

savoir le maintien d'une concurrence effective dans le marché commun ; l'altération de la concurrence, étant interdite lorsqu'elle résulte des comportements visés par l'article 85, ne saurait devenir licite lorsque ces comportements, menés à bonne fin sous l'action d'une entreprise dominante, réussissent à se matérialiser dans une intégration des entreprises entre elles.

12. L'énumération de pratiques abusives contenue à l'article 86 du traité n'épuise pas les modes d'exploitation abusive de position dominante interdits par le traité.

L'article 86 ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective, telle que mentionnée à l'article 3, lettre f du traité. Le fait, par une entreprise en position dominante, quels que soient les moyens ou procédés utilisés à cet effet, de renforcer cette position au point que le degré de domination ainsi atteint entrave substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisse subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante, est dès lors susceptible de constituer un abus.

Si, peut-être, en dehors de toute faute, considérée comme abusive la détention d'une position dominante portée à un point tel que les objectifs du traité se trouvent tournés par une modification si substantielle de la structure de l'offre que la liberté de comportement du consommateur sur le marché se trouve gravement

compromise, l'élimination pratique de toute concurrence rentre nécessairement dans un tel cadre.

13. Le problème du lien de causalité entre la position dominante et son exploitation abusive, ne revêt pas d'intérêt, le renforcement de la position détenue par l'entreprise pouvant être abusif et interdit par l'article 86 du traité, quels que soient les moyens ou procédés utilisés à cet effet, dès lors qu'il aurait pour effet d'entraver substantiellement la concurrence.
14. La délimitation du marché en cause est d'une importance essentielle, les possibilités de concurrence ne pouvant être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause, en vertu desquelles ces produits seraient particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et seraient peu interchangeables avec d'autres produits. Pour pouvoir être considérés comme constituant un marché distinct, les produits en cause doivent s'individualiser non seulement par le simple fait de leur utilisation pour l'emballage de certains produits, mais encore par des caractéristiques particulières de production qui les rendent spécifiquement aptes à cette destination.
15. La détention d'une position dominante sur le marché des emballages métalliques légers destinés aux conserves de viande et de poisson ne saurait être décisive tant qu'il n'a pas été démontré que les concurrents dans d'autres secteurs du marché des emballages métalliques légers ne peuvent pas, par une simple adaptation, se présenter sur ce marché avec une force suffisante pour constituer un contrepoids sérieux.

Dans l'affaire 6-72

EUROPEMBALLAGE CORPORATION, Bruxelles (Belgique), et CONTINENTAL CAN COMPANY INC., New York (USA), représentées par M^{es} Alfred Gleiss, Helmuth Lutz, Christian Hootz, Martin Hirsch et associés, inscrits au barreau de

Stuttgart, ainsi que par M^e Jean Loyrette, avocat à la Cour de Paris, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M^e Georges Reuter, 7, avenue de l'Arsenal,

parties requérantes,

contre

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, représentée par ses conseillers juridiques, MM. Bastiaan Van der Esch et Jochen Thiesing, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de son conseiller juridique, M. Emile Reuter, 4, boulevard Royal,

partie défenderesse,

ayant pour objet l'annulation de la décision de la Commission du 9 décembre 1971, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité, « Affaire IV/26811 — Europemballage Corporation » (JO 1972, n° L 7),

LA COUR,

composée de MM. R. Lecourt, président, R. Monaco (rapporteur) et P. Pescatore, présidents de chambre, A. M. Donner et H. Kutscher, juges,

avocat général : M. K. Roemer

greffier : M. A. Van Houtte

rend le présent

ARRÊT

Points de fait et de droit

I — Les faits et le déroulement de la procédure

Attendu que les faits et le déroulement de la procédure peuvent se résumer comme suit :

1. Continental Can Company Inc. (Continental) à New York (USA), société productrice d'emballages métalliques, de matériaux d'emballage en

papier et en plastique ainsi que de machines pour fabriquer et utiliser ces emballages, a, par achats successifs au cours de l'année 1969, porté sa participation dans Schmalbach-Lubeca-Werke AG (SLW) à Brunswick (Allemagne) à 85,8 % du capital nominal.

Au cours de la même année, Continental a envisagé la formation, avec The Metal Box Company Ltd (MB) à Londres,

d'une société holding européenne de l'emballage, à laquelle les licenciés de Continental aux Pays-Bas et en France, Thomassen & Drijver-Verblifa N.V. (TDV) à Deventer et J. J. Carnaud et Forges de Basse-Indre (Carnaud) à Paris, seraient invités à participer. Carnaud a toutefois indiqué, fin août 1969, qu'elle ne pouvait participer à la société holding envisagée.

Le 16 février 1970, un accord (« agreement ») a été signé entre Continental et TDV, aux termes duquel il était convenu :

- a) que Continental constituera au Delaware (USA) une société (appelée ultérieurement Europemballage Corporation) à laquelle elle transférera ses intérêts actuels dans SLW ;
- b) que Continental incitera Europemballage à offrir aux actionnaires de TDV autres que MB et Continental, une somme au comptant de 140 florins par action TDV de 20 florins nominal. Tout actionnaire TDV offrant ses actions recevra également un certificat lui accordant un droit préférentiel pour l'achat d'actions ordinaires d'Europemballage, lorsque celles-ci seront offertes au public. Continental fournira à Europemballage les fonds nécessaires à un tel achat, en acquérant des actions supplémentaires d'Europemballage.

En application de cet accord :

- le 20 février 1970, une société dénommée Europemballage Corporation (Europemballage) a été constituée à Wilmington, sous la législation de l'État du Delaware. Cette société a ouvert un bureau à New York et un autre à Bruxelles ;
- le 16 mars 1970, TDV a publié l'offre d'achat d'Europemballage.

En mars et avril, la Commission a attiré l'attention des entreprises intéressées sur l'incompatibilité éventuelle de l'opération envisagée avec les dispositions de l'article 86 du traité et sur les conséquences juridiques et financières qui pourraient en résulter pour elles. MB a alors

indiqué qu'elle reportait sa jonction projetée avec Europemballage.

Le 8 avril 1970, Europemballage a procédé à l'achat des actions et obligations de TDV proposées à cette date, portant ainsi à 91,07 % la participation initiale de Continental dans TDV.

2. Le 9 avril 1970, la Commission a décidé d'engager une procédure d'office (en application de l'art. 3, paragraphe 1 du règlement 17/62) dirigée contre Continental et sa filiale Europemballage, et concernant l'acquisition par cette dernière de la majorité des actions de TDV. A l'issue de cette procédure, la Commission a arrêté, le 9 décembre 1971, une décision au titre de l'article 86 du traité qui, après avoir exposé les motifs se trouvant à sa base et portant sur les caractéristiques des entreprises en question, les liens réciproques d'ordres personnel, financier, contractuel et technique, et, en ce qui concerne plus particulièrement SLW et TDV, les caractéristiques de leur production, les ventes sur leurs marchés respectifs, les exportations de chaque société vers le territoire de l'autre, leur situation sur le plan de la concurrence, etc., dispose ce qui suit :

« Article 1

Il est constaté que Continental Can Company Inc. à New York qui détient, par l'intermédiaire de sa filiale Schmalbach-Lubeca-Werke AG à Brunswick, une position dominante dans une partie substantielle du marché commun sur le marché des emballages légers pour conserves de viande, de charcuterie, de poissons et de crustacés, ainsi que sur le marché des couvercles métalliques pour bocaux en verre, a exploité abusivement cette position dominante par l'achat effectué en avril 1970 par sa filiale Europemballage Corporation d'environ 80 % des actions et obligations convertibles de l'entreprise néerlandaise Thomassen & Drijver-Verblifa N.V. à Deventer. Cet achat a conduit à éliminer pratiquement la concurrence pour les produits d'emballages précités dans une partie substantielle du marché commun.

Article 2

Continental Can Company Inc. est obligée de mettre fin à l'infraction à l'article 86 du traité instituant la CEE constatée à l'article premier. A cette fin, elle devra présenter des propositions à la Commission avant le 1^{er} juillet 1972.

Article 3

La présente décision est destinée à Continental Can Company Inc. à New York. »

Cette décision, publiée au Journal officiel des CE du 8 janvier 1972, n° L 7 — dans lequel il est précisé que « le texte en langue française est le seul faisant foi » —, a été notifiée à Europemballage le 14 décembre 1971, et à Continental Can, par poste, au courant du même mois. Le texte allemand a en outre été communiqué aux conseils des requérantes le 20 décembre 1971.

Elle fait l'objet du présent recours, déposé au greffe de la Cour le 9 février 1972.

3. Dans la requête, et ensuite par acte séparé déposé au greffe le 23 février 1972, les requérantes ont présenté, en application de l'article 185 du traité CEE, une demande de sursis à l'exécution de l'article 2 de la décision attaquée. Le président de la Cour, après avoir entendu les parties, a rejeté cette demande par ordonnance du 21 mars 1972.

Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé d'ouvrir la procédure orale, après avoir invité les parties à répondre, avant le 1^{er} septembre 1972, à un certain nombre de questions.

Les parties ont été entendues à l'audience du 20 septembre 1972.

L'avocat général a présenté ses conclusions à l'audience du 15 novembre 1972.

II — Conclusions des parties

Attendu que les *parties requérantes* concluent à ce qu'il plaise à la Cour :

- «1) Déclarer nulle et non avenue la décision de la Commission des Commu-

nautés européennes du 9 décembre 1971 « IV/26811 — Europemballage » constatant qu'en achetant 80 % des parts de l'entreprise Thomassen & Drijver-Verblifa N.V., à Deventer, par l'intermédiaire de sa filiale Europemballage Corporation, la Continental Can Company Inc., à New York, a violé l'article 86 du traité de la CEE, obligeant celle-ci à mettre fin à cette infraction et lui enjoignant de présenter des propositions à la Commission avant le 1^{er} juillet 1972 ;

- 2) Dire qu'en application de l'article 73, lettre b, du règlement de procédure de la Cour de Justice des Communautés européennes, la Commission des Communautés européennes est tenue de rembourser aux requérantes les frais exposés par les parties aux fins de la procédure. »

que la *partie défenderesse* conclut à ce qu'il plaise à la Cour :

« rejeter le recours et condamner les requérantes aux dépens. »

III — Moyens et arguments des parties

Attendu que les moyens et arguments des parties peuvent se résumer comme suit :

A — Observations générales

Les *requérantes* soutiennent que la procédure préalable à l'adoption de la décision attaquée présenterait des irrégularités, qui se seraient aussi répercutées sur cette décision :

— D'abord, la motivation des griefs exposés par la Commission aux intéressées, dans sa communication du 15 mars 1971, serait insuffisante, la Commission s'étant limitée à exprimer son opinion juridique, sans tenter de la motiver.

— Ensuite, la décision entreprise reprendrait essentiellement les griefs exposés dans la communication précitée de la Commission, sans pour autant réagir à la réponse dont cette com-

munication a fait l'objet le 9 août 1971, et sans indiquer les motifs sur lesquels s'étayerait sa conception juridique.

- Enfin, cette attitude ne correspondrait pas à la nature véritable de l'audition orale prévue par l'article 7 du règlement 99/63, audition qui, en l'espèce, aurait été inadéquate, la Commission s'étant bornée à protester contre l'exposé des faits figurant dans la réponse du 9 août 1971, sans que ses représentants et ceux des autres autorités y participant aient posé la moindre question.

Après avoir souligné qu'il incombe à la Commission de prouver et d'indiquer les raisons justifiant ses griefs, les requérantes se réfèrent au texte de ladite réponse, en précisant qu'elles y renvoient à titre complémentaire, dans la mesure où son contenu ne serait pas dépassé par l'argumentation développée dans le recours.

La défenderesse répond notamment ce qui suit :

- L'exposé des griefs satisfait aux conditions énoncées à l'article 4 du règlement 99/63, lorsqu'il indique de manière claire — ne fût-ce que sous une forme concise — les faits essentiels sur lesquels il se fonde. Dans son exposé, la Commission aurait non seulement décrit les faits, mais encore expliqué dans quelle mesure le groupe Continental détiendrait une position dominante et aurait exploité abusivement cette position en procédant à l'achat de la majorité des actions de TDV.
- Dans une procédure administrative au titre du règlement 17/62, la Commission ne serait pas tenue de motiver le rejet des moyens allégués par les intéressés. Par ailleurs, la décision s'écarterait en plusieurs points, en faveur des requérantes, de l'exposé des griefs du 15 mars 1971.
- D'après l'article 7 du règlement 99/63, l'audition orale ne serait destinée qu'à permettre de compléter ou développer les observations écrites déjà présentées en vertu de l'article 5.

Les requérantes ayant remis des observations écrites très détaillées, les fonctionnaires de la Commission et des États membres n'auraient pas eu de questions à poser à l'audition du 21 septembre 1971. Par ailleurs, ce ne serait qu'à la suite d'un examen minutieux de l'exposé de ses griefs, ainsi que de la réponse du 9 août 1971 et du procès-verbal de l'audition, que la Commission aurait arrêté la décision entreprise.

