreprises qui ont participé à un accord ou à une pratique concertée contraire à l'article 81 CE. Si le Tribunal entend ainsi s'écarter spécifiquement, à l'égard d'une entreprise, de la méthode de calcul utilisée par la Commission à l'égard de l'ensemble de ces entreprises, il lui appartient de motiver ce choix (arrêt de la Cour du 16 novembre 2000, Sarrió/Commission, C 291/98 P, Rec. p. I 9991, points 97 et 98).

# LD 1998

- Montant cumulé des amendes des mères peut dépasser celui de la filiale; pas nécessité de "diviser" le montant de départ des "mères successives": *FLS Plast*, T-64/06, §§ 97-102; *ICI*, T-214/06, §§ 103-137
- Gravité: *KWS*, T-357/06, §§ 184-190; *Vermeer Infrastructuur*, T-353/06, §§ 124-130
- Durée: *Coats*, T-439/07, §§ 187-190 (majoration 215% OK)

# *ICI*

122 Dans ces conditions, l'argumentation de la requérante revient, en réalité, à exiger un traitement préférentiel en ce qui concerne le montant de départ de l'amende, par rapport aux autres destinataires de la décision attaquée, pour le simple motif qu'elle a cédé les actifs faisant l'objet de l'infraction.

123 Or, l'infraction qu'elle a commise n'est pas devenue moins grave de ce seul fait. La requérante s'est ainsi vu infliger exactement le même montant de base de l'amende que si, au lieu de céder ICI Acrylics à Lucite avec effet au 2 novembre 1999, elle s'était simplement retirée de l'infraction à la même date.

190 Cependant, en l'espèce, la Commission ayant indiqué clairement dans la décision attaquée que l'impact concret de l'infraction n'était pas mesurable et qu'il n'intervenait dès lors pas dans la détermination de la gravité de l'infraction et du montant de l'amende, il ne saurait lui être fait grief d'avoir précisé que les accords en cause avaient été mis en œuvre dans le considérant relatif à l'impact concret de l'entente sur le marché. Il ne sera de même pas nécessaire d'examiner si les autres indices qu'elle a présentés étaient suffisants pour établir l'influence effective que l'infraction a pu avoir au regard de la concurrence sur ledit marché.

# LD 2006

- Valeur de ventes:
  - dernière année même si les ventes ont augmenté pendant le cartel, *Denki*, T-83/08, §§ 134-139
  - ventes internes: *Guardian*, T-82/08, §§ 98-106 (grief discrimination, parce que ventes internes pas prises en compte, rejeté)
- Pourcentage: Accepté 21% (20% pour montant additionnel) dans *Versalis et ENI*, T-103/08, §§ 240-250; 15% en *GDF*, T-370/09, §§ 414-423 (sans pertinence allégations sur mise en œuvre parce que la nature justifie déjà le 15%, § 423) (OK pour "montant additionnel/droit d'entrée" aussi, §§ 426-434, même si l'infraction n'avait pas été un accord "horizontal")
- Durée: Rounding-up (par semestre) est OK: *El Du Pont de Nemours*, T-76/08, §§ 127-128; *Dow Chemical*, T-77/08, §§ 142-143

# *Dow Chemical*

143 Or, le fait que le coefficient multiplicateur en fonction de la durée ne soit pas strictement proportionnel à la durée exacte de l'infraction commise par l'entreprise en cause ne saurait être censuré, dans la mesure où il n'est que le résultat de la méthode consistant à apprécier la durée d'une infraction par seuils progressifs de six mois chacun. En effet, même si, en raison de l'application de cette méthode, certaines entreprises se voient appliquer un coefficient multiplicateur calculé par référence à une période plus longue que celle durant laquelle elles ont effectivement participé à l'infraction, la différence de traitement est objectivement justifiée par l'objectif de prévention générale et la poursuite effective des infractions aux règles de la concurrence de l'Union (voir, en ce sens et par analogie, arrêt Itochu/Commission, point 106 supra, points 76, 77 et 81). En outre, au regard de la durée généralement longue des infractions, en particulier des infractions les plus graves, auxquelles l'article 81 CE est appliqué, la fixation de seuils progressifs de six mois est cohérente, objectivement justifiée et non disproportionnée.

