

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. KARL ROEMER, PRÉSENTÉES LE 21 NOVEMBRE 1972 ¹

*Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,*

Dans l'affaire dans laquelle nous présentons aujourd'hui nos conclusions, vous êtes appelés, pour la première fois, à vous prononcer sur une décision que la Commission a adoptée sur la base de l'article 86 du traité CEE, c'est-à-dire sur la base de la disposition selon laquelle : « est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres 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 ».

Au sujet des faits qui sont à la base de cette affaire, il nous faut tout d'abord faire les remarques suivantes :

La Continental Can Company Inc. à New York (ci-après Continental) est une importante entreprise internationale, fabriquant des emballages métalliques et autres matériaux d'emballage, ainsi que des machines pour fabriquer et utiliser ces emballages. Elle possède des droits de propriété industrielle, pour l'exploitation desquels elle a accordé des licences internationales. Le 6 février 1969, elle a obtenu la majorité du capital et, par conséquent, le contrôle des Schmalbach-Lubeca-Werke AG, de Braunschweig (ci-après Schmalbach), une grande entreprise fabriquant des emballages métalliques légers et autres ainsi que des machines à sertir. Au cours de la même année, elle a pu porter cette participation à 85,8 % du capital social.

Après cette opération, Continental s'est efforcée d'étendre son activité et son influence en Europe. Elle a conçu un plan qui prévoyait la création, en coopération avec un certain nombre d'entreprises européennes de l'industrie de l'em-

ballage, d'une société à laquelle elle transférerait ses intérêts en Europe. Selon le plan en question, devaient participer à cette société une société anglaise productrice de matériaux d'emballage (The Metal Box Company Ltd. de Londres) ainsi que des licenciés de Continental, ayant leur siège en France et aux Pays-Bas. Ce plan n'a pas obtenu l'approbation des sociétés sollicitées et n'a donc pas pu être réalisé. Continental s'est alors efforcée de resserrer ses liens avec une licenciée néerlandaise, la Thomassen et Drijver-Verblifa N.V. Deventer (ci-après « Thomassen ») produit des emballages métalliques et autres. Le 16 février 1970, Continental a conclu avec Thomassen un accord aux termes duquel Continental fondait à Wilmington (dans l'État de Delaware, aux États-Unis) une société holding l'Europemballage Corporation (ci-après « Europemballage ») et lui cédait sa participation dans Schmalbach. En outre, l'accord prévoyait que Continental inciterait et mettrait Europemballage en mesure d'offrir aux actionnaires de Thomassen (abstraction faite de Metal Box et de Continental) une somme de 140 fl. hollandais par action de Thomassen. La direction de Thomassen s'engageait à recommander à ses actionnaires de vendre leurs parts à Europemballage. Cette société, dominée à 100 % par Continental, a été fondée le 20 février 1970. Comme prévu, les participations de Continental en Europe, et, partant, également dans Schmalbach, lui ont été transférées. Europemballage a créé un bureau à New York et un autre à Bruxelles. Le 16 mars 1970, cette société « holding » a publié l'offre d'achat sur les actions de Thomassen. De même, l'offre de souscription a été publiée par la direction de Thomassen. Le 8 avril 1970, Europemballage a acquis des actions et des obligations converti-

¹ — Traduit de l'allemand.

bles de Thomassen pour un montant total de 44,7 millions d'unités de compte, portant ainsi sa participation, qui était tout d'abord de 10,4 %, à 91,07 % du capital de cette société.

Ces opérations ont éveillé l'attention de la Commission qui a estimé devoir élever des objections au titre de l'article 86 du traité CEE. Par lettres et par télex de mars et avril 1970, elle a adressé des communications en ce sens aux participants, c'est-à-dire Continental, Thomassen, Schmalbach et Europemballage. Ces avertissements n'ayant pas abouti à modifier les dispositions adoptées, la Commission a décidé, le 9 avril 1970, d'engager une procédure en application de l'article 3 du règlement n° 17 (JO n° 13 du 21 février 1962) contre Continental et Europemballage pour acquisition d'une participation dominante au capital de la société Thomassen. Le 15 mars 1970, les griefs de la direction générale « Concurrence » de la Commission ont été adressés à Europemballage, à son siège de Bruxelles. Le 9 août 1971, les sociétés ont fait connaître leur point de vue, puis elles ont été entendues au cours de la procédure orale.