B — Sur la procédure

Les requérantes relèvent un certain nombre d'irrégularités commises par la Commission sur le plan formel, et qui suffiraient à entraîner la nullité de la décision attaquée, notamment :

- absence de « notification » de la décision attaquée à Continental, du moins par la voie normale, c'est-à-dire diplomatique, Continental n'ayant reçu en décembre 1971 qu'une ou deux lettres de la Commission, qui lui avaient été adressées par poste et qu'elle a renvoyées à la Commission sur le conseil de ses avocats ;
- désignation irrégulière, au Journal officiel des Communautés européennes du 8 janvier 1972, de la procédure ouverte contre Continental, le texte français de la décision portant l'intitulé « Europemballage Corporation » ;
- infraction aux dispositions du régime linguistique (article 3 du règlement n° 1 du Conseil, JO 1958 n° 17), la Commission ayant désigné le texte français de la décision comme faisant foi, alors que le conseil d'Europemballage, habilité à répondre à la communication des griefs de la Commission, aurait indiqué, dans la lettre accompagnant sa réponse, que la version allemande de ce document faisait foi ;
- violation des droits de la défense, l'article 2 de la décision attaquée visant Continental, alors que la communication des griefs de la Commis-

sion (adressée seulement à Europemballage) n'aurait pas été notifiée à cette entreprise qui, de ce fait, n'aurait pas été en mesure de faire connaître son point de vue conformément à l'article 19, paragraphe 1 du règlement 17/62 ;

- la circonstance qu'en l'espèce la Commission aurait outrepassé ses pouvoirs, les articles 1 à 3 de la décision attaquée visant Continental qui, n'ayant pas de siège et n'exerçant aucune activité sur le territoire des États membres, ne serait pas, selon les principes généraux du droit des gens, soumise à l'autorité de la Commission, ni à la juridiction de la Cour de justice.

La défenderesse répond ce qui suit :

- Le droit communautaire n'exigerait pas que la notification soit faite par la voie diplomatique. Par ailleurs, même si la notification de l'acte attaqué était entachée d'un vice, ce vice ne justifierait pas la demande en annulation formée par les requérantes.
- La désignation de la procédure au Journal officiel ne serait pas déterminante aux fins de la validité de la décision attaquée. Il serait d'autre part incontestable que Continental devrait être considérée comme l'acquéreur indirect, et Europemballage comme l'acquéreur direct de la majorité des actions de TDV.
- Puisque Continental a son siège dans un État tiers, la Commission aurait pu, conformément à l'article 3 du règlement n° 1, choisir une des quatre langues officielles de la Communauté. Elle aurait choisi la langue française parce que, notamment, Europemballage, qui aurait acquis les actions TDV pour le compte de Continental, possède un bureau à Bruxelles et aurait elle-même rédigé en français sa réponse aux griefs de la Commission.
- L'allégation selon laquelle Continental n'aurait pas eu l'occasion de faire connaître son point de vue au sujet

des griefs exposés par la Commission serait démentie par toute une série de faits, caractéristiques de la procédure litigieuse, rapportés au dossier, ainsi que par les conclusions qu'on peut tirer d'une déclaration faite par M. Charles B. Stauffacher, « Vice-Chairman of the Board of Continental Can Company » et « Chairman of the Board of Europemballage Corporation », lors de l'audition du 21 septembre 1971.

- Même en appliquant strictement le soi-disant principe de la « territorialité », il ne ferait pas de doute que les États (ainsi que la Communauté) sont habilités à appliquer leur législation aux actes accomplis sur le territoire d'exercice de leur souveraineté, quelle que soit la nationalité des auteurs de ces actes. Continental aurait précisément agi à l'intérieur de la Communauté par l'intermédiaire d'une filiale qui, tout en ayant une personnalité juridique propre, serait cependant dépourvue de toute indépendance économique.

Les requérantes insistent sur l'« incompétence » de la Commission à l'égard de Continental, en faisant valoir qu'on ne saurait imputer à cette entreprise le comportement de sa filiale, sans porter atteinte au principe fondamental de l'autonomie de la personnalité juridique. Par ailleurs, la personne morale qui aurait commis le prétendu abus (Europemballage) ne serait pas la même que celle qui occuperait la position dominante (SLW). La défenderesse objecte que ces arguments relèvent d'une conception formelle. Compte tenu du but dans lequel Continental a constitué Europemballage et du fait que celle-ci, bien qu'ayant une personnalité juridique, n'aurait aucune indépendance économique, on ne saurait prendre en considération la personnalité juridique d'Europemballage aux fins de l'application des règles de droit communautaire sur la concurrence. Par ailleurs, un télégramme envoyé par Continental à la Commission en date du 14 avril 1970 indiquerait qu'Europemballage n'était pas encore complètement organisée au

moment où elle avait publié, en mars 1970, son offre d'achat. Elle n'aurait donc eu à l'époque aucun représentant qui aurait pu, même théoriquement, refuser d'exécuter les instructions données par la société mère. Par ailleurs, on ne saurait contester que SLW, qui détient une position dominante sur le marché allemand, se trouve placée sous le contrôle direct d'Europemballage et sous le contrôle indirect de Continental.

Enfin, les références, contenues dans le mémoire de M^e Loyrette, à la situation juridique existant dans les États membres à propos du problème de l'imputabilité du comportement d'une filiale à sa société mère, ne seraient pas correctes, compte tenu de la solution donnée à ce problème en Allemagne, aux Pays-Bas et en Belgique. Quant au droit anti-trust américain, il en ressortirait que les sociétés qui forment un tout, du point de vue économique, sont considérées comme un ensemble juridique, même si elles ont, chacune, une personnalité juridique distincte.

La défenderesse s'érige enfin contre le dépôt, par les requérantes, d'un mémoire établi par le conseil de Continental à New York, M. Helmer Johnson. Ce mémoire ne serait pas à prendre en considération, d'une part, parce que son auteur ne pourrait se prévaloir des dispositions de l'article 17 du protocole sur le statut de la Cour et, d'autre part, parce qu'il ne remplirait pas les conditions de l'article 29, paragraphe 3, du règlement de procédure. Sous réserve de ces objections, elle fait observer que les arguments de M. Johnson sur le problème de la « compétence » reflèteraient des notions empruntées au droit américain et n'intéressant pas l'application du droit communautaire, pour laquelle il suffirait que les effets du comportement litigieux se produisent à l'intérieur du marché commun.

C — Sur le fond

La discussion sur le fond du litige engagée entre parties porte sur les problèmes juridiques liés à l'interprétation de l'article 86 du traité et à son application aux

concentrations d'entreprises, ainsi que sur les questions de fait sous-jacentes à l'acte attaqué.

1. L'interprétation de l'article 86 : « position dominante » et « exploitation abusive » de position dominante

Les requérantes soutiennent que la notion d'exploitation abusive énoncée par la Commission (partie II, considérant C, 23) est issue d'une conception juridique dont le but serait de faire de l'article 86 du traité l'instrument du contrôle des concentrations, en dépit du contenu et de la portée objectifs de cette disposition.

Cette conception se heurterait aux résultats auxquels parviendrait une analyse objective de l'article 86, effectuée à l'aide de plusieurs critères d'interprétation :

— Déjà le texte de cet article montrerait, en effet, que celui-ci ne vise ni la naissance ou le renforcement des positions dominantes, ni les faits pouvant y mettre obstacle ou fin. Les travaux préparatoires du traité ne contiendraient rien qui pourrait s'opposer à cette constatation. En outre, la comparaison entre le traité CECA et le traité CEE permettrait de constater que, si l'article 85 du traité CEE fait, pour l'essentiel, pendant à l'article 65 du traité CECA, l'article 66 CECA n'aurait été repris par l'article 86 du traité de Rome que pour la partie relative à la « position dominante » (paragraphe 7). Si le législateur avait également voulu instaurer, dans le cadre de ce dernier traité, un contrôle des concentrations et une possibilité de les dissoudre, il lui aurait été facile d'y inclure des dispositions analogues à celles des paragraphes 1 à 6 de l'article 66 susdit.

En s'efforçant d'atteindre un résultat déterminé dans le domaine de la politique de la concurrence, la Commission aurait ainsi outrepassé largement les limites d'une interprétation téléologique ou dynamique. Elle ne pourrait pas s'appuyer, pour justifier le résultat recherché, sur l'article 3, lettre f) du traité CEE, car la règle énoncée par cette disposition ne constituerait qu'une règle cadre, que les auteurs du traité n'auraient concrétisée,

à l'article 86, que par l'interdiction de certaines formes d'exploitation abusive de position dominante, sans viser le phénomène d'ordre structurel de la naissance ou de l'élargissement de cette position.

— Ces conclusions seraient confirmées par l'analyse des éléments constitutifs de l'article 86. En définissant, dans sa décision, les notions de « position dominante » et d'« exploitation abusive de position dominante », la Commission aurait introduit une distinction, à l'intérieur du processus de « domination », dont il ne serait pas question à l'article 86. Elle aurait établi dans ce processus deux phases, l'une consistant dans la « possibilité de comportements indépendants », l'autre dans le « renforcement de la position dominante avec l'élimination de la concurrence résiduaire, potentielle ou effective », et aurait identifié à la deuxième phase la notion d'« exploitation abusive ».

La première phase définirait tout simplement l'aptitude de l'entrepreneur à exercer une influence substantielle sur les faits du marché, et correspondrait à la tendance naturelle de l'entrepreneur ainsi qu'aux traits typiques de l'économie de marché. C'est pourquoi elle serait ignorée de l'article 86. Ce serait uniquement la deuxième phase qui caractériserait le cas où la puissance économique atteint l'intensité nécessaire et suffisante que présuppose la notion de « position dominante ». En identifiant abusivement cette phase au cas d'« exploitation abusive », la Commission aurait méconnu le sens et la structure de l'article 86 du traité.

C'est ainsi qu'elle serait parvenue à une conception erronée des notions de position dominante et d'exploitation abusive de cette position, et à les appliquer erronément au cas d'espèce.

a) Position dominante

La notion de « position dominante », telle qu'elle a été retenue par la décision litigieuse (partie II, considérant B, 3) aurait, selon les requérantes, une portée purement théorique. Tout d'abord, elle serait basée sur un critère non réaliste,

qui peut difficilement faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. L'existence en l'espèce de « comportements indépendants » tels que les prix surfaits, la raréfaction de la marchandise, la détérioration de la qualité, n'aurait été prouvée nulle part dans la décision litigieuse. A supposer, par ailleurs, que la thèse de la Commission soit exacte, il faudrait admettre que le groupe Continental puisse être en mesure d'augmenter ses profits ou, du moins, de les maintenir au même niveau sans avoir à tenir compte de ses concurrents. Le contraire se serait pourtant produit depuis l'acquisition des parts TDV, le bénéfice net de SLW en 1971 ayant baissé par rapport à 1969.

Ensuite, le seul élément concret produit par la Commission à l'appui de son grief serait relatif à la part du marché détenue par cette société. Mais, à supposer même que cet élément soit correctement calculé, il ne suffirait pas à prouver l'existence d'une position dominante, puisqu'il ne donnerait aucune indication quant à la marge effective d'action dont disposerait l'entreprise. L'existence ou le maintien d'une position dominante ne seraient pas nécessairement liés à la part de marché détenue par l'entreprise, mais à plusieurs éléments susceptibles de caractériser, à chaque moment, le marché dont il s'agit. En raison du dynamisme accru de la technique et des marchés actuels, une position dominante pourrait aujourd'hui se modifier, jusqu'à disparaître, plus rapidement encore que les limites matérielles et géographiques du marché qu'elle est supposée dominer. Par ailleurs, pour pouvoir établir l'existence d'une position dominante — ce qui impliquerait la nécessité de délimiter le « marché en cause » —, toute production autre que celle concernant les produits visés ne saurait entrer en ligne de compte, mais devrait être considérée dans le cadre de la concurrence des produits de substitution.

La défenderesse répond que l'application de l'article 86 au cas litigieux repose bel et bien sur des données réelles que les requérantes ne sauraient contester. Il serait inexact que l'existence en l'espèce

d'une position dominante eût dû être prouvée par les « comportements » mentionnés par les requérantes. De telles pratiques constitueraient en effet des cas d'« exploitation abusive » de position dominante. Par ailleurs, l'argument tiré de l'évolution des bénéfices de SLW ne serait pas de nature à mettre en question l'existence d'une telle position. Si, en 1971, SLW avait vraiment diminué son bénéfice, on ne pourrait comprendre que Continental ait offert récemment aux actionnaires libres de SLW encore existants, qui détiennent environ 14 % du capital action, d'acheter ces actions à un cours égal à 375 %.

Les requérantes ayant répliqué que l'achat du reste des actions SLW a été décidé par Continental en vue de clarifier ses rapports avec les actionnaires minoritaires, la défenderesse fait noter qu'il ne suffirait pas de s'en référer à des chiffres pour étayer une « chute de bénéfice », mais qu'il faudrait à cet effet tenir compte de nombreux éléments portant sur plusieurs exercices.

b) *Exploitation abusive de position dominante*

Les requérantes critiquent ensuite la notion d'« exploitation abusive », retenue par la décision attaquée (partie II, considérant C, 23 et 24), qui serait fondée sur une interprétation erronée de la portée de l'article 86.