# Multiplicateur

- LD 1998: UPM-Kymmene, T-53/06, §§ 73-84; ICI, T-214/06, §§ 138-178; YKK, T-448/07, §§ 198-204 (même pour la période avant acquisition par la mère)
- Discrimination dans le multiplicateur: Versalis et ENI, T-103/08, §§ 312-326: réduction de 1,4 à 1,2 (1,4 censé être 4 fois plus grand que 1,1 appliqué à Dow)
- Scission: application seulement à la "mère" et donc amende plus élevée pour la "mère" (C-421/11P, Total, §§ 78-84)
- Majoration dissuasion/discrimination par rapport aux grandes entreprises: NCHZ (T-352/09), §§ 53-66 et 149-165

# YKK

204 Il s'ensuit que le chiffre d'affaires au niveau mondial de 2006 des requérantes en tant que entité économique unique pourrait être pris en compte par la Commission, d'une part, pour le calcul du plafond prévu par l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, et, d'autre part, aux fins de la fixation du « multiplicateur de dissuasion ». L'année pertinente à prendre en compte par la Commission pour l'appréciation est dès lors l'année précédant la décision attaquée et non la durée de l'infraction en cause ou un moment précis au cours de la période infractionnelle, comme l'affirment les requérantes.

# NCHZ

56 Toutefois, une telle majoration ne saurait intervenir que dans l'hypothèse où les participants à l'infraction dont l'amende doit être majorée ont contesté cette amende devant le Tribunal et qu'ils ont été mis en mesure de présenter leurs observations relatives à une telle majoration .... Si ces conditions ne sont pas remplies, le moyen le plus apte à remédier à l'inégalité de traitement relevée consiste en une réduction du montant de l'amende infligée aux autres participants de l'infraction .... Partant, l'argument résumé au point 54 ci dessus ne saurait être d'emblée écarté comme étant inopérant.

62 ... il n'en résulte pas, inversement, qu'une amende qui ne représente pas un pourcentage significatif du chiffre d'affaires global de l'entreprise concernée ne déploiera pas un effet suffisamment dissuasif à l'égard de cette entreprise.

63 En effet, une amende fixée suivant la méthodologie définie dans les lignes directrices représente, en principe, un pourcentage considérable de la valeur des ventes que l'entreprise sanctionnée a réalisées dans le secteur concerné par l'infraction. Ainsi, du fait de l'amende, l'entreprise en question verra ses bénéfices dans ce secteur diminuer de manière significative, voire enregistrera des pertes. Quand bien même le chiffre d'affaires réalisé par ladite entreprise dans ce secteur ne représenterait qu'une petite fraction de son chiffre d'affaires global, il ne saurait a priori être exclu que la diminution des bénéfices réalisés dans ce secteur, voire leur transformation en pertes, ait un effet dissuasif, dans la mesure où, en principe, une entreprise commerciale s'engage dans un secteur déterminé pour réaliser des bénéfices.

64 C'est ainsi que le paragraphe 30 des lignes directrices prévoit la faculté et non l'obligation pour la Commission d'augmenter l'amende imposée à une entreprise dont le chiffre d'affaires, au-delà des biens et des services concernés par l'infraction, est particulièrement important. ....

# Aggravantes

- Refus de collaborer: *KWS*, T-357/06 (§§ 216-218 – droits de la défense; prétendues erreurs de qualification juridique, §§ 219-240; violation règlement 17: défaut de collaboration avant entrée en vigueur règlement 1/2003: la Commission a le choix (§§ 250-251)
- Incitateur/meneur: *Shell*, T-343/06, §§ 151-183 (rôle incitateur pas suffisamment étayé), §§ 195-237 (rôle meneur pas suffisamment étayé); *KWS*: incitateur est "insuffisamment étayé" (§§262-273), mais confirme rôle de meneur (§§ 281-300), mais majoration pas réduite (§ 303).
- Récidive:
  - *Versalis et ENI*, T-103/08, §§ 263-287: mère pas "imputée" dans deux infractions antérieures - la Commission ne pouvait que tenir compte de PVC II (et non pas de polypropylène) parce que l'infraction PVC commise par "prédécesseur" de Versalis – augmentation passe de 60% à 50%.
  - *Shell*, T-343/06, §§ 244-276: OK même si mère pas imputée dans les cas précédents, claire que la sanction précédente appliquée "à la totalité du groupe Shell" (§262), griefs sur le droits de la défense est tardif et en tout état de cause non-fondé (§270-275)