Voyant que les négociations n'aboutissaient pas à rapprocher les thèses opposées, la Commission a adopté le 9 décembre 1971 une décision formelle (JO 1972 n° L 7) qui analyse en droit l'opération et en tire les conséquences juridiques. Dans sa décision, la Commission a constaté que par l'intermédiaire de Schmalbach, Continental détenait en Allemagne, par conséquent dans une partie substantielle du marché commun, une position dominante sur le marché des emballages légers pour conserves de viande et de poisson ainsi que des bouchages métalliques pour bocaux en verre ; que, par l'acquisition d'une participation majoritaire dans l'entreprise concurrente Thomassen, dont le siège est aux Pays-Bas, sa position dominante a été renforcée à tel point que la concurrence était « pratiquement » éliminée ; qu'il y avait là une exploitation abusive au sens de l'article 86 du traité CEE. De plus, comme Thomassen et Schmalbach

étaient en mesure de livrer au-delà des frontières, surtout en Allemagne occidentale et au Benelux, cette concentration ayant éliminé la possibilité d'une concurrence internationale, il était logique d'en déduire que la concentration desdites sociétés était susceptible d'exercer une influence directe sur les courants d'échanges entre États membres d'une manière qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États. Pour ces motifs, la Commission a décidé que Continental était obligée de mettre fin à l'infraction constatée contre l'article 86 et qu'elle devrait à cette fin présenter des propositions à la Commission avant le 1^{er} juillet 1972.

Au cours de négociations ultérieures avec la Commission, les représentants des sociétés ont cherché une solution qui paraisse acceptable à cette dernière. Continental et Europemballage estimant par principe que la Commission avait appliqué à tort l'article 86 à leur comportement, elles ont introduit un recours devant la Cour en vue de faire annuler la décision de la Commission du 9 décembre 1971.

Au cours de la phase orale de la procédure, dans laquelle nous nous trouvons, notre tâche est maintenant de chercher à savoir si la décision prise par la Commission peut être maintenue ou si elle doit être annulée pour l'un des motifs allégués par les requérantes (et dont nous parlerons en détail). Puisque le litige qui oppose les parties porte sur un grand nombre de questions de fait et de droit, il nous semble opportun, avant d'aborder notre étude, de donner quelques indications relatives au plan que nous allons suivre. Nous commencerons par un certain nombre de remarques à propos de la capacité pour ester en justice ; puis nous aborderons la question de savoir si l'article 86 du traité peut s'appliquer à des faits comme ceux de la présente espèce. Nous continuerons par des considérations de nature essentiellement économique concernant la question de savoir si Schmalbach possédait une position dominante en République fédérale et quels étaient les rapports de

concurrence entre elle et Thomassen. Enfin, pour terminer, nous rechercherons si la Commission est compétente pour adopter une décision à l'égard d'une société dont le siège est aux États-Unis et si cette société peut être rendue responsable des actes d'une filiale. Ce faisant, nous devons également examiner une série de griefs d'ordre procédural.

1. Sur la capacité pour ester en justice

Continental de New York a intenté un recours contre la décision de la Commission. Il n'y a aucune remarque à faire à ce sujet, car l'article 3 déclare expressément que la décision est destinée à cette société. En outre, dans le texte de sa décision, la Commission constate que Continental s'est rendue coupable d'une exploitation abusive, qu'elle est tenue de mettre fin à l'infraction à l'article 86 du traité CEE et de faire à cet égard des propositions appropriées à la Commission.

Or, Europemballage (Europemballage Corporation, Bruxelles), c'est-à-dire la filiale de Continental qui avait effectué à son nom l'achat litigieux des parts de Thomassen, a également intenté un recours. Elle fait valoir que le texte français de la décision, le seul qui fasse foi, selon les déclarations de la Commission, mentionne expressément l'Europemballage Corporation dans l'intitulé. En outre, la lettre d'accompagnement pour la notification de la décision a été adressée à l'Europemballage Corporation et, dans cette lettre, la procédure porte elle aussi, l'intitulé « Europemballage ». — En réalité, on ne peut rien objecter contre cette allégation. Sans aucun doute, Europemballage est, elle aussi, directement intéressée par une décision dans laquelle il lui est reproché d'avoir acquis les parts en question.

Il est donc certain que les deux sociétés ont la capacité pour ester en justice. Au reste, comme nous ne voyons aucune autre objection contre la recevabilité du recours, nous pouvons sans autre préambule aborder directement l'étude des questions litigieuses.

2. Comme nous l'avons dit, nous commencerons par la question de savoir si l'article 86 du traité CEE peut s'appliquer à des opérations de concentration.