Cet article énumère, à l'alinéa 2, les divers comportements d'entreprises considérés comme abusifs. S'il est vrai que le mot « notamment » fait apparaître que cette énumération n'est pas exhaustive, il n'en serait pas moins vrai que les cas énumérés dans une disposition législative, même à titre d'exemple, sont révélateurs de l'intention du législateur et indiquent implicitement le genre de situations que celui-ci aurait envisagées. En l'espèce, il ressortirait de cette énumération que le genre de pratiques visées par l'article 86 correspond aux *comportements ayant des effets directs sur le marché*. Cette conclusion vaudrait aussi pour le cas visé à la lettre b) dudit alinéa. La référence explicite aux répercus-

sions défavorables que les comportements mentionnés auraient pour les consommateurs, montrerait en effet qu'ils ne peuvent pas être ramenés simplement à des pratiques internes à l'entreprise ou de caractère structurel. Il ne serait certes pas exclu que le mot « notamment » vise le cas où une concentration a été réalisée sous l'effet d'une contrainte exercée par une entreprise qui utiliserait à cette fin sa position dominante. Mais lorsque, comme en l'espèce, la concentration aurait été rendue possible, sans qu'aucune pression ait été exercée, par l'offre faite aux actionnaires d'acheter leurs titres à des prix favorables, il ne saurait être question de comportement abusif.

Par ailleurs, abstraction faite de ces considérations, l'article 86 du traité exigerait au moins l'existence d'un *lien de causalité* entre la position dominante et son exploitation abusive. En vertu de ce lien, Continental ne pourrait être poursuivie pour violation de l'article 86 que s'il apparaissait qu'elle a utilisé la position prétendument dominante de SLW en république fédérale d'Allemagne en vue d'acheter les parts de TDV aux Pays-Bas. L'existence d'un tel lien ferait cependant défaut en l'espèce, d'où il ressortirait qu'il n'a pas été fait usage d'une position dominante au sens de l'article 86. Continental aurait pu acheter les parts de TDV sur le marché des capitaux sans avoir le contrôle de SLW, et même indépendamment de l'existence de cette entreprise. De plus, il aurait même été impossible en l'espèce d'utiliser une telle position sur le marché des produits en cause.

De même, il ressortirait de la définition de position dominante offerte par la décision elle-même, et du lien de causalité décrit plus haut que l'exploitation abusive doit s'exercer sur le *même marché* que celui prétendument dominé, ou, à la rigueur, sur un marché de produits similaires. Tel ne serait pas non plus le cas en l'espèce.

En effet, Continental n'aurait acheté les parts de TDV, ni sur le marché des produits par rapport auxquels il y aurait, selon la Commission, position domi-

nante en Allemagne, ni sur le marché allemand d'autres produits de l'industrie de l'emballage. En outre, l'achat des parts de TDV n'aurait pas non plus porté sur ces produits aux Pays-Bas, mais uniquement sur des actions et des obligations. L'acquisition litigieuse des parts de TDV aurait donc eu lieu, tant en ce qui concerne son objet que ses limites géographiques, dans un marché autre que celui prétendument dominé.

La défenderesse estime, elle aussi, que l'article 86 du traité n'offre pas une base permettant d'intervenir efficacement et *par avance* dans un processus de concentration. Toutefois, la décision attaquée n'aurait rien à voir avec le problème du contrôle préalable des concentrations au sens de l'article 66 du traité CEECA, si bien que les observations formulées à ce sujet par les requérantes ne seraient pas, en l'espèce, pertinentes.

La défenderesse ne voit pas, en outre, d'où les requérantes auraient pu tirer leurs conclusions quant à l'intention du législateur lors de l'élaboration de l'article 86 du traité, les travaux de la conférence intergouvernementale qui, en 1956-1957, a rédigé le texte du traité n'ayant pas été publiés. Ce serait en effet uniquement sur la base de considérations d'ordre exécutif, et compte tenu des objectifs fondamentaux de la Communauté, que le contenu et la portée de l'article 86 pourraient être dégagés. La méthode d'interprétation suivie par la Commission serait conforme à la nature du traité qui, en tant que traité cadre, confierait à la Commission la tâche de veiller à son application, sous le contrôle juridictionnel de la Cour, en vue d'assurer le fonctionnement correct et le développement du marché commun.

La notion d'exploitation abusive n'étant pas précisée à l'article 86, il faudrait, à son avis, tenir compte tout d'abord des objectifs et des finalités que le traité a fixés à la Communauté, et prendre ensuite en considération les exemples de comportement abusif cités par l'article 86 lui-même.

Il ressortirait de l'article 2 du traité que la Communauté a pour mission, entre

autres, de promouvoir, par l'établissement du marché commun, un développement harmonieux des activités économiques de l'ensemble de la Communauté et un relèvement accéléré du niveau de vie dans les États membres. A cet effet, les parties contractantes auraient estimé qu'il est absolument nécessaire de garantir le maintien d'un régime efficace de concurrence (article 3, lettre f), du traité). Dans le cadre d'un tel système, la notion d'abus serait liée à l'existence du comportement manifesté par une entreprise, qui soit « objectivement » fautif par rapport aux finalités du traité. L'existence « objective » de ce comportement étant suffisante pour établir un abus contraire au traité, la notion d'exploitation abusive de position dominante visée par l'article 86 n'impliquerait donc pas qu'il y ait, en plus, une faute au sens d'un manquement aux mœurs ou à la morale. Il n'importerait pas, par exemple, de savoir si en l'espèce les requérantes ont payé, comme elles le prétendent, un prix d'achat équitable aux actionnaires de TDV. Le problème véritable serait de savoir si les requérantes ont pratiquement éliminé, par cette acquisition, la concurrence qui, pour ces produits, existait ou était du moins possible entre TDV et SLW, à la date de l'opération litigieuse.

Le comportement susdit pourrait avoir lieu à l'égard aussi bien de concurrents (réels ou potentiels) que de fournisseurs et d'utilisateurs. L'allégation selon laquelle l'interdiction de l'article 86 ne viserait que certains comportements abusifs sur le marché serait sans fondement, ainsi qu'il ressort de l'article 86, lettre b). Dans les exemples de comportement abusif cités par cette disposition, il ne s'agirait pas de comportements sur le marché, mais de mesures internes d'une entreprise. Le traité imposerait cependant des restrictions aux entreprises en position dominante, même au sujet des mesures internes, afin de préserver les consommateurs d'éventuels préjudices. Il suffirait à cet égard, pour qu'il y ait présomption d'abus, que le comporte-

ment ait effectivement des *effets* préjudiciables pour les consommateurs.

Les requérantes se fonderaient par ailleurs sur une conception erronée du *lien de causalité*, au sens de l'article 86, notamment en ce qui concerne la thèse selon laquelle l'exploitation abusive d'une position dominante devrait avoir lieu sur le même marché que celui sur lequel l'entreprise détient une telle position.

La question de savoir s'il y a ou non exploitation abusive de position dominante dépendrait de la situation créée sur le marché où l'entreprise dominante exerce son activité.

La défenderesse conclut en précisant que, puisque le marché en cause s'étend au moins du Benelux au nord et au centre de la république fédérale d'Allemagne, l'exploitation abusive de position dominante affecterait le commerce entre États membres, au sens de l'article 86 du traité.

Les requérantes répliquent que, sur le plan pratique, la situation de l'entreprise intéressée serait, dans le cas d'un contrôle postérieur, encore moins favorable que dans celui du contrôle préalable, d'autant plus que l'article 86, contrairement à l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE et à l'article 66 du traité CECA, se limiterait à interdire, purement et simplement, l'exploitation abusive de position dominante, sans prévoir aucune possibilité d'autorisation.

Ensuite, la Commission devrait en l'espèce rechercher s'il y a abus de position dominante, c'est-à-dire comportement fautif entraînant un dommage au détriment des fournisseurs concurrents ou des clients. Elle ne saurait « s'évader » de cette notion d'abus, pour faire appel uniquement à des notions aussi vagues que « les objectifs du traité ».

Par ailleurs, la défenderesse elle-même aurait considéré comme indispensable que le comportement de l'entreprise dominante se traduise effectivement par un préjudice porté aux consommateurs, ce qui, précisément, n'aurait pas été le cas en l'espèce. De même, l'article 86, lettre b), supposerait l'existence « effecti-

ve » et non théorique d'un tel préjudice. Si la Commission entend indirectement appliquer cette disposition, elle ne saurait se prévaloir de la thèse selon laquelle l'acquisition des parts TDV constituerait une « limitation de la production, des débouchés... », puisque, tant la production de boîtes métalliques, que son développement technique à des prix toujours plus favorables, auraient progressé en Europe, grâce à Continental, au profit des consommateurs. Si, par contre, la Commission entendait utiliser l'article 86, lettre b), pour indiquer une situation à titre d'exemple, elle ne pourrait continuer à voir dans cette situation un cas de « mesures internes à une entreprise », puisqu'il ressortirait clairement des mots « au préjudice des consommateurs », inscrits à cet article, que le comportement qualifié d'exploitation abusive de position dominante doit porter sur le marché où se trouve précisément le consommateur.

Les requérantes croient enfin pouvoir déceler l'origine de la thèse soutenue par la Commission :

— dans une conception erronée de départ en matière d'interprétation, qui aurait amené la Commission à interpréter les règles litigieuses du traité d'après les principes en vigueur dans la législation américaine anti-trust, dont les sources, la philosophie et l'histoire seraient cependant différentes de celles du droit de la concurrence voulu par les six États membres,

— ainsi que dans certaines études théoriques sur la concurrence, qu'elles analysent brièvement.

Après avoir cité, à l'appui de leur thèse, une partie de la doctrine, les requérantes concluent en affirmant qu'il y aurait une contradiction évidente entre l'interdiction des concentrations des entreprises importantes et la politique industrielle préconisée par la Commission, le Parlement européen et le Comité économique et social.

La défenderesse observe, dans sa duplique, que ce serait à tort que les requé-

rantes estiment que la situation des entreprises serait, sous le régime du contrôle postérieur, plus défavorable que sous celui du contrôle préalable des concentrations.

Elles omettraient de considérer que, selon l'article 66 du traité CEECA, toute concentration est soumise à l'autorisation préalable, et que la liberté d'action des entreprises se trouve plus limitée sous ce régime que dans le cas où les autorités peuvent intervenir ultérieurement pour demander a posteriori l'adoption de mesures de dissolution. D'ailleurs, le droit communautaire permettrait aux entreprises de s'assurer de la manière dont la Commission pourra juger un comportement déterminé, grâce à la possibilité qui leur est ouverte de demander une attestation négative, au sens de l'article 2 du règlement 17/62.

La défenderesse précise en outre son point de vue en essayant, dans le silence des textes, de dégager la « portée de l'article 86, sur la base des exemples y énoncés à l'alinéa 2, et notamment de celui qui figure sous la lettre b) ». Ce dernier exemple montrerait, à son avis, qu'également des mesures dites « internes », à savoir des comportements qui ne seraient pas directement dirigés sur le marché, remplissent les conditions d'une exploitation abusive et sont de ce fait interdites, dès lors qu'elles portent préjudice aux consommateurs. Les motifs en seraient évidents. Le fait pour une ou plusieurs entreprises de détenir une position dominante comporterait une limitation de la concurrence et une atteinte sérieuse à la liberté des consommateurs en matière d'approvisionnement. L'article 86 interdirait précisément d'abuser de la dépendance dans laquelle les consommateurs viennent ainsi à se trouver par rapport à ces entreprises. Le préjudice porté aux consommateurs deviendrait encore plus grave lorsqu'une entreprise dominante, suite à une fusion avec les concurrents résiduels, limite davantage la liberté de choix des consommateurs. Ceci vaudrait surtout dans le cas d'espèce, où les requérantes auraient, par leur concentration avec le dernier con-

current sérieux, éliminé pratiquement la concurrence qui pouvait encore subsister dans le marché en cause.

Par ailleurs, la clause générale de l'article 86, alinéa 1, interprétée à la lumière des exemples énoncés à l'alinéa 2, permettrait de conclure que l'article 86 interdit aux entreprises en position dominante des comportements consentis à une entreprise « normale ». Ces comportements, même s'ils sont adoptés par une entreprise normale, ne seraient certes pas pour autant considérés comme conformes aux finalités du traité ; mais ils seraient moins préjudiciables aux partenaires commerciaux, aux concurrents et aux consommateurs, du fait que l'entreprise en question, étant exposée à la concurrence, risquerait à la longue de perdre sa clientèle au profit d'autres entreprises. Ce risque, par contre, ne menacerait pas l'entreprise en position dominante. Une « limitation de la production, des débouchés... » aurait pour effet, en raison de l'existence d'une position dominante, de porter directement un préjudice aux consommateurs, qui n'auraient pas la possibilité, ou disposeraient de possibilités insuffisantes, pour pouvoir s'orienter vers l'offre d'autres entreprises.

De même, une concentration entre deux petites entreprises jusqu'alors concurrentes, si elle peut entraîner une limitation appréciable de la concurrence, ne porterait pas pour autant l'élimination de toute concurrence efficace, puisqu'elle laisserait aux partenaires commerciaux et aux consommateurs une marge suffisante de liberté. Mais, si la concentration entre une entreprise en position dominante et son dernier concurrent sérieux a pour effet d'éliminer toute concurrence, les partenaires et les consommateurs ne disposeraient plus d'aucune possibilité de choix.

Ces considérations permettraient aussi de rejeter la thèse des requérantes quant au *lien de causalité* qu'il faudrait établir en l'espèce entre la position dominante et l'achat des parts TDV, en ce sens que ladite position doit apparaître comme le

moyen qui aurait été utilisé pour réaliser une exploitation abusive. Si une telle utilisation de la position dominante peut être sous-jacente aux situations visées aux alinéas a), c) et d) de l'article 86, cette thèse n'aurait aucune valeur dans les cas décrits à l'alinéa b) et dans celui d'espèce.