# *KWS (refus collaboration)*

218 ... S'agissant plus particulièrement de la circonstance aggravante de refus de coopération pendant le déroulement de l'enquête retenue à l'encontre de la requérante, il y a lieu de relever, d'une part, que les lignes directrices pour le calcul des amendes la citent comme exemple de circonstance aggravante et, d'autre part, que la Commission a indiqué, dans la communication des griefs, qu'elle tiendrait compte du rôle individuel joué par chaque entreprise dans les accords en cause et que le montant de l'amende refléterait les éventuelles circonstances aggravantes ou atténuantes (point 361). La requérante ne pouvait donc ignorer que la Commission pourrait retenir cette circonstance aggravante si elle aboutissait à la conclusion que ses conditions d'application se trouvaient réunies. La Commission n'a donc pas méconnu ses droits de la défense.

250 Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que la requérante n'a pas établi que les lignes directrices pour le calcul des amendes, en ce qu'elles prévoient expressément la possibilité pour la Commission de prendre en compte un refus de coopération ou une tentative d'obstruction pendant le déroulement de l'enquête au titre des circonstances aggravantes dans la fixation de l'amende, ont été adoptées dans le but déterminant d'éluder la procédure de sanction prévue par les dispositions de l'article 15, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 17, et notamment le plafond de 5 000 euros.

251 En conclusion, le Tribunal estime que la Commission avait la possibilité, en l'espèce, de sanctionner un refus de coopération, soit en infligeant à l'entreprise en cause une amende maximale de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article 15, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 17, soit en tenant compte, dans la fixation du montant de l'amende infligée à l'entreprise sur le fondement de l'article 15, paragraphe 2, du même règlement (devenu l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, en vigueur au moment où elle a adopté la décision attaquée), de la circonstance aggravante tirée d'un refus de coopération pendant le déroulement de l'enquête, et que le détournement de pouvoir allégué n'est pas établi.

# *KWS (meneur)*

283 Pour être qualifiée de meneur d'une entente, une entreprise doit avoir représenté une force motrice significative pour l'entente ou avoir porté une responsabilité particulière et concrète dans le fonctionnement de celle-ci. .... Elle peut, notamment, être inférée de ce que l'entreprise, par des initiatives ponctuelles, a donné spontanément une impulsion fondamentale à l'entente ... Elle peut également être inférée d'un ensemble d'indices révélant le dévouement de l'entreprise à assurer la stabilité et la réussite de l'entente ...

284 Il en va ainsi lorsque l'entreprise a participé aux réunions de l'entente au nom d'une autre entreprise qui n'y assistait pas et qu'elle a communiqué les résultats desdites réunions à celle-ci .... Il en va de même lorsqu'il est avéré que ladite entreprise a joué un rôle central dans le fonctionnement concret de l'entente, par exemple en organisant de nombreuses réunions, en collectant et en distribuant les informations au sein de l'entente, et en formulant le plus souvent des propositions relatives au fonctionnement de l'entente ....

285 En outre, le fait de veiller activement au respect des accords conclus au sein de l'entente constitue un indice déterminant du rôle de meneur joué par une entreprise ....

286 En revanche, le fait pour une entreprise d'exercer des pressions, voire de dicter le comportement des autres membres de l'entente, n'est pas une condition nécessaire pour que cette entreprise puisse être qualifiée de meneur de l'entente .... La position sur le marché d'une entreprise ou les ressources dont elle dispose ne peuvent pas davantage constituer des indices d'un rôle de meneur de l'infraction, même s'ils font partie du contexte au regard duquel de tels indices doivent être appréciés ....

287 Il convient enfin de rappeler que le Tribunal a déjà estimé que la Commission pouvait considérer que plusieurs entreprises ont joué un rôle de meneur dans une entente ....

# Atténuantes

- Encouragement/autorisation étatique: *GDF*, T-370/09, §§ 444-455
- Rôle passif (1998): *UPM-Kymmene*, T-53/06, §§ 105-112 (rejeté); *FLS Plast*, T-64/06, §§ 123-132 (rejeté); *Berning & Söhne*, T-445/07, §§ 214-221
- Rôle passif (2006) (plus dans la liste), rejeté: *Denki*, T-83/08, §§ 253-258; *NCHZ* (T-352/09, §§ 81-103, passé communiste, langues); *GDF*, T-370/09, §§ 439-443
- Absence de mise en œuvre: *Denki*, T-83/08, §§ 247-252 (pas preuve que les requérantes s'étaient opposées à l'entente au point d'en perturber le bon fonctionnement); *Ecka* (T-400/09), rejeté en ce qui concerne le volet de l'entente relatif au magnésium (§§82-91)
- Non-contestation: *Ecka* (T-400/09), §§ 53-67 (aussi non-contestation de l'utilisation des documents saisis pendant l'inspection, § 66, et renonciation à demander une traduction en allemand d'une demande de renseignements, § 67)
- Coopération hors clémence: *NCHZ*, T-352/09, §§107-128 (utilisation par la Commission devant le Tribunal)