A vrai dire, il est nécessaire tout d'abord de circonscrire la question. — D'une part, nous noterons que l'article 86 ne permet certes pas un contrôle pur et simple des fusions. Il n'existe sur ce point aucune contestation entre les parties et en fait il suffit de comparer cet article avec la disposition de l'article 66 du traité CECA, entrée en vigueur antérieurement et contenant une réglementation détaillée des concentrations, pour voir qu'en adoptant l'article 86, les auteurs du traité CEE n'ont pas voulu faire leurs ni les objectifs ni la procédure de l'article 66 du traité CECA. — D'autre part, il est également certain que la thèse selon laquelle l'article 86 ne peut en aucun cas viser une modification de la structure du marché par suite de concentrations d'entreprises, n'est pas justifiée. Bornons-nous à rappeler, à ce propos, la thèse généralement reconnue en doctrine et adoptée par les requérantes également, selon laquelle l'article 86 ne joue que si une entreprise dominante fait intervenir sa puissance économique et exerce, du fait de la fixation des prix, une pression sur un concurrent qui le contraint à abandonner la concurrence et à fusionner avec elle. Il faut admettre que l'article 86 s'applique dans un tel cas, car on a alors affaire à un comportement déloyal de la part d'une entreprise dominante, dont le but est manifestement de restreindre la concurrence. Toutefois, nous ajouterons tout de suite que cette interprétation n'intervient pas en l'espèce. Certes, certaines indications de la Commission semblent aller dans ce sens, lorsqu'elle affirme, par exemple, que la résiliation des contrats de licences existant entre Continental et Thomassen et la nécessité de négocier de nouveaux contrats pourraient avoir joué un rôle lorsque la direction de Thomassen a pris la décision de recommander à ses actionnaires de vendre leurs parts. Finalement, cependant, après les déclarations que les requérantes ont faites au sujet de la date

et du déroulement des négociations relatives aux licences ainsi que des conditions d'acquisition des actions, il est clair que la Commission ne va pas jusqu'à affirmer que l'absorption de Thomassen par Europemballage (pour laquelle les actionnaires de Thomassen avaient le dernier mot) a été effectuée avec des moyens déloyaux.

La seule question qui nous intéresse en l'espèce — comme il ressort nettement de nos efforts pour circonscrire le problème — est au contraire celle de savoir si l'article 86 joue également lorsqu'une entreprise jouissant d'une position dominante renforce tellement sa position sur le marché en absorbant une autre entreprise qu'il ne subsiste pratiquement plus de concurrence. Comme nous le savons, c'est là la thèse fondamentale de la Commission en l'espèce et c'est précisément cette thèse que les requérantes combattent énergiquement.

Pour apprécier exactement l'essentiel du litige ainsi circonscrit, il est nécessaire de faire un certain nombre de considérations.

Tout d'abord, il est évident qu'aucun des quatre cas énumérés à l'article 86, alinéa 2 n'englobe des faits du genre de celui que vise la Commission. C'est ce qui ressort d'une simple lecture des cas d'abus cités dans cet article. Certes, nous n'énonçons ainsi rien de définitif sur l'application de l'article 86, car dans les cas d'abus cités, il ne s'agit incontestablement que d'exemples et non d'une énumération exhaustive, — comme le montre déjà l'emploi de l'adverbe « notamment ».

Nous devons aussi reconnaître qu'il semble ressortir de l'emploi des termes « exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun », à l'article 86, alinéa 1, que celui-ci ne s'applique que si la puissance économique est utilisée comme *moyen* et de manière répréhensible ; ce seraient donc ces critères qui entreraient en ligne de compte, en tant qu'éléments de fait, pour l'application du droit. S'il en était réellement ainsi, il faudrait certainement s'abstenir de recourir en l'espèce à l'article 86 ; en

effet, comme nous l'avons déjà dit — la Commission estime, elle aussi, que lors de l'acquisition des actions de Thomassen, « Continental » n'a pas utilisé comme un moyen, la puissance économique qu'elle détenait grâce à Schmalbach. A cela, la Commission objecte cependant que si ce critère (utilisation de la puissance économique) joue un rôle dans les exemples de l'article 86, alinéa 2, a), c) et d), toutefois il est manifestement exclu de l'exemple b). En conséquence, il faut considérer également comme un « abus », le fait de limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ; en d'autres termes, des actes internes, pour lesquels la puissance économique n'est pas utilisée comme un moyen, entrent en considération, à la seule condition que les consommateurs subissent un préjudice, c'est-à-dire qu'un certain *effet* se produise sur le marché. A partir de là, la Commission s'est efforcée avant tout de justifier la thèse que nous venons d'exposer en s'appuyant sur l'article 86, alinéa 2, b), et de qualifier d'abus une restriction de la concurrence due à un accroissement de la puissance économique, parce que, en pareil cas, la limitation des possibilités de choix des consommateurs peut compromettre leurs intérêts. Pour elle, le recours aux principes et aux objectifs du traité, tels qu'on peut les déduire du préambule (garantie d'une concurrence « loyale ») et de l'article 3 f) (établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun), joue à cet égard un rôle essentiel. En outre, elle tire de l'article 85, paragraphe 3 b), un principe de base, qui peut être déterminant pour le droit de la concurrence du traité ; il s'agit du principe selon lequel la concurrence ne doit pas être éliminée « pour une partie substantielle des produits intéressés ».