2. Les faits sous-jacents à l'acte attaqué
Les requérantes estiment que la motivation de la décision attaquée est insuffisante, lacuneuse ou entachée d'erreurs, tant en ce qui concerne les faits qu'en ce qui concerne les conclusions que la Commission en tire. L'exposé des faits contiendrait notamment un certain nombre d'« allégations d'arrière-plan » dénuées d'importance et qui pourraient susciter l'impression, chez l'observateur superficiel, qu'une vaste conjuration contre le régime de la concurrence est en cours. Il ne saurait être question d'un projet de Continental visant à réunir ses participations européennes dans le cadre d'Europemballage. Au demeurant, ce qui importerait pour la solution du litige n'est pas ce que les sociétés Continental et Europemballage ont pu avoir en vue, mais ce qu'elles ont fait.

La défenderesse objecte que, loin d'être erronée ou insuffisante, la description des faits jointe aux conclusions donnerait une image précise de la situation réelle du marché. Cette image aurait été totalement faussée si la décision attaquée avait omis de tenir compte de la position de Continental dans l'industrie des emballages, et notamment sur le marché de l'ensemble des emballages métalliques légers, ainsi que de son importance économique, financière et technique.

La défenderesse insiste en outre sur l'existence d'un projet Continental visant, par l'achat d'entreprises existantes, à étendre sa position dominante en Europe. Elle renvoie, à ce sujet, à un passage (p. 7 et 8) de l'annexe 1 à la réplique.

Les requérantes et la défenderesse engagent ensuite le débat sur plusieurs points de la motivation, notamment sur les passages suivants :

« Les faits » (partie I des motifs de la décision)

Les caractéristiques de SLW : considérant B, 2

Les requérantes précisent que le nombre de personnes employées par SLW, son bénéfice net et ses immobilisations auraient été, en 1971, inférieurs aux indications données par la Commission. En outre, quatre des usines mentionnées dans la décision auraient été fermées à cause de leur rentabilité insuffisante. La défenderesse répond que les données contenues dans la décision définissent la situation existant à l'époque des événements rapportés. La réduction du nombre des personnes employées en 1971 serait vraisemblablement due à des mesures de rationalisation après la concentration avec TDV.

La liberté de vente des licenciés Continental : considérant D, 1

Les requérantes soutiennent que, contrairement à ce qui est affirmé dans la décision, le licencié de Continental serait « toujours » et non pas « en principe », libre de vendre les produits fabriqués sous licence en dehors de son territoire. Les obstacles que rencontre la vente de produits fabriqués sous licence par leurs concurrents ne seraient pas dus au système des licences, mais à la diversité des spécifications voulues par les utilisateurs dans les différents pays.

La défenderesse ayant précisé que les licenciés seraient convenus d'établir entre eux des restrictions de la concurrence dans le cadre du soi-disant accord d'échanges de renseignements décrit au considérant D, 4 b), les requérantes répliquent que le système d'échanges de renseignements n'aurait rien à voir avec la question débattue.

Ventes totales de SLW en boîtes métalliques : considérant E, 4

Les requérantes contestent l'exactitude des chiffres indiqués par la décision attaquée quant au pourcentage des ventes totales de SLW en boîtes à conserves pour produits carnés. En effet, les ventes des boîtes à conserves pour aliments

pour animaux, qui constitueraient une catégorie particulière, et tout à fait différente, se trouveraient incluses dans ce chiffre. En outre, pour avoir une vue d'ensemble de la situation de SLW, il faudrait prendre en considération, outre les emballages métalliques légers, les autres fabrications de cette entreprise dans le domaine du conditionnement (emballages en plastique, en carton, en papier, machines et appareils, etc.). La place moins grande que les chiffres indiqués par la décision occupent dans l'ensemble des ventes de SLW montrerait en effet que la production afférente à ces chiffres ne revêt pas l'importance que lui attribue la Commission (voir annexe 8 de la requête).

La défenderesse précise que le tableau des ventes totales de SLW et TDV en 1969 repose sur les renseignements que ces entreprises ont communiqués à la Commission. SLW n'aurait pas fait, elle-même, de distinction entre les boîtes pour produits carnés et les boîtes pour aliments pour animaux. Ces derniers emballages ne représenteraient d'ailleurs pas, par rapport aux premiers, une catégorie particulière et très différente. La statistique officielle allemande ne contiendrait aucune catégorie particulière s'instituant « boîtes à conserves pour aliments pour animaux ». Puisque, d'autre part, la décision ne concerne que les emballages métalliques légers, pour lesquels les requérantes détiendraient une position dominante par l'intermédiaire de SLW, des indications supplémentaires n'auraient pas été nécessaires. Il ne serait nullement affirmé, dans la décision, que Continental détient (par l'intermédiaire d'Europemballage ainsi que de SLW et de TDV) une position dominante pour d'autres genres d'emballages. Les données figurant à l'annexe 8 de la requête confirmeraient d'ailleurs que le chiffre d'affaires de SLW résulterait en majeure partie de la vente d'emballages métalliques.

Les requérantes répliquent que les boîtes à conserves pour aliments pour animaux et les boîtes à conserves pour produits carnés constituent deux catégories de

produits différentes, qui se distingueraient l'une de l'autre en raison notamment de leur destination. Si SLW ne communique pas séparément les chiffres afférents aux boîtes pour aliments pour animaux, c'est parce que l'Office allemand de statistique ne ferait pas et ne pourrait pas faire de distinction entre ces deux catégories, de façon à garder le secret.

La défenderesse rétorque que les boîtes à conserves pour aliments pour animaux ne présentent aucune caractéristique particulière : elles s'adapteraient au remplissage par d'autres produits, notamment par des produits carnés, destinés à l'alimentation humaine. En outre les requérantes elles-même admettraient que SLW est le seul producteur de ces emballages en Allemagne. Si l'on suit leur thèse, à savoir que le marché de ces produits constituerait un marché particulier, la conclusion en serait que les requérantes détiennent, sur un tel marché, une position de monopole.

Parts du marché détenues par TDV : considérant F

Les requérantes précisent que la part de TDV sur le marché hollandais des boîtes à conserves pour produits carnés n'est pas celle indiquée par la Commission, les importations réalisées par CEBAL (France) occupant une part réduite du marché. De même, le pourcentage indiqué pour les boîtes à conserves pour la bière ne correspondrait plus à la réalité, en raison des importations de Kaiser-Aluminium (Allemagne) qui serait devenue, après la concentration, un concurrent sérieux dans le marché de ces emballages aux Pays-Bas. Par ailleurs, ces boîtes ne relèveraient pas du « marché en cause » et n'auraient rien à voir avec les boîtes à conserves pour produits carnés, le type de machines nécessaires à leur fabrication étant différent dans les deux cas.

En ce qui concerne, enfin, les boîtes à conserves pour poissons et crustacés, le pourcentage indiqué par la Commission donnerait une image faussée de la réalité, le marché hollandais étant très peu

important dans ce domaine, dans lequel le chiffre d'affaires de TDV aurait marqué en 1970 une tendance à une baisse rapide.

La *défenderesse* répond qu'à l'époque de la concentration litigieuse, TDV aurait été, aux Pays-Bas, pratiquement le seul fournisseur de boîtes à conserves pour produits carnés et pour la bière. Les importations provenant de CEBAL et de Kaiser-Aluminium n'auraient qu'une importance réduite; elles n'auraient commencé, pour l'essentiel, qu'après la concentration. En ce qui concerne, d'autre part, les boîtes à conserves pour poissons et crustacés, TDV serait, encore à l'heure actuelle, le seul fabricant néerlandais. Du reste, même si ce marché accusait une certaine tendance à la régression, celle-ci serait largement compensée par le développement rapide du marché des boîtes à bière.

Produits de substitution : considérant H

Selon les *requérantes*, l'importance de la concurrence des produits de substitution apparaîtrait avec plus de clarté s'il était indiqué, au point 3 de ce considérant, que 99 % de la bière vendue en petit emballage est présentée dans des bouteilles en verre, et que l'utilisation du verre domine très largement pour les conserves de fruits, les confitures, le café en poudre et les aliments pour bébés.

La *défenderesse* répond que, puisqu'il serait de notoriété publique qu'une concurrence des produits des substitutions — celle des emballages en verre — existe pour toute une série de conserves, il aurait été inutile d'en parler spécialement. La décision ferait néanmoins expressément allusion à une telle circonstance.

Changement du genre d'emballage : considérant I

Selon les *requérantes*, la Commission aurait omis d'indiquer que le choix des utilisateurs en ce qui concerne le genre d'emballage ne serait pas déterminé par les « différents critères » mentionnés par la décision, car pratiquement tous les

grands utilisateurs pourraient en tout temps changer — et, en fait, changeraient — de type d'emballage.

La *défenderesse* ayant répondu que le changement du genre d'emballage, impliquant des investissements importants, entraînerait des difficultés considérables pour les petites et moyennes entreprises et poserait des problèmes même aux grandes entreprises, les *requérantes* présentent une estimation des frais nécessaires pour l'installation d'une chaîne de remplissage de pots en verre d'une capacité d'environ 150 pots par minute.

La *défenderesse* riposte que, dans le passage d'un genre d'emballage à l'autre, il n'est pas question seulement de coûts d'investissement. Les particularités du matériel à emballer et les habitudes des consommateurs limiteraient aussi les possibilités d'un tel changement.

3. L'« appréciation économique » des faits retenus par la Commission

a) *La « position dominante »*

— Les parts du marché détenues par SLW

Le marché des boîtes à conserves pour produits carnés et pour poissons : considérant B, 5 et 6

Les *requérantes* contestent que SLW détienne en Allemagne une part du marché des boîtes à conserves pour produits carnés comprise entre 70 et 80 %. La *défenderesse* ayant présenté un tableau à l'appui de son évaluation, elles répliquent que ce tableau est inexact, puisque ni les chiffres des concurrents autres que Züchner, ni ceux concernant les importations, n'y figurent. Elles présentent à leur tour un nouveau calcul, d'où il ressortirait que la participation de SLW au marché des boîtes à conserves pour produits carnés serait de 65 %.

En outre, quant au marché des boîtes à conserves pour poissons, la Commission aurait omis de considérer que, si les bocaux en verre et les récipients en plastique représentent environ 30 % du marché, ces derniers étant en légère augmentation, c'est qu'il y aurait une

concurrence substantielle entre ces produits et les boîtes métalliques.

A l'objection de la *défenderesse*, selon laquelle les bocaux en verre et les récipients en matière plastique, d'une part, et les boîtes métalliques, d'autre part, ne se feraient guère concurrence sur le marché des conserves pour poissons, étant donné qu'ils serviraient presque exclusivement pour l'emballage de produits différents, les *requérantes* répliquent que le métal est également utilisé pour des produits non stérilisés, et le verre pour des conserves « proprement dites ».

La *défenderesse* riposte que, vu la faible position des autres producteurs et des importateurs, une participation de 65 % au marché des boîtes à conserves pour *produits carnés* suffirait déjà pour conclure à une position dominante de SLW sur ce marché. Mais, en réalité, la part détenue par SLW devrait être beaucoup plus élevée. Les estimations des *requérantes* seraient inexactes, puisqu'elles tiennent compte des boîtes importées en Allemagne, mais non des boîtes qui en ont été exportées. On pourrait supposer que le rapport importation-exportation pour les boîtes à conserves pour produits carnés et pour aliments pour animaux devrait être à peu près le même que celui des importations-exportations (6 : 5) indiqué par la décision attaquée (partie I, considérant J, 1) pour les boîtes à conserves ouvertes de tous genres, en 1969.

Quant au marché des boîtes à conserves pour *poissons*, la *défenderesse* renvoie à un passage du rapport SLW, pour l'année 1969, d'où il ressortirait que SLW a réalisé une augmentation de chiffre d'affaires sur ce produit (voir duplicata page 16).

Le marché des couvercles métalliques : considérant B, 7

Selon les *requérantes*, il serait inexact que la part détenue par SLW dans le marché allemand des couvercles métalliques se situe entre 50 et 55 %. En outre, le marché des couvercles métalliques présenterait des particularités qui exclu-

raient, encore plus clairement que dans le cas du marché des boîtes à conserves pour poissons et produits carnés, l'existence d'une position dominante.

D'une part, la question du transport ne jouerait pas un rôle important pour ces produits, et, d'autre part, les « White Caps » seraient fabriqués dans environ 47 pays par des licenciés qui ne seraient pas tenus de respecter des limites territoriales pour la vente de leurs produits et qui, en fait, écouleraient ceux-ci dans les limites géographiques du marché qu'ils peuvent atteindre.

La *défenderesse* répond en produisant un tableau chiffré, établi sur la base des statistiques officielles allemandes pour l'année 1969 et des renseignements communiqués par l'intéressée : il en ressortirait que la participation de SLW sur le marché allemand des couvercles métalliques pour récipients en verre (du type « Twist-off ») serait de 52 %.

En ce qui concerne, par ailleurs, les particularités du marché, s'il est théoriquement vrai qu'on pourrait faire venir en Allemagne d'autres couvercles métalliques sans difficultés particulières et sans frais de transport élevés, les utilisateurs préféreraient cependant les couvercles du type « Twist-off » qui, pour Continental, sont protégés par des brevets et ne peuvent être fabriqués que par ses licenciés. SLW serait pratiquement la seule entreprise à offrir en Allemagne les couvercles « Twist-off », ainsi que les machines nécessaires à leur emploi, les licenciés établis dans d'autres pays n'exportant ces couvercles vers l'Allemagne qu'à titre exceptionnel.