# Denki

253 ... si cette circonstance était expressément citée en tant que circonstance atténuante éventuelle dans les lignes directrices de 1998, elle ne figure plus parmi les circonstances atténuantes pouvant être retenues en application des lignes directrices de 2006. Ainsi, cela manifeste un choix politique délibéré de ne plus « encourager » le comportement passif des participants à une infraction aux règles de concurrence. Or, ce choix relève de la marge d'appréciation de la Commission dans la détermination et la mise en œuvre de la politique de concurrence.

255 Or, en l'espèce, les requérantes ont participé à un nombre non négligeable de réunions de l'entente, dont le caractère anticoncurrentiel a été établi ..., et ont reconnu avoir fourni certaines informations à leurs concurrents. Quand bien même ces informations auraient été erronées et/ou disponibles par ailleurs, elles n'en ont pas moins donné l'impression à leurs concurrents de prendre part à l'entente et, ainsi, ont contribué à l'encourager. En outre, aucun des participants à l'entente en cause n'a indiqué que les requérantes avaient adopté un « profil bas » au cours de l'infraction. Pour ces raisons, il ne peut être considéré que leur rôle a été exclusivement passif.

256 Il s'ensuit que la Commission n'a pas dépassé les limites du pouvoir d'appréciation dont elle dispose en la matière en ne retenant pas, à titre de circonstance atténuante justifiant une réduction de l'amende, le prétendu rôle exclusivement passif des requérantes. L'erreur manifeste d'appréciation des faits n'est donc pas établie.

# NCHZ

93 À cet égard, il y a lieu de relever que si, ..., la Commission ne saurait se départir des règles qu'elle s'est elle-même imposées, elle est en revanche libre de modifier ces règles ou de les remplacer. Dans un cas qui relève du champ d'application des nouvelles règles, comme c'est le cas de l'infraction litigieuse qui relève, *ratione temporis*, du champ d'application des lignes directrices ainsi qu'il ressort du paragraphe 38 de celles-ci, il ne saurait être reproché à la Commission de ne pas avoir tenu compte d'une circonstance atténuante non prévue par ces nouvelles règles, au seul motif qu'elle était prévue dans les anciennes. En effet, le fait que la Commission ait considéré, dans sa pratique décisionnelle antérieure, que certains éléments constituaient des circonstances atténuantes aux fins de la détermination du montant de l'amende n'implique pas qu'elle soit obligée de porter la même appréciation dans une décision ultérieure (arrêts du Tribunal du 14 mai 1998, *Mayr Melnhof/Commission*, T 347/94, Rec. p. II 1751, point 368, et du 20 mars 2002, *LR AF 1998/Commission*, T 23/99, Rec. p. II 1705, point 337).

94 Il n'en reste pas moins que, ainsi qu'il a déjà été relevé au point 92 ci-dessus, l'énumération des circonstances atténuantes susceptibles d'être prises en compte par la Commission au paragraphe 29 des lignes directrices n'est pas exhaustive. Par conséquent, le fait que les lignes directrices n'énumèrent pas, parmi les circonstances atténuantes, le rôle passif d'une entreprise ayant participé à une infraction, ne fait pas obstacle à la prise en considération, à ce titre, de cette circonstance, si elle est susceptible de démontrer que la gravité relative de la participation de ladite entreprise à l'infraction est moins importante.

95 Or, sans qu'il soit nécessaire de déterminer si cette dernière condition est remplie en l'espèce, force est de constater, en tout état de cause, qu'il ne résulte aucunement des éléments et arguments invoqués par la requérante que son rôle dans l'infraction litigieuse était passif ou suiviste.