Par conséquent, la question déterminante dans cette affaire est de savoir si nous pouvons suivre la Commission dans ces déductions ou si, comme le pensent les requérantes, il existe à cet égard de sérieuses objections. Après avoir examiné

tous les aspects de la question, nous sommes convaincu — et nous anticipons ainsi sur le résultat de notre examen — que des objections sérieuses peuvent être formulées contre la pertinence de la thèse soutenue par la Commission.

Il est tout à fait clair que celle-ci s'est efforcée d'interpréter l'article 86 d'une façon *extensive*, en assimilant à un préjudice subi par les consommateurs à la suite d'une diminution de la production provoquée par une position dominante, la menace que l'élimination d'un concurrent et, partant, la limitation des possibilités de choix, peut faire peser sur leurs intérêts. Une telle interprétation semble nécessairement douteuse par principe, dans le cas d'une règle aussi radicale que celle de l'article 86, qui contient une interdiction (entraînant vraisemblablement une nullité de droit privé) et dont la violation est réprimée par une sanction. En réalité, beaucoup d'éléments plaident ici en faveur de la thèse selon laquelle il est nécessaire d'adopter une interprétation stricte, c'est-à-dire de faire preuve de circonspection dans les tentatives de raisonnement par analogie et d'exiger — comme le veulent les requérantes — qu'il y ait une violation de la nature au moins des exemples cités à l'article 86, alinéa 2, a) à d). En d'autres termes, il faudrait donc, à cet égard, partir du principe « in dubio pro libertate » sur lequel des auteurs renommés ont insisté avec opiniâtreté à propos de la disposition correspondante de l'article 22 de la loi allemande contre la restriction de la concurrence, et cela, dans le but de s'appuyer étroitement au texte de la disposition en question.

Il n'est pas possible en effet — cela dit, eu égard à l'élément essentiel que constitue la sécurité juridique — de nier qu'un préjudice des consommateurs au sens de l'article 86, alinéa 2 b), la seule règle applicable en l'espèce, exige des critères considérablement plus précis que la limitation des possibilités de choix des consommateurs du fait de l'élimination d'un concurrent, laquelle *peut* seulement conduire à un préjudice. Le cas d'espèce précisément montre de façon convain-

cante combien il est difficile dans ce domaine de porter des appréciations économiques et combien il est difficile par conséquent de prévoir les conséquences juridiques de la thèse défendue par la Commission. Il ne sert à rien de se référer en l'occurrence à la possibilité d'obtenir une attestation négative, conformément à l'article 2 du règlement n° 17. En effet, abstraction faite de la durée d'une telle procédure, il est bien certain qu'une attestation obtenue dans ces conditions n'entraîne aucune légalisation.

Dans la mesure où, à l'appui de sa thèse, la Commission se réfère aux principes et aux objectifs du traité tels qu'on peut les déduire du préambule ainsi que des articles introductifs sur lesquels il se fonde, nous devons en outre lui objecter ce qui suit. L'accord est unanime sur le fait que les textes auxquels la Commission se réfère sont des règles de principe ou d'interprétation qui n'entrent pas en ligne de compte pour une application directe. C'est ce qui ressort clairement en particulier du texte de l'article 3 ; il est manifeste qu'à plus d'un point de vue cet article suppose l'adoption par les États membres ou le Conseil de dispositions d'exécution ou bien — ce qui résulte des termes « dans les conditions... prévues par le présent traité » — renvoie à des dispositions plus concrètes contenues dans le traité lui-même. Il en est de même de l'article 3 f, qui nous intéresse ici, compte tenu en premier lieu de l'imprécision des termes utilisés. En effet, il est tout aussi difficile de savoir avec précision ce qu'il faut entendre par les termes « fausser la concurrence » qu'il est difficile de déduire du préambule du traité un critère précis concernant la notion de « loyauté dans la concurrence ». Il y a plutôt lieu de se reporter à cet égard aux dispositions plus concrètes des articles 85 et 86 du traité. Nous pouvons déduire de l'article 85 que le traité admet bien une restriction de la concurrence, c'est-à-dire une exception au principe interdisant de fausser la concurrence, lorsque les conditions énumérées au paragraphe 3 sont remplies. Nous pou-