Les *requérantes* répliquent que, contrairement aux évaluations de la *défenderesse*, la part du marché détenue par SLW en ce qui concerne les couvercles métalliques ne serait que d'environ 42 %. L'évaluation de la Commission serait due à une lacune des statistiques officielles allemandes, suite à une erreur (corrigée depuis lors) contenue dans les chiffres transmis par une des usines SLW.

Elles contestent, en outre, que les licenciés des autres pays n'exportent qu'ex-

ceptionnellement les couvercles du type « Twist-off » vers l'Allemagne. Ainsi, par exemple, Metal Box approvisionnerait un certain nombre de clients allemands, ce que ferait également « Le Bouchage Mécanique », du groupe Saint-Gobain. Quant à la préférence qu'auraient les utilisateurs pour les couvercles de ce type, elle ne saurait être mise à la charge des requérantes, le marché offrant assez de produits de substitution pour le bouchage des récipients en verre.

La défenderesse n'accepte pas l'explication donnée par les requérantes quant à l'inexactitude que présenteraient sur ce point les statistiques officielles. Elle estime, en effet, qu'à supposer cette explication correcte, les requérantes auraient omis de déclarer pas moins de 46 % de leur production de couvercles métalliques, ce qui serait peu vraisemblable. Par ailleurs, les affirmations des requérantes ne se concilieraient pas avec le pourcentage qu'elles donnent de la part du marché détenue par SLW pour l'ensemble des bouchages métalliques (voir décision, partie I, considérant F, d). Si la part correspondant à la production de couvercles devait être diminuée conformément à leur explication, celle correspondant à la production de bouchages-couronnes devrait être augmentée de manière proportionnelle, pour atteindre à nouveau le pourcentage total indiqué par SLW. Elle se situerait ainsi à un niveau nettement supérieur à celui que, selon les informations recueillies par la défenderesse, SLW aurait atteint en 1969. D'autre part, la décision attaquée aurait déjà tenu compte des importations de bouchages métalliques (y inclus les couvercles) en Allemagne (voir partie I, considérants G, et J, 1 c).

Enfin, il ne serait pas question de mettre à charge des requérantes la préférence du marché pour les couvercles du type « Twist-off ». Les récipients en verres peuvent être fermés par trois types différents de couvercles (« Twist-off », « Pano » et « Omnia »), mais ils seraient chaque fois fabriqués pour un type déterminé de couvercles. TDV fabriquerait les trois types susdits, si bien que, par l'in-

termédiaire de cette société, les requérantes peuvent maintenant offrir également les produits de substitution des couvercles « Twist-off ». Lors de la concentration, TDV aurait exporté en Allemagne des quantités assez importantes de couvercles. Entre temps, deux chaînes de production de TDV pour les couvercles « Twist-off » auraient été transplantées dans ce pays.

Le marché des emballages métalliques pour boissons : considérant B, 8 a) et b)

Selon les requérantes, la manière dont la Commission décrit, sous a), le marché des emballages pour boissons susciterait l'impression que, si la position de SLW n'est pas dominante, même aux yeux de la Commission, sur l'ensemble de ce marché, elle serait néanmoins très forte sur celui des emballages métalliques. Le fait d'avoir une forte position dans le marché des boîtes de conserves pour bière et autres boissons ne revêtirait toutefois aucune signification, puisque, par exemple, 99 % de la bière emballée serait conditionnée en bouteilles et que, pour l'emballage du lait frais, la boîte métallique ne posséderait pratiquement aucune part du marché (voir annexe 9 à la requête).

De même, sous b), la Commission chercherait manifestement à susciter l'impression que SLW possède une forte position également sur le marché des emballages en matière plastique pour conserves de poissons. Elle ne tiendrait pas compte du fait que, indépendamment du poisson en conserve et mariné, ce produit est écoulé sur le marché surtout à l'état frais, surgelé ou fumé. En plus, il serait souvent présenté dans des récipients fabriqués par le vendeur lui-même.

La défenderesse fait noter que, selon la décision même, ce seraient surtout les récipients en verre qui sont employés pour l'emballage des produits alimentaires liquides. La décision constaterait cependant, à juste titre, qu'avec une participation au marché telle que celle indiquée, SLW occuperait une forte position

dans le secteur des emballages métalliques pour boissons.

Par ailleurs, la décision constaterait, sous b), que SLW fabrique aussi des emballages en plastique pour divers usages, si bien qu'elle serait en mesure de fournir de tels emballages pour les conserves de poisson. L'argument selon lequel le poisson serait commercialisé surtout à l'état frais ou surgelé serait sans valeur. Il en irait de même pour la viande, les fruits et les légumes.

Les requérantes font observer que le problème ne serait pas de savoir si SLW était en mesure de livrer également des emballages en plastique pour conserves de poisson, mais de savoir si elle effectue réellement de telles livraisons.

L'offre des machines et l'ampleur du programme de production : considérant B, 9, 10, 11 et 13

Les requérantes font noter que l'avantage, dont bénéficierait Continental, de fabriquer elle-même certaines machines nécessaires à la production et à l'utilisation des emballages en métal léger, n'impliquerait pas que SLW occupe une position dominante sur le marché allemand. Aucun client de SLW n'utiliserait des machines Continental pour la fabrication de boîtes, pour la simple raison que ces emballages seraient vendus par SLW prêts à l'emploi. Les utilisateurs d'emballages produisant eux-mêmes les conditionnements qui leur sont nécessaires utiliseraient exclusivement les machines fournies par des fabricants autres que Continental. Par ailleurs, aucune sertisseuse pour boîtes de Continental ne serait en fonction chez les clients de SLW.

En outre, quant à la *diversification de la production* de SLW, elle résulterait en grande partie des différences dans les types et les dimensions des produits fabriqués. Les petites entreprises auraient, par rapport à SLW, une plus grande latitude de comportement, car elles disposeraient d'une gamme de production relativement large grâce à l'emploi de procédés semi-automatiques, susceptibles d'être facilement adaptés à la

fabrication de plusieurs articles différents. SLW serait forcée, pour ne pas perdre sa clientèle au profit de ces producteurs plus petits, d'offrir des produits trop divers, sans égard au coût de production, ce qui ne saurait évidemment lui assurer une puissance sur le marché. Enfin, les conclusions auxquelles parvient la Commission aux considérants 10, 13 et 14, au sujet de la position que Continental détient sur le marché en raison notamment de son expérience technique et de sa puissance économique et financière, seraient mal fondées en fait et non prouvées.

La défenderesse objecte que le fait pour une entreprise de produire non seulement des emballages, mais encore les machines qui sont nécessaires pour leur fabrication et utilisation, lui assure nécessairement, à la longue, une avance technologique et, par conséquent, un avantage sur les concurrents qui ne produisent que des emballages. En affirmant qu'aucune sertisseuse Continental n'est en fonction chez des clients de SLW, les requérantes négligeraient apparemment de tenir compte du fait qu'aussi bien SLW qu'International Machinery Corporation (Belgique) fabriquent de telles machines, sous licence de Continental, pour la vente en Europe. Les requérantes ne sauraient d'ailleurs nier que les grands fabricants d'emballages mentionnés au considérant 10 sont licenciés de Continental et dépendent de son « Know-how ».

Il serait par ailleurs incontestable que l'ampleur du programme de production permettrait à SLW d'offrir aux utilisateurs presque tous les genres d'emballages souhaitables. Elle disposerait, de ce fait, d'un avantage en matière de concurrence, car, pour plus de commodité, les utilisateurs préféreraient se procurer auprès d'un même fournisseur tous les emballages dont ils ont besoin. Enfin, la constatation, au considérant 13, que Continental aurait, en raison de ses dimensions, plus facilement accès au marché international des capitaux que des entreprises plus petites, serait incontestable.

Les requérantes répondent, quant à l'offre des machines, que le nombre des

entreprises indépendantes qui livrent les machines pour emballages serait suffisamment grand pour exclure que SLW puisse bénéficier à la longue d'une avance technologique et d'un avantage, en matière de concurrence, sur les entreprises qui ne produisent que des emballages. Quant aux sertisseuses, SLW n'en produirait aucune sous licence de Continental, et il y aurait, par ailleurs, un grand nombre de concurrents offrant ces machines.

En ce qui concerne, en outre le programme de production, les requérantes observent que, s'il peut être avantageux pour l'utilisateur de s'approvisionner, pour tous les genres souhaités d'emballages, auprès du même producteur, ce qui serait décisif c'est la liberté de choix dont ils peuvent disposer pour leur approvisionnement. Europeemballage disposerait, certes, grâce à Continental, d'un soutien financier important, mais cette circonstance ne la distinguerait pas d'autres entreprises exerçant leur activité sur le marché de l'emballage en Europe. American Can, Saint-Gobain et Metal Box, par exemple, auraient le même accès dans le marché des capitaux, accès qui ne serait donc pas une des caractéristiques particulières du groupe Continental.

La défenderesse fait par contre remarquer qu'il serait non seulement avantageux, mais aussi presque inévitable pour les utilisateurs, de s'approvisionner auprès du même fabricant. Il serait, en plus, nécessaire d'utiliser, pour le remplissage et la fermeture des boîtes, les machines et les autres matériels fournis par le fabricant des boîtes. Un grand nombre des boîtes fabriquées par les entreprises du groupe Continental seraient conçues de telle façon qu'elles ne puissent être remplies et fermées que par un certain type de machines.

Lorsque cette nécessité ne découle pas de particularités techniques, les entreprises du groupe Continental la créeraient artificiellement, en ne fournissant les machines et autres matériels qu'en location et à la condition qu'ils ne soient utilisés que pour les boîtes fabriquées par elles.

C'est ce qu'il ressortirait, par exemple, de l'article 1, b), du modèle de contrat de location appliqué par SLW en Allemagne. En outre, l'affirmation selon laquelle SLW ne fabriquerait aucune machine de fermeture sous licence de Continental se heurterait à ce qui ressort du rapport de SLW pour l'année 1969 et à la constatation, faite au cours de la procédure d'instruction, que, sur 37 contrats de licences passés avec SLW, 7 se rapporteraient à des sertisseuses « Continental ».

*La concurrence de substitution:
considérant B, 16 a)*

Les requérantes contestent qu'il n'y ait pas d'*interchangeabilité* entre les emballages métalliques légers et d'autres emballages. Il serait inexact de dire que le contenu des emballages métalliques peut être stérilisé ou pasteurisé plus rapidement, après fermeture de la boîte, que celui des emballages en verre. En République fédérale d'Allemagne, les fruits seraient présentés plus fréquemment dans des emballages en verre que dans des emballages métalliques. Aux Pays-Bas, le lait condensé non sucré ne se vendrait pratiquement que dans des récipients en verre. S'il se vend, en République fédérale, dans des emballages métalliques, ceux-ci seraient généralement fabriqués par le vendeur lui-même. En République fédérale, en outre, seulement 16,9 % de l'huile et des graisses végétales seraient vendus dans des emballages métalliques, tandis que les produits technico-chimiques seraient principalement présentés en emballages de plastique.

La défenderesse, après avoir constaté que les requérantes ne contestent pas que les conserves de produits carnés et de poissons sont le plus souvent emballées dans des boîtes métalliques, précise que la décision ne se réfère, sur ce point, à aucun marché national particulier. Les allégations des requérantes concernant l'emballage des huiles et des graisses de table ne réfuteraient d'ailleurs pas l'argument selon lequel l'huile d'olive serait vendue essentiellement en emballages métalliques.

Les requérantes répondent, sur ce dernier point, qu'il n'y aurait pas un marché particulier pour l'huile d'olive — qui représenterait seulement 5 % du marché des huiles végétales — et que ce produit également serait conditionné aussi bien dans des récipients en verre que dans des emballages métalliques.

La concurrence des grands acheteurs : considérant B, 18

Les requérantes s'étonnent tout d'abord des conclusions auxquelles parvient la Commission dans ce considérant. On ne saurait, à leur avis, prétendre sérieusement que l'avance technologique et les prix favorables sont « incompatibles avec le marché commun et interdits ». Ce serait en considération de ces éléments que les grands utilisateurs préféreraient acheter des boîtes à conserves chez SLW et TDV, alors que, grâce à leur puissance sur le marché, ils pourraient les fabriquer eux-mêmes.

Par ailleurs, ainsi qu'il ressortirait, entre autres, d'un rapport de la « British Monopolies Commission » de 1970, l'industrie des boîtes de conserves, aujourd'hui si dynamique et si puissante en Grande-Bretagne, serait issue de la technologie importée des États-Unis. Dans ce cadre, la concession de licences aurait été, pour les licenciés, d'une inestimable valeur.

Les requérantes font ensuite remarquer que cinq clients achèteraient à SLW 27 % de sa production de boîtes à conserves pour produits carnés, et quatre lui achèteraient jusqu'à 53 % de sa production de boîtes à conserves pour poissons. Deux de ces clients seraient plus puissants sur le marché que SLW, et fabriqueraient eux-mêmes des emballages destinés à d'autres fins. Il y aurait là une évolution, consistant dans la diminution du nombre de clients et dans l'augmentation de la part proportionnelle de leurs achats chez SLW, qui serait destinée à se poursuivre aussi longtemps que l'importance de la demande des clients continuera d'augmenter.

La défenderesse répond, sur le premier point, que ce passage de la décision, loin

de vouloir interdire comme incompatibles avec le marché commun l'avance technologique et les prix favorables, se borne à constater objectivement les éléments dont résulterait une position dominante dans le marché.