# Plafond 10%

- Application séparée "mère/filiale" en cas de scission: *FLS Plast*, T-64/06, §§ 135-141
- Jurisprudence "Britannia": 1. *garantovaná* (T-392/09, §§ 59-108):
  - 2007 au lieu de 2008 même si en 2008 il y avait un peu d'activité, et donc pas d'activité "normale" (en voie de dissolution).
  - droits de la défense: §§ 67-80
- *Almamet*, T-410/09, §§ 210-255
  - valeur de ventes de magnésium en provenance de NCHZ, §§ 222-235 (mais le fait que l'amende respecte le plafond ne veut pas dire qu'elle soit proportionnée et la Commission peut appliquer une réduction, §§ 228-230);
  - comptes "non audités", §§ 247-253
  - montée des prix la dernière année, §§ 254-255
- *NCHZ*, T-352/09, §161: pas amende maximale pour les cas les plus graves

# 1. *garantovaná*

78 Il s'ensuit que les éléments pris en considération par la Commission pour le calcul du plafond de l'amende à imposer à la requérante, à savoir tant les chiffres d'affaires réalisés par cette dernière en 2007 et en 2008 que les informations relatives à la cession de ses actifs en vue de la cessation de ses activités, ont tous été fournis par la requérante elle-même. Ainsi, ce que celle-ci semble soutenir par le présent moyen est que la Commission aurait dû la prévenir de son intention de se fonder sur les informations qu'elle avait elle-même fournies par sa lettre du 3 avril 2009, pour faire application, dans la présente espèce, de la jurisprudence Britannia et lui donner l'occasion de présenter ses observations sur cette éventualité. Or, les conséquences juridiques que la Commission va tirer de l'examen des faits pertinents d'une affaire relèvent de la position finale qu'elle entend adopter, laquelle n'est pas concernée par le droit d'être entendu, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence citée au point 74 ci-dessus.

79 En effet, une partie qui a elle-même produit les éléments de fait en cause a, par hypothèse même, été pleinement en mesure d'exposer, à l'occasion de ladite production, la pertinence éventuelle que revêtent ceux-ci pour la solution de l'affaire (voir, par analogie, arrêt de la Cour du 19 janvier 2012, OHMI/Nike International, C-53/11 P, non encore publiée au Recueil, point 53 ; voir, en ce sens et par analogie, ordonnance de la Cour du 4 mars 2010, Kaul/OHMI, C-193/09 P, non publiée au Recueil, point 66).

# Almamet

250 ... Contrairement à ce que semble considérer la requérante, il ne ressort aucunement de l'arrêt du 29 novembre 2005, *Britannia Alloys & Chemicals/Commission*, point 214 supra (point 39), que le chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise concernée au cours de l'exercice précédant celui de l'imposition de l'amende ne puisse pas être pris en considération, aux fins de l'application de l'article 23, paragraphe 2, deuxième alinéa, du règlement no 1/2003, s'il n'a pas encore été audité. La jurisprudence citée aux points 214 à 216 ci dessus vise, selon les termes qu'elle utilise, le cas où le chiffre d'affaires pour le dernier exercice n'est pas disponible ainsi que celui où, bien que disponible, il ne donne aucune indication sur l'importance de l'entreprise en cause, dès lors qu'il concerne une période pendant laquelle cette entreprise n'a pas exercé d'activité économique ou l'activité économique qu'elle a exercée ne peut pas être qualifiée de « normale ». Un chiffre d'affaires non audité n'entre dans aucune de ces deux catégories.

251 Il ne saurait en aller autrement que dans l'hypothèse où il existe des indices sérieux et concordants permettant de remettre sérieusement en question la fiabilité de ce chiffre d'affaires, dans la mesure où un chiffre d'affaires dénué de toute fiabilité équivaut, en définitive, à un chiffre d'affaires non disponible. Or, la requérante n'a invoqué, en l'espèce, aucun indice concret de cette nature. ....

252 Sont sans pertinence, à cet égard, les références de la requérante au principe de la sécurité juridique et à la nature prétendument quasi pénale d'une amende infligée pour une infraction aux règles de la concurrence, dans la mesure où aucune obligation d'effectuer un audit du chiffre d'affaires disponible avant de l'utiliser aux fins du calcul du plafond de l'amende prévu à l'article 23, paragraphe 2, deuxième alinéa, du règlement no 1/2003 ne saurait être déduite de ces principes et considérations.