vons en outre déduire de l'article 86 que le traité va jusqu'à accepter l'absence de toute forme de concurrence, c'est-à-dire un monopole parfait. C'est ce que nous pouvons affirmer, étant donné en effet que l'article 86 ne distingue manifestement pas entre les différents degrés de domination du marché et qu'il n'interdit pas, comme le fait la section 2 du « Sherman act », bien connue des rédacteurs du traité, une simple tentative en vue de créer une situation de monopole. De plus, il est significatif qu'à la différence de l'article 66 du traité CECA et de l'article 85, paragraphe 3 b, du traité CEE, l'article 86 ne contient précisément pas de restriction telle : à condition qu'il ne soit pas fait obstacle au maintien d'une « concurrence effective » (article 66 du traité CECA) ou à condition que les entreprises n'aient pas la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause (article 85, paragraphe 3 b, du traité CEE).

Si donc le recours aux articles dans lesquels sont énumérés les principes dont s'inspire le traité ne peut être concluant pour la thèse de la Commission, nous pouvons enfin objecter encore à l'encontre de la pertinence de cette thèse, deux autres considérations qui ne sont pas sans importance. — D'une part il ne faut pas oublier que l'article 86 stipule une interdiction sans exception, c'est-à-dire ne prévoit aucune possibilité de légalisation. Par conséquent, si on appliquait cet article à des cas comme celui de l'espèce, cette interprétation pourrait, selon les circonstances, avoir des conséquences extrêmement fâcheuses du point de vue de la politique industrielle. — D'autre part, l'adoption de la thèse de la Commission, grâce à laquelle elle souhaiterait pouvoir intervenir, tout au moins dans les cas les plus extrêmes de concentration indésirable, pourrait aboutir à détourner l'attention du problème général du contrôle des concentrations. Ce serait, là aussi, un résultat peu souhaitable. La réalisation d'une réglementation saine de la concurrence dans la Communauté exige plutôt, à notre avis,

que soit faite la démonstration que l'article 86 ne se prête pas par principe au contrôle des concentrations et qu'il n'est pas possible de résoudre ce problème essentiel, tout au moins de façon partielle, au moyen d'une application extensive de l'article 86 aux cas dans lesquels c'est seulement une concurrence marginale, sans grande portée, qui disparaît, cas qui, par conséquent, ne sont pas les plus importants du point de vue de la concurrence. S'il est vrai qu'il s'agit là d'une considération de politique juridique sans aucun caractère décisif, il semble toutefois qu'il ne faille pas l'écarter sans plus lors d'une appréciation globale de l'ensemble du problème.

Après toutes les considérations que nous avons faites au sujet de la question essentielle de ce procès, nous retiendrons en conclusion ce qui suit. A notre avis, les arguments que les requérantes déduisent du texte et de l'économie des dispositions du traité concernant la concurrence, tout en se référant aux travaux préparatoires ainsi qu'aux opinions d'auteurs éminents, sont tellement déterminants que la thèse défendue par la Commission à propos de l'interprétation de l'article 86 et de son application au cas où une entreprise renforce sa puissance sur le marché sans l'utiliser de façon déloyale, ne semble plus fondée. Par conséquent, la décision attaquée doit être annulée, motif pris de ce qu'elle ne trouve aucune base juridique dans l'article 86 du traité.

3. Toutefois, comme nous l'avons déjà dit, nous ne terminerons pas notre examen sur cette constatation. Bien plus, nous allons encore examiner si la Commission a raison de prétendre que par l'intermédiaire de Schmalbach, Continental domine une partie substantielle du marché commun. Nous chercherons ensuite à savoir si la Commission a apprécié de façon pertinente les effets qu'a eus sur la concurrence dans le marché commun la fusion de Schmalbach avec Thomassen dans la société « holding » Europemballage. Il est évident — étant donné le résultat auquel nous avons abouti jusqu'à présent — que

nous ne tenterons pas d'être exhaustif dans notre analyse des problèmes quelque peu complexes qui se posent et qui sont d'ordre essentiellement économique. Notre intention est seulement d'attirer votre attention sur certains de ces problèmes et de tenter de les analyser de façon sommaire.

a) Au sujet tout d'abord de la position dominante de Schmalbach.