On ne saurait, d'ailleurs, sous-estimer l'importance des relations entre Continental et ses licenciés européens. Elle serait illustrée par une note établie par M. P. C. Hietrink au sujet de la réunion du conseil d'administration de TDV, tenue le 15 octobre 1969.

Quant au deuxième point, la défenderesse observe que, si 27 % de la production de boîtes pour produits carnés de SLW se répartit entre cinq clients, 73 % de cette production serait cependant livré à un grand nombre de clients, de sorte qu'on ne pourrait parler d'une position de force des utilisateurs dans ce secteur. De même, en ce qui concerne les boîtes pour poissons, secteur dans lequel la situation est peut-être moins favorable, on ne saurait dire que l'utilisateur occupe une position particulièrement forte, d'autant plus que 47 % de la production seraient livrés à un grand nombre de petits acheteurs. De plus, les requérantes elles-mêmes invoqueraient constamment l'argument que le marché des boîtes pour poissons se rétrécit et est relativement dénué d'importance.

Les requérantes répliquent, quant à la position de force des utilisateurs de SLW, qu'Unilever, par exemple, le client le plus important pour les boîtes à conserves pour produits carnés et pour poissons, serait en mesure à tout moment de produire lui-même ses propres boîtes, ce qu'il ferait, d'ailleurs, dans d'autres domaines. Ainsi, tant SLW que TDV ne pourraient-elles livrer leurs produits à Unilever que dans la mesure où elles satisfont aux exigences de cette entreprise et ne lui offrent pas l'occasion de se rabattre sur l'autoproduction. Les mêmes remarques vaudraient aussi à l'égard des autres clients. Si l'un quelconque des cinq grands clients de SLW pour les boîtes à conserves pour produits carnés cessait de se fournir chez SLW, la production de cette entreprise s'en trouverait

mise en danger au détriment des autres clients, ou, en tout cas, deviendrait plus chère. A l'appui de leur thèse, les requérantes indiquent les pourcentages des ventes des boîtes à conserves pour produits carnés effectuées en 1969 par SLW. Quant aux boîtes à conserves pour poissons, le fait que le marché de ces produits se rétrécit ne pourrait que renforcer la puissance de la clientèle.

La *défenderesse* riposte qu'en réalité l'avance technologique de Continental lui garantirait une position dominante vis-à-vis des utilisateurs, qui s'exposeraient à des difficultés considérables s'ils s'efforçaient de produire leurs propres boîtes.

Les difficultés que, selon les requérantes, rencontrerait un fabricant de boîtes désireux de changer son fournisseur de métal blanc (voir ci-après sous le considérant C) frapperait davantage un utilisateur qui se rabattrait sur l'autoproduction, puisque ce dernier serait, en plus, dépourvu de l'expérience et des connaissances dont dispose le groupe Continental pour la fabrication de boîtes techniquement impeccables. Même une entreprise ayant la puissance financière d'Unilever serait désarmée vis-à-vis de ces difficultés. Cette entreprise ne serait pas, d'ailleurs, un utilisateur particulièrement important d'emballages métalliques, puisqu'elle ferait usage, pour la plupart de ses produits, d'autres moyens de conditionnement.

b) L'exploitation abusive de position dominante

La concurrence potentielle entre SLW et TDV : considérant C, 25

Les requérantes font valoir que, si la Commission compte le marché des boîtes à conserves pour poissons parmi les trois marchés sur lesquels SLW est supposée avoir une position dominante, cette catégorie de produits ne constituerait pas un critère d'appréciation valable dans le cas de TDV, étant donné que ce genre de boîtes n'aurait pratiquement aucun marché aux Pays-Bas.

En outre, les affirmations selon lesquelles SLW aurait pu faire concurrence à

TDV, dans les pays du Benelux, par l'intermédiaire de Schuybroek (Anvers), et TDV à SLW en Allemagne par l'intermédiaire de Tedeco (Hambourg) seraient théoriques et mal fondées. Tout d'abord, la participation de SLW dans Schuybroek n'atteindrait que 45 %, et celle de TDV dans Tedeco 50 %. De telles participations ne suffiraient pas à inciter la société partiellement commune à vendre des produits de la société concurrente, même si cette société y possède des participations.

Il ne faudrait pas non plus oublier qu'à la firme Tedeco, qui opérait d'ailleurs sur un marché différent (celui des récipients en plastique), participe aussi, à concurrence de 50 %, une entreprise américaine munie d'un pouvoir de décision indépendant (« Illinois Tool Works »).

Deuxièmement, une concurrence entre TDV et SLW sur le marché allemand ne pourrait exister, en raison même de l'absence de standardisation des tailles et des spécifications. Dans le domaine des boîtes à conserves pour produits carnés, la production allemande serait presque entièrement destinée à la consommation locale, alors que plus de 75 % des boîtes fabriquées par TDV répondraient aux besoins de l'exportation. Dans le domaine des boîtes à conserves pour poissons, les utilisateurs allemands n'auraient pas voulu et ne voudraient toujours pas utiliser les types et les spécifications des boîtes TDV. Par ailleurs, une concurrence entre ces entreprises sur le marché du Benelux aurait été et serait toujours difficile du fait qu'indépendamment d'autres circonstances, le fer blanc est depuis longtemps plus cher en République fédérale que dans ces pays. La *défenderesse* ayant fait remarquer, quant à ce dernier point, qu'un utilisateur aussi puissant que SLW pourrait également s'approvisionner en fer blanc à des prix avantageux en s'adressant à d'autres fabricants de la Communauté, notamment des pays du Benelux, ou même des pays tiers (par exemple le Japon), les requérantes répondent que cette remarque ne serait

pas réaliste. En effet, la technologie moderne de la fabrication des récipients en fer blanc supposerait des relations très étroites entre les fournisseurs de ce matériel et les utilisateurs. Un changement de fournisseur entraînerait des coûts très élevés pour les producteurs d'emballages, et rendrait indispensable une longue adaptation. En dehors d'autres facteurs, la nécessité de ces relations entre fournisseur et utilisateur ne pourrait donner qu'un caractère précaire à l'offre provenant d'autres pays, tels que le Japon, indépendamment des frais de transport.

Du reste, ce n'est pas seulement entre TDV et SLW que la concurrence aurait été pratiquement inexistante, par-delà les frontières, avant leur association (et elle ne pourrait pas non plus naître à l'heure actuelle, pour des raisons étrangères à cette association), mais les commandes ne venaient et ne viennent pas davantage d'autres pays dont la situation serait encore favorable au point de vue des frets, du moins pour une partie des produits en cause (par exemple France, Danemark et Grande-Bretagne).

D'autre part, vu la grande importance qu'elle y attache, la Commission aurait dû envisager également la concurrence potentielle, après l'élargissement de la Communauté, en considérant, par exemple, Metal Box pour les bouchons métalliques du type « White Caps », pour lesquels la distance ne jouerait aucun rôle, et Hastrup (Danemark), pour les boîtes à conserves pour produits carnés, le Danemark étant si proche du marché en cause. La Commission se contredirait lorsqu'elle affirme, d'une part, qu'elle ne s'attend pas pour l'avenir à une concurrence substantielle de la part des producteurs étrangers au groupe Continental, et, d'autre part, qu'elle s'attend à ce que la concurrence potentielle puisse naître de la dissolution de la concentration SLW-TDV. En effet, aussi la société française Ferembal, qui ne participerait pas aux accords restreignant la concurrence visés par la Commission, n'exporterait que très peu en Belgique et en

Allemagne lui permettrait très bien de le faire.

A l'objection de la *défenderesse* selon laquelle Ferembal, d'ailleurs liée à Carnaud, tout en s'efforçant de pénétrer dans le marché allemand, ne pourrait s'implanter que dans quelques régions du sud de l'Allemagne, les *requérantes* répliquent qu'elles ne voient pas les raisons pour lesquelles Ferembal ne pourrait pénétrer davantage sur ce marché, puisqu'aux dires mêmes de la Commission, des distances jusqu'à 1 000 km ne constitueraient pas un obstacle économique pour le transport d'emballages.

La *défenderesse* observe, d'autre part, que le chiffre d'affaires réalisé par TDV, en ce qui concerne les boîtes à conserves pour poissons, de 1967 à 1970, interdirait d'affirmer qu'il n'y a pratiquement aucun marché pour les boîtes à conserves pour poissons aux Pays-Bas. Ce qui serait décisif, c'est que TDV fabrique des boîtes pour poissons, et que, pour ce produit, elle aurait pu entrer en concurrence avec SLW en Allemagne, d'autant plus que, dans le cas des petits emballages, les transports resteraient économiquement possibles sur des distances pouvant atteindre 1 000 km.

La *défenderesse* maintient, en outre, son point de vue quant à la possibilité d'une concurrence qui aurait pu naître entre SLW et TDV. Elle estime que, grâce à la participation de SLW à la firme Schuybroek, et de TDV à Tedeco, il aurait été particulièrement facile à chacune de ces entreprises d'exercer des activités sur le « territoire » de l'autre. Ceci paraîtrait évident surtout dans le cas de Tedeco qui, opérant précisément sur un marché tout à fait différent de celui de TDV, ne serait pas concurrent de cette dernière entreprise. Par ailleurs, si la participation de TDV à Tedeco n'est que de 50 %, il n'en serait pas moins vrai que les 50 % restants ne représentent qu'une participation financière n'exerçant aucune influence sur la gestion. Quant à la firme Schuybroek, elle ne fabriquerait que des bouchons couronnes et des boîtes « general line », si bien que seulement 44 % du programme de production de SLW

correspondrait à celui de Schuybroek. Il serait donc concevable que cette entreprise puisse exercer des activités sur le marché des pays du Benelux pour au moins les 56 % restants de la production de SLW.

D'autre part, la faiblesse de la concurrence dans l'industrie des emballages serait due au fait que les grandes entreprises sont toutes des licenciées de Continental, et sont liées entre elles par de multiples relations et accords. En raison de la supériorité des grandes entreprises, les petites ne pourraient pratiquement travailler que sur l'étendue des marchés et sur les produits qui leur seraient laissés. Quant à la possibilité d'une concurrence venant du groupe PLM Hastrup, cette entreprise (licenciée de Continental en Scandinavie) se serait jusqu'à présent abstenue — vraisemblablement pour les raisons indiquées ci-dessus — de faire concurrence à SLW et TDV sur le marché des emballages métalliques.

Les requérantes s'opposent aux considérations développées par la défenderesse au sujet des conséquences que le système de licences critiqué aurait sur le régime de la concurrence dans l'industrie de l'emballage. Les licenciés de Continental auraient eu bien d'autres motifs pour se concentrer en premier lieu sur leurs marchés nationaux, et n'auraient jamais été influencés à cet égard par Continental, même par le biais des licences. Les motifs en seraient principalement les spécifications techniques des produits et des emballages, ainsi que la préférence du marché. Les petites entreprises n'exerceraient pas seulement leur activité sur le marché que leur « laissent » les requérantes, mais concurrenceraient même ces dernières, en consentant des rabais sur les prix.

La défenderesse insiste sur sa position et conclut, quant à la concurrence potentielle SLW-TDV, que l'argument tiré du prix du fer blanc en Allemagne serait à double tranchant, puisque, si SLW devait réellement payer le fer blanc plus cher que TDV, cette dernière entreprise n'en aurait eu que plus de facilité à entrer en

concurrence avec SLW sur le marché allemand. Elle relève en outre que les chiffres concernant les importations et les exportations des boîtes à conserves effectuées en Allemagne (décision attaquée, partie I, considérant J, 1 c)) feraient apparaître comme fortement exagérées les affirmations des requérantes, selon lesquelles la diversité des types de produits et des préférences des utilisateurs rendrait pratiquement impossible l'échange des boîtes entre pays différents, et en particulier entre les pays du Benelux et l'Allemagne. Si ces affirmations étaient exactes, Continental n'aurait pas eu besoin de l'accord d'échanges de renseignements ni de la « commission commerciale » de 1968 (décision attaquée, partie I, considérant D, 4 b) et c)). L'objet de ces initiatives aurait été de restreindre et de contrôler la concurrence internationale, au niveau tant des partenaires que des tiers.

L'auto-production par les grands utilisateurs: considérant C, 30 e)

D'après les requérantes, il ne serait pas exact que seuls les grands utilisateurs, selon ce considérant, ont, vis-à-vis du groupe SLW-TDV, la possibilité de fabriquer eux-mêmes les emballages dont ils ont besoin. La firme belge Talpe — une entreprise de taille moyenne, productrice de conserves de légumes — aurait commencé en 1971 à fabriquer elle-même toutes ses boîtes.

La défenderesse ayant observé que sa constatation n'est pas affaiblie par la circonstance qu'une seule entreprise d'importance moyenne dans l'industrie des conserves aurait entrepris de fabriquer elle-même des boîtes pour légumes (sans compter le fait que les boîtes à conserves pour légumes seraient techniquement les plus faciles à fabriquer), les requérantes répondent qu'il suffit que quelques-uns des plus grands utilisateurs se rabattent sur l'autoproduction pour que l'équipement de SLW devienne non rentable (pour de plus amples arguments voir, ci-dessus, considérant I, B, 18).