253 ... la référence, dans la jurisprudence citée au point 214 ci dessus, à « un exercice complet d'activité économique normale » vise à exclure la prise en considération d'un exercice pendant lequel l'entreprise concernée était en train de mettre fin à ses opérations, bien que toute activité économique n'eût pas encore cessé et, plus généralement, d'un exercice pendant lequel le comportement de l'entreprise concernée sur le marché ne correspondait pas à celui d'une entreprise exerçant une activité économique aux termes habituels. En revanche, le seul fait que le chiffre d'affaires ou le bénéfice réalisés lors d'un exercice déterminé sont significativement inférieurs, ou supérieurs, à ceux réalisés lors d'exercices précédents ne signifie pas que l'exercice en question ne constitue pas un exercice complet d'activité économique normale.

# Clémence - général

Scission: pas application à l'ancienne mère, mais à la mère au moment de la coopération? *FLS Plast*, T-64/06, §§ 167-180

Immunité partielle: *Otis*, C-494/11P, §§ 86-91; *Kuwait*, T-370/06, §§ 30-40

Non-contestation (1996) pas de réduction si équivoque et contestation d'un fait pertinent : *FLS Plast*, T-64/06, §§ 177-178; pas de réduction si la Commission a déjà suffisamment de preuves (*Bolloré II*, T-372:10, §§ 258)

Prétendus obstacles pour accéder aux preuves sans pertinence: *UPM-Kymmene*, T-53/06, §§ 117 (suite cession de RSFE).

Réduction (2002):

- Pas valeur ajoutée significative: *ICI*, T-214/06, §§ 181-204 (pas de valeur ajoutée significative), §§ 205-250 (si la Commission était responsable du retard, avait déconseillé à Lucite – ancienne mère- de l'en informer); *Nynäs*, T-347/06, §§ 84-85, 93, 99-103; *NCHZ*, T-352/09, §§ 107-129; *Almamet*, T-410/09, §§ 192-209 (certaine utilité mais pas valeur ajoutée significative)
- Pas d'erreur dans la réduction: *El Du Pont de Nemours*, T-76/08, §§ 147-152; *Dow Chemical*, T-77/08: 25% (entre 20 et 30%) n'est pas incorrecte si l'entreprise vient tard, indépendamment de la qualité de sa coopération; *Kuwait*, T-370/06, si on vient tard et seulement après envoi d'une demande de renseignements, 20% (entre 20-30%) est OK (§§ 59-62).

# FLS

171 À cet égard, la Commission soutient que la requérante ne se trouvait pas dans une situation comparable à celle de Trioplast Industrier, car cette dernière formait avec Trioplast Wittenheim une seule entreprise au moment de la demande de coopération.

172 L'argument de la Commission ne saurait être accueilli pour les raisons suivantes. Dès lors que la Commission a décidé de suivre une approche individualisée, elle devait examiner la situation individuelle de chaque destinataire de la future décision, afin de déterminer la sanction qui allait lui être appliquée. C'est ainsi que Trioplast Wittenheim, Trioplast Industrier et la requérante se sont vu, à bon droit, attribuer des montants de départ individuels, qui ont ensuite été ajustés en fonction des circonstances qui leur étaient propres.

173 Toutefois, la Commission s'est partiellement écartée de cette méthode dans le cas de Trioplast Industrier. En effet, il ne ressort ni de la décision attaquée ni des écrits produits devant le Tribunal que cette société ait fourni des informations justifiant une réduction de 30 % au titre de la coopération ou qu'elle se soit ralliée à la coopération offerte par Trioplast Wittenheim. La Commission lui a néanmoins octroyé une telle réduction au motif qu'elle constituait avec Trioplast Wittenheim une seule entreprise au moment de l'adoption de la décision attaquée. La Commission a ainsi confondu la question relative au fondement de la responsabilité de Trioplast Industrier du fait des agissements de Trioplast Wittenheim avec la question relative aux modalités de calcul des amendes.

174 Or, dans la mesure où le fondement de la responsabilité de la requérante en raison du comportement de Trioplast Wittenheim est identique à celui de la responsabilité de Trioplast Industrier et où aucune des sociétés mères successives n'a offert des informations utiles à la Commission, celle-ci a traité deux situations comparables de façon différente. Il s'ensuit que la Commission a appliqué à la requérante un traitement discriminatoire par rapport à Trioplast Industrier, en refusant d'accorder à la première le même pourcentage de réduction que celui offert à cette dernière.