Dans l'examen de cette question, la Commission part de l'idée qu'il y a position dominante lorsque les entreprises ont une possibilité de comportements indépendants qui les met en mesure d'agir sans tenir notablement compte des concurrents, des acheteurs ou des fournisseurs. Sur ce point, elle se trouve manifestement en accord avec l'opinion dominante ainsi qu'avec les critères légaux (tels qu'ils résultent du paragraphe 22 de la loi allemande contre la restriction de la concurrence et de l'article 66 du traité CECA). Les requérantes sont, elles aussi, d'accord sur ce point avec la Commission. Il importe donc en particulier que la Commission ne se satisfasse pas d'une influence substantielle sur le marché, comme le recommandent certains, en vue d'une application extensive de l'article 86 précisément aux concentrations. Cette position de principe est en fait pertinente, comme le montrent en premier lieu les exemples de pratiques abusives énumérés à l'article 86. Ils ne sont concevables en effet que si l'entreprise dispose d'un pouvoir sur le marché, conformément à la définition que nous avons donnée en commençant.

Dans la décision attaquée, la Commission affirme encore qu'on peut parler de position dominante lorsqu'en raison de leur part de marché ou de leur part de marché en liaison avec la disposition de connaissances techniques, de matières premières ou de capitaux, les entreprises ont la possibilité de déterminer les prix ou de contrôler la production ou la distribution pour une partie significative des produits en cause. A partir de là, elle examine tout d'abord les parts dont dispose Schmalbach en république fédérale

d'Allemagne sur le marché des emballages légers pour conserves de viande et de poisson et des bouchages métalliques pour bocaux en verre, et croit pouvoir tirer la conclusion suivante :

- i) sur le marché des boîtes à conserves pour produits carnés, où la concurrence des produits de substitution est très faible, la part de Schmalbach dans la consommation allemande serait de 70 à 80 % ;
- ii) en outre, sur le marché des boîtes à conserves pour poissons, où la part des bocaux en verre et des emballages en plastique est réduite, la part de Schmalbach dans la consommation allemande serait de 80 à 90 % ;
- iii) enfin, Schmalbach étant la seule licenciée en Allemagne du procédé « White cap », sa part de marché des bouchages métalliques se situerait entre 50 et 55 %.

De plus, la Commission estime qu'il faut tenir compte de ce que Schmalbach fabrique en outre des machines destinées à la production et à l'utilisation des emballages métalliques, que cette entreprise bénéficie d'une avance technologique certaine, grâce à un système de brevets, de know-how et d'échange de renseignements avec d'autres licenciées de Continental et que son programme de production présente une grande dispersion. Enfin, toujours d'après la décision, si on considère l'importance économique du groupe, telle qu'elle ressort d'une comparaison avec le plus grand concurrent allemand et ses possibilités d'accès au marché des capitaux, il n'est pas douteux que Schmalbach possède en Allemagne une position dominante sur le marché en cause.

Toutefois, les requérantes protestent énergiquement contre une telle affirmation. Elles ne sont pas d'accord sur la façon dont ont été calculées les parts de marché en ce qui concerne tant les marchés en cause dans la république fédérale d'Allemagne que la concurrence des produits de substitution ou la base géographique applicable, c'est-à-dire, l'inclusion des importations en république fédérale d'Allemagne. Elles font en outre

valoir la puissance que représente la demande ainsi que la possibilité d'auto-production par l'industrie utilisant des emballages et elles prétendent (sans que cette énumération soit complète) que l'hypothèse d'une position dominante de Schmalbach est également infirmée par le comportement de cette entreprise sur le marché ainsi que par l'évolution de ses bénéfices.

Nous allons donc voir ce qu'il y a lieu de penser de ces arguments.

Si nous commençons par examiner les parts sur le marché allemand telles que les a calculées la Commission, nous constatons rapidement qu'il n'existe aucune difficulté concernant les données du marché pour les boîtes à conserves pour poissons et produits carnés, mais que des difficultés pourraient tout au plus surgir en ce qui concerne les données du marché pour les bouchages métalliques. En effet, sauf erreur de notre part, les requérantes ne contestent pas les parts de marché pour les boîtes à conserves pour poissons. Au sujet de la part de marché des boîtes à conserves pour produits carnés, sans doute, les requérantes font valoir que cette part se réduit à 65 %, si, contrairement à ce que la Commission a fait, on prend en considération une série d'autres producteurs allemands et si on englobe les importations. Toutefois, il est apparu clairement au cours de la procédure que la Commission a effectivement inclus dans ces calculs les autres producteurs allemands visés par les requérantes et qu'elle a également tenu compte des importations. Si celles-ci sont finalement sans effet sur les calculs, c'est simplement parce qu'elles représentent approximativement le volume des exportations, lesquelles devaient, bien entendu, entrer, elles aussi, en ligne de compte (au moyen d'une déduction) pour le calcul de la part de marché. — C'est donc uniquement en ce qui concerne la part de marché des bouchages métalliques qu'il y a lieu de faire encore une observation. Les requérantes estiment que le chiffre exact ne se situe pas entre 50 et 55 %, mais qu'il est seulement de 42 %