Motifs

- 1 Attendu que, par recours introduit le 9 février 1972, les requérantes ont demandé l'annulation de la décision de la Commission du 9 décembre 1971, faisant grief à Continental Can Company Inc. (ci-après dénommée « Continental ») d'avoir commis une infraction au titre de l'article 86 du traité CEE, notamment en acquérant, par l'intermédiaire d'Europemballage Corporation (ci-après dénommée « Europemballage »), environ 80 % des actions et obligations convertibles de l'entreprise Thomassen & Drijfer Verblifa N.V. (ci-après dénommée « TDV ») ;

A — Sur l'irrégularité de la procédure administrative

- 2 a) Attendu que les requérantes soutiennent que la décision attaquée serait irrégulière, du fait que Continental n'aurait pas eu l'occasion de faire connaître son point de vue au cours de la procédure administrative, conformément aux articles 19 du règlement n° 17/62 du Conseil et 7 du règlement n° 99/63 de la Commission ;

qu'elle porterait ainsi atteinte aux droits de la défense ;

- 3 attendu qu'il est constant que, par lettre du 14 mai 1970, les requérantes, agissant par l'entremise de leur représentant, ont invité la Commission, qui antérieurement avait adressé à Continental ses questions relatives à l'acquisition des actions et obligations TDV, à les faire parvenir, dorénavant, à Europemballage ;

qu'il ressort en outre du procès-verbal de l'audition des parties du 21 septembre 1971, approuvé par les requérantes, que, parmi les personnes ayant participé à cette audition, figurait M Charles B. Stauffacher, en qualité de membre du conseil d'administration de l'une et de l'autre requérantes ;

que, dans ces circonstances, il apparaît que Continental a eu l'occasion d'exposer son point de vue au cours de la procédure administrative ;

- 4 b) attendu que les requérantes font valoir que l'exposé des griefs du 15 mars 1971 serait insuffisamment motivé, la Commission s'étant limitée à énoncer les griefs retenus, sans donner les raisons de nature à les justifier ;

qu'en outre, la décision attaquée serait insuffisamment motivée, du fait qu'elle se limiterait à reprendre l'exposé des griefs du 15 mars 1971, sans tenir compte

de la réponse donnée par les intéressées le 9 août 1971, et n'indiquerait pas non plus les motifs justifiant les griefs retenus ;

- 5 attendu qu'en ce qui concerne le premier grief, l'article 4 du règlement n° 99/63 prévoit que, dans ses décisions, la Commission ne retient que les griefs au sujet desquels le destinataire de l'acte a eu l'occasion de faire connaître son point de vue ;

que l'exposé des griefs répond à cette exigence dès lors qu'il énonce, même sommairement, mais de manière claire, les faits essentiels sur lesquels se base la Commission ;

que, dans sa communication du 15 mars 1971, celle-ci a clairement exposé les faits essentiels sur lesquels elle fondait les griefs articulés, et a indiqué dans quelle mesure Continental détiendrait une position dominante et l'aurait exploitée abusivement ;

que les reproches soulevés à l'égard de l'exposé des griefs ne sont donc pas fondés ;

- 6 qu'en ce qui concerne le deuxième grief, si la Commission est tenue de motiver sa décision, elle n'est toutefois pas tenue de réfuter tous les moyens présentés au cours de la procédure administrative ;

- 7 c) attendu que les requérantes voient un motif d'irrégularité de la décision attaquée dans le fait que la procédure litigieuse serait intitulée, au Journal officiel des Communautés européennes du 8 janvier 1972, sous la désignation « Continental Can Company », alors que le texte français de la décision, le seul faisant foi, est intitulé « Europemballage Corporation » ;

- 8 attendu qu'une telle circonstance n'est pas, en raison du lien économique et juridique existant entre Continental et Europemballage, de nature à affecter la validité de l'acte attaqué ;

- 9 d) attendu que les requérantes soutiennent encore que la décision litigieuse serait irrégulière, en ce qu'elle n'aurait pas été légalement notifiée à Continental ;

que celle-ci aurait reçu, au courant du mois de décembre 1971, une ou deux lettres de la Commission adressées par la poste, alors que la décision litigieuse aurait dû lui être notifiée par la voie diplomatique ;

- 10 attendu qu'une décision est dûment notifiée, au sens du traité, dès lors qu'elle est communiquée à son destinataire et que celui-ci est mis en mesure d'en prendre connaissance ;

que tel a été le cas en l'espèce, Continental ayant effectivement reçu communication de la décision litigieuse et ne pouvant, pour rendre sans effet cette communication, se prévaloir de son propre refus d'en prendre connaissance ;

- 11 e) attendu que les requérantes allèguent enfin que la Commission aurait violé l'article 3 du règlement n° 1/58 du Conseil, portant fixation du régime linguistique de la Communauté économique européenne, en ce qu'elle a désigné le texte français, au lieu du texte allemand de la décision attaquée, comme faisant foi ;

- 12 attendu qu'aux termes de l'article 3 de ce règlement, les textes adressés par les institutions de la Communauté à une personne relevant de la juridiction d'un État membre sont rédigés dans la langue de cet État ;

que les requérantes ayant leur siège social dans un pays tiers, le choix de la langue officielle de la décision devait en l'espèce tenir compte du rapport établi par chaque requérante, à l'intérieur du marché commun, avec un État membre de la Communauté ;

qu'Europemballage avait ouvert un bureau à Bruxelles et avait rédigé en français ses observations écrites au cours de la procédure administrative ;

qu'au vu de ces éléments, le choix de la langue française comme langue officielle de la décision n'apparaît pas contraire à l'article 3 du règlement n° 1/58 du Conseil ;

- 13 attendu que les moyens tirés de l'irrégularité de la procédure administrative doivent donc être rejetés ;

B — Sur la compétence de la Commission

- 14 Attendu que les requérantes soutiennent que, selon les principes généraux du droit international, Continental, ayant son siège social à l'extérieur de la Communauté, ne relèverait ni de l'autorité administrative de la Commission, ni de la juridiction de la Cour de justice ;

qu'ainsi la Commission n'aurait pas eu compétence pour adopter à l'égard de Continental la décision litigieuse et pour lui adresser l'injonction visée à l'article 2 de cette décision ;

qu'au surplus, l'illicéité poursuivie par la Commission ne serait pas directement imputable à Continental, mais à Europemballage ;

- 15 attendu que les requérantes ne peuvent pas contester qu'Europemballage, constituée le 20 février 1970 par Continental, est une filiale de celle-ci ;

que la circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit pas pour écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère ;

que tel peut être notamment le cas lorsque la filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère ;

- 16 qu'il est constant que Continental a amené Europemballage à faire, aux Pays-Bas, une offre d'achat aux actionnaires de TDV, en lui procurant les fonds nécessaires à cet effet ;

que le 8 avril 1970 Europemballage a procédé à l'achat des actions et obligations TDV proposées à cette date ;

que, partant, le fait de cette opération, au vu de laquelle la Commission a pris la décision litigieuse, doit être imputé non seulement à Europemballage mais aussi et en premier chef à Continental ;

qu'un tel achat, affectant les conditions du marché à l'intérieur de la Communauté, relève de l'application du droit communautaire ;

que le fait que Continental n'est pas établie sur le territoire d'un des États membres de la Communauté ne suffit pas pour la soustraire à l'application de ce droit ;

- 17 que le moyen d'incompétence doit être rejeté ;

C — Sur l'article 86 du traité et l'exploitation abusive de position dominante

- 18 Attendu que les articles 1 et 2 de la décision de la Commission du 9 décembre 1971 font grief à Continental d'avoir commis une infraction à l'article 86 du traité CEE, du fait que cette entreprise aurait exploité de façon abusive la position dominante qu'elle aurait détenue, par l'intermédiaire de Schmalbach-

Lubeca-Werke AG, à Brunnschwick (ci-après dénommée « SLW »), dans une partie substantielle du marché commun, sur le marché des emballages légers pour conserves de viande, de charcuterie, de poissons et de crustacés, ainsi que sur celui des couvercles métalliques pour bocaux en verre ;

que, selon l'article 1, cette exploitation abusive consisterait dans le fait, pour Continental, d'avoir acheté en avril 1970, par sa filiale Europemballage, environ 80 % des actions et obligations convertibles de TDV ;

que cet achat aurait conduit à éliminer pratiquement la concurrence pour les produits d'emballage précités dans une partie substantielle du marché commun ;

- 19 attendu que les requérantes soutiennent que la Commission essaierait ainsi, par une interprétation erronée de l'article 86 du traité et en dépassant les limites de ses pouvoirs, d'établir, dans le cadre de cette disposition, un contrôle sur les concentrations d'entreprises ;

qu'une telle tentative irait à l'encontre de la volonté des auteurs du traité, telle qu'elle se dégagerait non seulement d'une interprétation littérale de l'article 86, mais aussi d'un examen comparé du traité CEE avec le traité CECA et les législations nationales des États membres ;

que les exemples d'exploitation abusive de position dominante cités par l'article 86 confirmeraient cette conclusion, puisqu'ils montreraient que le traité n'a visé que des pratiques ayant une incidence sur le marché et comportant un préjudice pour les consommateurs ou les partenaires commerciaux ;

que, par ailleurs, il ressortirait de l'article 86 que l'utilisation de la puissance économique conférée par une position dominante ne se traduirait par une exploitation abusive de cette position que si elle constituait le moyen grâce auquel l'abus est réalisé ;

que les mesures structurelles des entreprises, telles que le renforcement d'une position dominante par voie de concentration, ne relèveraient pas, par contre, d'une exploitation abusive de cette position, au sens de l'article 86 du traité ;

que la décision attaquée serait donc nulle parce que dépourvue de la base légale nécessaire ;

- 20 attendu que l'article 86, alinéa 1, du traité déclare « incompatible avec le marché commun et interdit dans la mesure où le commerce entre États mem-

bres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci » ;

qu'il s'agit de savoir si par l'expression « exploiter de façon abusive », l'article 86 ne vise que les comportements de l'entreprise de nature à affecter directement le marché, préjudiciables à la production et à la distribution, aux utilisateurs ou aux consommateurs, ou s'il se réfère également aux modifications structurelles de l'entreprise, qui conduiraient à altérer gravement la concurrence dans une partie substantielle du marché commun ;

21 que la distinction entre les mesures affectant la structure de l'entreprise et les pratiques ayant une incidence sur le marché n'est pas déterminante, toute mesure structurelle étant susceptible, dès lors qu'elle accroît les dimensions et la puissance économique de l'entreprise, d'avoir une incidence sur les conditions du marché ;

22 attendu qu'il convient, pour résoudre ce problème, d'envisager à la fois l'esprit, l'économie et les termes de l'article 86, compte tenu du système du traité et des finalités qui lui sont propres ;

que, dès lors, une comparaison entre cet article et certaines dispositions du traité CECA ne serait pas pertinente aux problèmes dont il s'agit ;

23 attendu que l'article 86 relève du chapitre consacré aux règles communes définissant la politique de la Communauté dans le domaine de la concurrence ;

que cette politique découle de l'article 3, lettre f), du traité, prévoyant que l'action de la Communauté comporte l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun ;

que l'argumentation des requérantes, selon laquelle cette disposition contiendrait seulement un programme général, dépourvu d'effets juridiques, méconnaît que l'article 3 considère la poursuite des objectifs qu'il énonce comme indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté ;

qu'en ce qui concerne plus particulièrement la lettre f), il s'agit d'un objectif qui trouve son application dans plusieurs dispositions du traité, dont il commande l'interprétation ;

24 attendu qu'en prévoyant l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun, l'article 3, lettre f), exige, à plus forte raison, que la concurrence ne soit pas éliminée ;

que cette exigence est si essentielle que, sans elle, de nombreuses dispositions du traité seraient sans objet ;

qu'elle répond en outre aux impératifs de l'article 2 du traité, qui donne pour mission à la Communauté de « promouvoir le développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble du marché commun » ;

qu'ainsi les restrictions de la concurrence que le traité admet dans certaines conditions, pour des raisons tirées de la nécessité de concilier les divers objectifs à poursuivre, trouvent dans les exigences des articles 2 et 3 une limite au-delà de laquelle le fléchissement du jeu de la concurrence risquerait de porter atteinte aux finalités du marché commun ;

25 attendu qu'en vue de respecter les principes et d'atteindre les objectifs énoncés aux articles 2 et 3 du traité, les articles 85 à 90 ont prévu des règles générales applicables aux entreprises ;

que l'article 85 vise les accords entre entreprises, décisions d'association d'entreprises et pratiques concertées, cependant que l'article 86 vise l'action unilatérale d'une ou plusieurs entreprises ;

que, sur des plans différents, les articles 85 et 86 tendant au même objet, à savoir le maintien d'une concurrence effective dans le marché commun ;

que l'altération de la concurrence, étant interdite lorsqu'elle résulte des comportements visés par l'article 85, ne saurait devenir licite lorsque ces comportements, menés à bonne fin sous l'action d'une entreprise dominante, réussissent à se matérialiser dans une intégration des entreprises entre elles ;

qu'en l'absence de dispositions expresses, on ne saurait supposer que le traité, qui par l'article 85 a interdit certaines décisions de simples associations d'entreprises altérant la concurrence sans la supprimer, admettrait cependant comme licite, à l'article 86, que des entreprises, après avoir réalisé une unité organique, puissent atteindre une puissance dominante telle que toute chance sérieuse de concurrence serait substantiellement écartée ;

qu'une telle diversité de traitement juridique ouvrirait dans l'ensemble des règles de la concurrence une brèche susceptible de compromettre le fonctionnement correct du marché commun ;

qu'en effet, s'il suffisait, pour tourner les interdictions de l'article 85, de faire atteindre aux ententes un tel degré de rapprochement entre les entreprises

qu'elles échapperaient à l'application de cet article sans tomber sous celle de l'article 86, il deviendrait alors licite de cloisonner une partie substantielle du marché commun, en contradiction avec les principes fondamentaux de celui-ci ;

que le souci des auteurs du traité de conserver au marché, dans le cas où des restrictions de la concurrence sont admises, les possibilités d'une concurrence effective ou potentielle est expressément précisé à l'article 85, paragraphe 3, b), du traité ;

que, si l'article 86 ne contient pas la même précision explicite, c'est parce que le régime qu'il a institué pour les positions dominantes n'admet pas, contrairement à l'article 85, paragraphe 3, des exceptions à l'interdiction ;

que, dans le cas d'un tel régime, la soumission aux objectifs fondamentaux du traité, notamment à celui de l'article 3, lettre f), découle de la force impérative qui s'attache à ces objectifs ;

qu'en tout cas, les articles 85 et 86 ne peuvent être interprétés en des sens contradictoires, alors qu'ils constituent la mise en œuvre d'un même objectif ;