175 Cependant, selon la jurisprudence, le respect du principe d'égalité de traitement doit se concilier avec le principe de légalité, ce qui implique que nul ne peut invoquer à son profit une illégalité commise en faveur d'autrui....

176 Il s'ensuit que la requérante ne saurait se prévaloir du fait que la Commission a étendu, à tort, le bénéfice de la coopération offerte par Trioplast Wittenheim à Trioplast Industrier, afin de bénéficier de la même illégalité sous la forme d'une réduction comparable de 30 % du montant de base de l'amende que la décision attaquée lui a infligée.

# Otis

86 Le point 23, sous b), dernier alinéa, de la communication sur la coopération de 2002 dispose que, «si une entreprise fournit des éléments de preuve de faits précédemment ignorés de la Commission qui ont une incidence directe sur la gravité ou la durée de l'entente présumée, la Commission ne tiendra pas compte de ces faits pour fixer le montant de l'amende infligée à l'entreprise qui les a fournis».

88 La conclusion du Tribunal, à la fin du point 311 de l'arrêt attaqué, selon laquelle la Commission avait déjà été informée de l'existence de l'entente depuis le mois d'août 1995, constitue une constatation de fait relevant du pouvoir d'appréciation du Tribunal auquel il n'appartient pas à la Cour de se substituer.

89 ..., les éléments fournis par une entreprise au titre du point 23, sous b), de ladite communication doivent être suffisamment précis et étayés, afin de permettre à la Commission de les utiliser, après vérification, dans sa décision finale.

91 Enfin, eu égard aux éléments de fait décrits aux points 311 et 312 de l'arrêt attaqué, c'est sans commettre d'erreur de droit que le Tribunal a jugé, audit point 312, que la demande du groupe Otis concernant l'Allemagne ne contenait pas d'éléments de preuve ayant une incidence directe sur l'un des éléments identifiables de gravité ou de durée de l'infraction. Par conséquent, c'est également sans commettre d'erreur de droit que le Tribunal a jugé, au point 313 de l'arrêt attaqué, que le point 23, sous b), dernier alinéa, de la communication sur la coopération de 2002 n'était pas applicable.

# Kuwait

33 Le Tribunal estime qu'il convient de retenir une interprétation restrictive du paragraphe 23, sous b), dernier alinéa, de la communication sur la coopération de 2002, en la limitant aux cas où une société partie à une entente fournit une information nouvelle à la Commission, relative à la gravité ou à la durée de l'infraction, et en excluant les cas où la société n'a fait que fournir des éléments permettant de renforcer les preuves relatives à l'existence de l'infraction.

34 En effet, il y a tout d'abord lieu de rappeler que, la procédure de clémence constituant une exception à la règle selon laquelle une entreprise doit être sanctionnée pour toute violation des règles du droit de la concurrence, les règles qui s'y rapportent doivent dès lors être interprétées strictement.

35 Par ailleurs, il convient de souligner que l'efficacité des programmes de clémence serait affectée si les entreprises perdaient les incitants à être les premières à soumettre des informations dénonçant une entente à la Commission.

36 Or, l'interprétation préconisée par les requérantes conduirait à priver d'effet la distinction opérée par la Commission dans sa communication entre l'unique entreprise pouvant bénéficier d'une immunité d'amende (titre A de la communication sur la coopération de 2002) et celles qui ne peuvent prétendre qu'à une réduction du montant de l'amende (titre B de la communication sur la coopération de 2002), dès lors qu'elle reviendrait à faire également bénéficier ces dernières d'une immunité d'amende totale. La communication sur la coopération de 2002 établit ainsi une distinction entre l'entreprise qui a été la première à fournir des éléments de preuve de nature à permettre à la Commission de constater une infraction ou de lui permettre d'adopter une décision ordonnant des vérifications, qui bénéficie d'une immunité d'amende totale, et les autres entreprises, qui ne remplissent pas ces conditions et qui ne pourront bénéficier que d'une réduction du montant de l'amende de 50 % au maximum.

37 La Commission n'a dès lors pas commis d'erreur de droit en considérant qu'elle pouvait tenir compte, dans la fixation de l'amende de KPN, de faits que cette dernière avait seulement contribué à corroborer par la transmission de certains éléments de preuve, mais dont la Commission n'ignorait pas l'existence.