parce que les statistiques allemandes ont calculé un chiffre de production globale trop bas par suite d'une erreur de transmission d'une usine de Schmalbach. Or, il n'est pas facile de voir ce qu'il en est exactement. Selon la Commission, l'argumentation des requérantes est peu convaincante : en effet, si on se base sur la part de Schmalbach sur le marché des bouchages métalliques dans son ensemble, laquelle est incontestée, on obtient un pourcentage représentant la part de Schmalbach sur le marché des bouchons-couronnes qui ne semble pas défendable. Toutefois, les requérantes ont persisté dans la thèse contraire, même au cours de la procédure orale. Étant donné que ces chiffres sont contestés, il y aurait donc lieu d'élucider ce point, à moins que l'on ne prétende que les chiffres contestés suffisent de toute façon pour une appréciation, car ils ne reflètent nullement une part importante du marché.

Pour de qui est du calcul des parts de marché, les requérantes estiment encore que le tableau n'est pas exact aussi pour cette raison que la Commission s'est limitée à la République fédérale, et n'a donc pas tenu compte du commerce extérieur et parce qu'elle a laissé de côté la concurrence des produits de substitution. Nous estimons devoir faire à ce sujet les remarques suivantes. — En ce qui concerne les échanges avec l'étranger portant sur les boîtes à conserves pour produits carnés, nous avons déjà indiqué pour quelles raisons ils ne jouent aucun rôle ici. Il en va de même, sauf erreur de notre part, pour le marché des boîtes à conserves pour poissons sur lequel les échanges avec l'étranger sont, semble-t-il, modestes. Ce serait donc tout au plus sur le marché des bouchages métalliques que le commerce extérieur pourrait jouer un rôle. En effet, du point de vue de la livraison, les distances ne jouent pas ici le même rôle que pour les boîtes à conserves pour produits carnés et pour poissons ; en outre, le fait qu'ils sont fabriqués sous licence (pour autant qu'il s'agit de couvercles « White-cap ») semble être, lui aussi, sans importance, étant donné que les différents licenciés

ne sont pas soumis à des restrictions territoriales concernant les livraisons. En conséquence (comme il ressort au demeurant de la décision attaquée elle-même), les livraisons provenant de fabricants français, anglais et autres paraissent représenter un volume sensible. Étant donné de plus qu'elles sont sensiblement plus élevées que les exportations de la République fédérale, il serait donc justifié ici de partir d'un marché géographique des produits en cause autre que celui choisi par la Commission et de fixer éventuellement la part de marché à un chiffre encore plus bas que celui obtenu après la rectification demandée par les requérantes. — Pareillement, les arguments que celles-ci font valoir au sujet de la concurrence faite par les produits de substitution en verre et en plastique sur le marché des boîtes à conserves pour produits carnés et pour poissons ne semblent pas être entièrement dépourvus d'importance. En effet, nous ne pouvons pas nous empêcher de penser que la Commission n'a pas suffisamment pris en considération ce point de vue dans sa décision. En tout cas, les arguments que les requérantes font valoir sur la question des investissements nécessaires pour passer d'un mode d'emballage à un autre, et sur le fait qu'une série d'entreprises utilisant des emballages disposent de machines de remplissage pour toutes les sortes d'emballages, donnent à réfléchir. En outre, il est intéressant de noter ce que la Cour suprême des États-Unis a déclaré au sujet de la concurrence entre les bocaux en verre et les emballages métalliques (et qui a été cité par les requérantes à la page 36 de leur réponse à l'exposé des griefs, sans contestation de la part de la partie adverse). Ce qui nous incite encore à réfléchir, ce sont les arguments que les requérantes (avec faits à l'appui) ont développés à propos de la tendance générale vers une substitution de plus en plus grande et la fabrication d'emballages en plastique par de grandes entreprises. Il n'est pas possible à notre avis d'écarter purement et simplement ces arguments, même s'il est incontestable que toute sorte de facteurs

imposent en certain nombre de limites à la concurrence faite par les produits de substitution. Mais alors, il est concevable que des analyses plus détaillées du marché, qui ne figurent pas dans la décision, conduisent à la conclusion que les chiffres cités en commençant et qui représentent les parts de marché devraient être rectifiés, de sorte que leur valeur affirmative, déjà limitée, se trouverait encore plus réduite.