26 attendu que c'est à la lumière de ces considérations que doit être interprétée la condition imposée par l'article 86 selon laquelle, pour être prohibée, l'exploitation d'une position dominante doit avoir été exercée de manière abusive ;

que cette disposition énumère un certain nombre de pratiques abusives qu'elle interdit ;

qu'il s'agit d'une énumération à titre d'exemple qui n'épuise pas les modes d'exploitation abusive de position dominante interdits par le traité ;

que, par ailleurs, ainsi qu'il ressort des lettres c) et d) du paragraphe 2, cette disposition ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective, telle que mentionnée à l'article 3, lettre f), du traité ;

qu'est dès lors susceptible de constituer un abus le fait, par une entreprise en position dominante, de renforcer cette position au point que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante ;

- 27 attendu que, tels étant le sens et la portée de l'article 86 du traité, le problème, évoqué par les requérantes, du lien de causalité qui, à leur avis, devrait exister entre la position dominante et son exploitation abusive, ne revêt pas d'intérêt, le renforcement de la position détenue par l'entreprise pouvant être abusif et interdit par l'article 86 du traité, quels que soient les moyens ou procédés utilisés à cet effet, dès lors qu'il aurait les effets ci-dessus décrits ;

D — Sur les éléments matériels de la motivation de la décision

- 28 Attendu qu'à l'appui de sa décision, la Commission a retenu que l'achat d'une participation majoritaire dans une entreprise concurrente par une entreprise ou groupe d'entreprises détenant déjà une position dominante pouvait dans certaines circonstances constituer une exploitation abusive de cette position ;

que tel serait le cas du fait par une entreprise en position dominante de renforcer celle-ci par voie de concentration, dès lors que la concurrence effective ou potentielle serait pratiquement éliminée pour les produits en cause dans une partie substantielle du marché commun ;

- 29 attendu que si, en effet, peut être, en dehors de toute faute, considérée comme abusive la détention d'une position dominante portée à un point tel que les objectifs du traité se trouvent tournés par une modification si substantielle de la structure de l'offre que la liberté de comportement du consommateur sur le marché se trouve gravement compromise, l'élimination pratique de toute concurrence rentre nécessairement dans un tel cadre ;

que, bien qu'une condition aussi restrictive que l'élimination de toute concurrence ne soit pas exigée dans tous les cas, dès lors que c'est sur une telle élimination que la Commission a établi sa décision, il lui appartenait de la justifier à suffisance de droit ou à tout le moins d'établir que la concurrence était si substantiellement affectée que les compétiteurs résiduels n'étaient pas susceptibles de constituer un contrepoids suffisant ;

- 30 attendu qu'afin de justifier sa thèse la Commission a examiné les conséquences de la concentration litigieuse sous différents aspects ;

qu'à cet égard il y a lieu de distinguer dans la motivation de sa décision quatre éléments essentiels, à savoir : a) la part du marché des produits en cause actuellement détenue par les entreprises concentrées ; b) les proportions relatives de la nouvelle unité constituée par la concentration au regard des com-

pétiteurs éventuels sur ce marché ; c) la force économique de la clientèle vis-à-vis de la nouvelle unité et d) la concurrence potentielle de la part soit de producteurs des mêmes produits situés dans des marchés géographiquement distincts, soit de producteurs d'autres produits situés dans le marché commun ;

qu'en examinant ces différents éléments, la décision s'est basée respectivement sur le pourcentage très élevé de la part du marché des boîtes métalliques déjà détenue par SLW, sur la position compétitive faible des concurrents subsistant dans le marché, sur la faiblesse économique de la majorité des utilisateurs par rapport à celle de l'unité nouvelle et sur les multiples liens de droit et de fait entre Continental et les concurrents éventuels, d'une part, et les difficultés financières et techniques d'entrée dans un marché caractérisé par une forte concentration, d'autre part ;

- 31 attendu que les requérantes contestent l'exactitude des données sur lesquelles la Commission a basé sa décision ;

que de la circonstance que la part du marché détenue par SLW aurait été déjà de 70 à 80 % pour les emballages destinés aux conserves de produits carnés, de 80 à 90 % pour les emballages destinés aux produits de la pêche et de 50 à 55 % pour les couvercles métalliques autres que les bouchons-couronnes, pourcentages qui d'ailleurs seraient trop élevés et que la défenderesse n'aurait pu établir, on ne saurait conclure que cette entreprise domine le marché des emballages métalliques légers ;

qu'en outre la décision aurait écarté les possibilités d'une concurrence par des produits de substitution (emballages en verre et en matière plastique), en se basant sur des considérations qui ne résisteraient pas à l'examen ;

qu'en conséquence les arguments relatifs aux possibilités de concurrence effective ou potentielle et à la situation prétendument faible des utilisateurs ne seraient pas pertinents ;

- 32 attendu que, tant dans l'appréciation de la position dominante de SLW que dans celle des conséquences de la concentration litigieuse, la délimitation du marché en cause est d'une importance essentielle, les possibilités de concurrence ne pouvant être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause, en vertu desquelles ces produits seraient particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et seraient peu interchangeables avec d'autres produits ;

- 33 attendu à cet égard que la décision, dans les considérants 5 à 7 de sa seconde partie, vise, l'un après l'autre, un « marché des emballages légers destinés aux

conserves de produits carnés », un « marché des emballages légers destinés aux conserves des produits de la pêche » et un « marché des bouchages métalliques, autres que les bouchons-couronnes, destinés à l'industrie des conserves », qui seraient tous les trois dominés par SLW et sur lesquels la concentration litigieuse tendrait à éliminer la concurrence ;

que cependant elle omet de préciser par quelles particularités ces trois marchés se distinguent l'un de l'autre, et devraient être dès lors considérés séparément ;

qu'en outre il n'est pas non plus indiqué par quelles particularités ces trois marchés se distinguent du marché général des emballages métalliques légers, notamment en ce qui concerne les emballages métalliques pour conserves de fruits et légumes, lait condensé, huile d'olive, jus de fruit et produits technico-chimiques ;

qu'en effet, pour pouvoir être considérés comme constituant un marché distinct, les produits en cause doivent s'individualiser non seulement par le simple fait de leur utilisation pour l'emballage de certains produits, mais encore par des caractéristiques particulières de production qui les rendent spécifiquement aptes à cette destination ;

que, dès lors, la détention d'une position dominante sur le marché des emballages métalliques légers destinés aux conserves de viande et de poisson ne saurait être décisive tant qu'il n'a pas été démontré que les concurrents dans d'autres secteurs du marché des emballages métalliques légers ne peuvent pas, par une simple adaptation, se présenter sur ce marché avec une force suffisante pour constituer un contrepoids sérieux ;

- 34 attendu par ailleurs que la décision même contient des éléments de nature à faire douter que les trois marchés constituent des marchés distincts d'autres marchés d'emballages métalliques légers, mais conduisent à penser qu'ils font partie d'un marché plus large ;

que, dans la première partie de la motivation, en considérant, à la lettre J, les principaux concurrents de SLW en Allemagne et de TDV au Benelux, la décision fait état d'une entreprise allemande, qui détiendrait une part plus large de la production des emballages métalliques légers destinés aux conserves de fruits et légumes que celle de SLW, et d'une autre entreprise qui fournirait 38 à 40 % de la demande allemande de bouchons-couronnes, ce qui paraît confirmer que la production des boîtes métalliques pour conserves de viande et de poisson ne saurait être prise en considération en l'isolant de la production de boîtes métalliques à d'autres destinations ni que la production des cou-

vercles métalliques peut être considérée sans tenir compte de celle des bouchons-couronnes ;

qu'ensuite, en considérant, dans sa seconde partie, sous 16, les possibilités d'une concurrence de substitution, la décision, au lieu de se limiter aux seuls trois « marchés », vise également le marché d'emballages métalliques légers ayant d'autres destinations, pour alléguer que des emballages non métalliques ne sont interchangeables avec ceux-ci que dans les limites restreintes ;

que la circonstance qu'au cours de la procédure la Commission n'a pas réussi à maintenir cette allégation au vu des faits invoqués par la requérante, démontre par elle-même la nécessité d'une délimitation suffisamment précise du marché à prendre en considération pour permettre l'évaluation de la force comparée des entreprises sur un tel marché ;

- 35 attendu que, ayant omis de préciser les caractéristiques des emballages métalliques destinés aux conserves de viande et des produits de la pêche et celles des couvercles métalliques, autres que les bouchons-couronnes, destinés à l'industrie de la conserve, par lesquelles ces produits constitueraient autant de marchés propres, aptes à être dominés par le producteur détenant la plus grande part de ces marchés, la décision est, de ce fait, affectée d'une incertitude fondamentale qui se répercute sur les autres éléments au vu desquels elle a conclu à l'absence d'une concurrence, effective ou potentielle, dans le marché en cause ;

qu'en ce qui concerne notamment la concurrence des autres fabricants d'emballages métalliques, la Commission a soutenu, au cours de la procédure, que les licenciés de Continental « sont convenus d'établir entre eux des restrictions à la concurrence dans le cadre du soi-disant accord d'échange de renseignements » décrit au considérant D, 4, lettre b), mais soutient d'autre part que TDV et SLW auraient eu « la possibilité de se concurrencer mutuellement » ;

que l'argument invoqué par le considérant n° 19, selon lequel les usines de certains fabricants situés dans les pays limitrophes de l'Allemagne seraient trop éloignées de la plupart des utilisateurs allemands pour que ces derniers décident de leur confier de manière permanente leur approvisionnement, n'a pas été justifié et est, par ailleurs, difficilement conciliable avec l'affirmation du considérant n° 25, a), selon lequel les seuils de rentabilité économique pour les transports des emballages vides se situent entre 150 et 300 km pour les emballages relativement volumineux et entre 500 et 1 000 km pour les emballages plus petits ;

qu'au surplus, dans le cas des couvercles métalliques, il n'est pas contesté que les frais de transport ne jouent pas un rôle important ;

- 36 attendu, par ailleurs, qu'en ce qui concerne la concurrence potentielle des grands acheteurs susceptibles de devenir autoproducteurs, la décision attaquée soutient, au considérant n° 18, qu'une telle concurrence serait écartée par l'importance des investissements nécessaires à une fabrication intégrée et par l'avance technologique du groupe Continental dans ce domaine, alors que le considérant J, n° 3, dernier alinéa, précise que, dans le marché belge, la conserverie Marie-Thumas fabriquerait, par l'intermédiaire de sa filiale Eurocan, des emballages métalliques pour son propre usage et pour la vente à d'autres utilisateurs ;

que cette contradiction confirme l'incertitude de la Commission quant à la délimitation du ou des marchés concernés ;

que la décision indique en outre, au considérant n° 30, lettre e), qu'« abstraction faite de Marie-Thumas-Eurocan, les autoproducteurs ne fabriquent pas plus qu'ils ne consomment et n'offrent pas d'emballages métalliques vides sur le marché », alors que le considérant K, n° 2, deuxième alinéa, mentionne que quelques autoproducteurs allemands auraient cependant commencé à commercialiser leurs excédents de production d'emballages métalliques ;

qu'il résulte de ces éléments que certaines entreprises, déjà passées à la fabrication intégrée des emballages, pouvaient surmonter les difficultés relatives aux obstacles technologiques, sans qu'il soit possible de tirer de la décision des éléments d'appréciation sur la capacité concurrentielle de ces entreprises ;

que ces considérants font donc apparaître de nouvelles contradictions qui entachent également la validité de la décision attaquée ;

- 37 attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces considérations que cette décision n'a pas établi à suffisance de droit les faits et appréciations sur lesquelles elle est fondée ;

qu'elle doit donc être annulée ;

Sur les dépens

- 38 Attendu qu'aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens ;

que la partie défenderesse a succombé en ses moyens ;

par ces motifs,

vu les actes de procédure ;

le juge rapporteur entendu en son rapport ;

les parties entendues en leurs plaidoiries ;

l'avocat général entendu en ses conclusions ;

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment ses articles 2, 3, 85 et 86 ;

vu le protocole sur le statut de la Cour de justice de la Communauté économique européenne ;

vu le règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes,

LA COUR,

rejetant toutes autres conclusions plus amples ou contraires, déclare et arrête :

- 1) La décision de la Commission du 9 décembre 1971 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/26811 Europemballage Corporation) est annulée ;
- 2) La partie défenderesse est condamnée aux dépens de l'instance.

Lecourt
Pescatore

Monaco
Donner

Kutscher

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 21 février 1973.

Le greffier
A. Van Houtte

Le président
R. Lecourt