38 ... en l'espèce, il convient de constater que la Commission n'a à aucun moment fourni des assurances précises à l'égard de KPN quant à la possibilité de la faire bénéficier d'une immunité d'amende. De manière générale, en matière de clémence, tout demandeur communique des informations à la Commission sans avoir connaissance de celles dont celle-ci dispose déjà et il ne saurait dès lors entretenir une quelconque attente légitime quant au montant de la réduction dont il pourra bénéficier.

# NCHZ

109 ...l'argumentation de la requérante pose la question de la licéité de l'utilisation de la demande de clémence lors de la procédure devant le Tribunal. Il y a lieu, dès lors, d'examiner tout d'abord cette question, compte tenu des nombreuses références à la demande de clémence figurant dans l'argumentation de la Commission.

110 À cet égard, il doit être constaté que la coopération au titre de la communication sur la clémence de 2002 revêt un caractère purement volontaire de la part de l'entreprise concernée. Celle-ci n'est en effet en aucune manière contrainte de fournir des éléments de preuve concernant l'entente présumée. Le degré de coopération que l'entreprise souhaite offrir au cours de la procédure administrative relève donc exclusivement de son libre choix et n'est, en aucun cas, imposé par ladite communication ...

111 Par ailleurs, le point 31 de la communication sur la clémence de 2006, qui trouve à s'appliquer en l'espèce ..., relève, notamment, que « [t]oute déclaration faite à la Commission dans le cadre de la présente communication fait partie du dossier de la Commission et peut donc être invoquée à titre de preuve ». Il s'ensuit que, depuis la publication de la communication sur la clémence de 2006, une entreprise qui, comme la requérante en l'espèce, décide de soumettre une déclaration en vue de l'obtention d'une réduction du montant de l'amende, est consciente du fait que, alors qu'une réduction ne lui sera accordée que si, de l'avis de la Commission, les conditions d'une réduction prévues dans la communication sont remplies, la déclaration fera en tout état de cause partie du dossier et pourra être invoquée à titre de preuve, y compris contre son auteur.

112 Ayant, donc, librement et en toute connaissance de cause, choisi de soumettre une telle déclaration, l'entreprise concernée ne saurait utilement se prévaloir de la jurisprudence relative à l'interdiction de l'auto-incrimination. Il ressort notamment de cette jurisprudence que la Commission ne saurait imposer à une entreprise l'obligation d'apporter des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve .... Or, en l'espèce, dès lors que la requérante a soumis la demande de clémence de sa propre volonté et sans y être obligée, elle ne saurait utilement faire valoir son droit de ne pas être contrainte par la Commission d'avouer sa participation à une infraction ....

# Capacité contributive

- *Ecka* (T-400/09), §§ 92-119 (argumentation non susceptible de démontrer que, dans l'hypothèse d'une faillite de l'ensemble du groupe, les actifs des requérantes et des autres entreprises composant ce groupe seraient privés de toute valeur; rejeté aussi dans le cadre de la pleine juridiction (§119)).
- *NCHZ* (T-352/09), §§ 174-229: faillite pas suffisante, faut que les actifs perdent leur valeur (§§ 190-191) (question pas abordée par requérante); réduction rejetée même en pleine juridiction (§§ 211-229); motivation de la décision succincte mais suffisante en l'espèce (§§ 203-210).
- *Almamet*, T-410/09, §§ 265-275 (amende déjà réduite de 20% en application point 37; le Tribunal rappelle qu'il n'est pas lié par une telle réduction, mais peut augmenter l'amende, § 275)
- Discrimination en application point 37: *NCHZ*, T-352/09, §§ 130-148 (comparaison avec *Almamet*)

# Contrôle judiciaire

- Effets arrêt annulation d'une entité du groupe: *Ballast Nedam*, T-361/06 (annulation BN Infra en raison du non-respect des droits de la défense n'affecte pas celle de la mère).
- Distinction très nette contrôle légalité/pleine juridiction: *Shell*, T-343/06, §§ 99-127 (sur le "mexphalte C").
- Pas lié par LD: réduction dans *GDF* et *E.ON* pas celle qui résulterait de son application (EUR 267 mill.), mais plus limitée (EUR 320 mill.).
- Durée de la procédure: *ICI*, T-214/06, §§ 282-318: le Tribunal aborde le moyen, mais le rejette comme non-fondé ("malgré" un "silence" de quatre ans et cinq mois)
- *Commission/Coppens*, C-441/11P: calcul de l'amende par la Cour après annulation de l'arrêt, s'inspirant surtout de la jurisprudence (§§ 79-82).