Les requérantes estiment que l'analyse de la puissance éventuelle d'une entreprise sur le marché doit également tenir compte de ce que la demande des grands acheteurs représente un élément de force et que le risque de les voir passer à l'autoproduction (ce qui d'ailleurs se produit parfois) exerce vis-à-vis des fournisseurs une influence modératrice. Nous ferons remarquer à ce sujet que si les chiffres cités et les explications données à l'appui de cette affirmation méritent assurément une certaine attention, toutefois, ils n'ont finalement qu'une valeur restreinte. En effet, ces arguments ne sont pas valables pour la multitude incontestée de petits acheteurs, auxquels le facteur de puissance que constitue la demande des grands acheteurs ne profite pas nécessairement, étant donné l'absence de transparence sur le marché, et qui, pour des raisons évidentes, ne peuvent pas, sans difficultés, passer à l'autoproduction. C'est pourquoi nous estimons que si une entreprise dispose d'un pouvoir sur le marché, il n'est pas possible, en invoquant les arguments qui viennent d'être développés, de mettre valablement en cause l'existence d'une position dominante : c'est pourquoi nous nous abstenons d'examiner maintenant dans tous leurs détails, lesquels sont en partie contestés, les objections soulevées par les requérantes dans le présent contexte.

Or, si jusqu'à présent, il est apparu que les calculs des parts de marché faits par la Commission ne sont pas sans susciter certaines critiques et si on songe en outre qu'en se basant sur les parts de marché uniquement, il n'est que rarement possible d'arriver à des conclusions convaincantes sur l'existence d'un pouvoir sur

le marché, il est clair que les considérations subsidiaires de la Commission en vue de montrer l'existence d'une position dominante de Schmalbach revêtent encore plus d'importance en l'espèce. Comme vous le savez, la Commission estime que la puissance de Schmalbach sur le marché est due aussi au fait que cette entreprise produit en outre les machines servant à fabriquer et à utiliser les emballages ; elle estime également nécessaire de prendre en considération l'avance technologique du groupe ainsi que l'existence d'accords restrictifs de la concurrence.

Or, il apparaît que les requérantes ont pu soulever des objections sérieuses à l'encontre également de ces considérations. Les objections les plus importantes concernent le point que nous avons mentionné en dernier lieu : les restrictions de la concurrence dues à un système de concessions de licences, d'échanges d'informations sur le marché et de commissions. En fait, compte tenu des objections soulevées par les requérantes, les effets que les facteurs cités ont eus et ont sur le marché n'apparaissent pas clairement. Nous pouvons aussi penser que ces objections ne sont pas pertinentes dans le cadre de la présente procédure, car l'article 85 du traité permet d'agir contre un tel renforcement de la puissance sur le marché. — Quant au problème de l'avance technologique, c'est à juste titre que la question a été soulevée de savoir si la Commission avait motivé son point de vue de façon suffisamment claire. En effet, il conviendrait ici d'examiner en détail l'importance et la portée qu'ont les brevets et les contrats de licence du groupe et comment se présente dans le détail la situation concernant le know-how, qui semble revêtir une importance particulière dans cette industrie. — Enfin, pour ce qui est de la fabrication et de la distribution de machines destinées à la production et au sertissage d'emballages et avant de pouvoir tirer de cet élément des conclusions convaincantes sur le cas d'espèce, il faudrait déterminer la portée des contrats de location de machines à utiliser les

emballages, assortis de clauses sur l'utilisation de matériels d'emballages déterminés et il faudrait examiner d'autre part si, comme le prétendent les requérantes, il est vraiment possible de se procurer ces machines ailleurs. — Par conséquent, également dans le domaine qui vient d'être traité et qui constitue un important secteur complémentaire, nous pouvons penser que la Commission n'a pas poussé les recherches nécessaires jusqu'à un point tel qu'on puisse effectivement porter sur le problème de la puissance sur le marché un jugement parfaitement objectif, sur la base d'informations sûres. Enfin, nous constatons encore que la Commission n'a pas pu prouver l'existence d'un comportement de Schmalbach sur le marché permettant de conclure à une position dominante. Certes, une telle démonstration n'est pas indispensable pour que l'article 86 du traité puisse s'appliquer ; mais à l'égard de faits comme ceux de la présente espèce, elle fournirait de très précieux indices. — Dans la mesure où la Commission a invoqué le fait que les concurrents de Schmalbach se conformaient en général à sa politique des prix, il est apparu au cours de la procédure (et c'est là un point assurément important) que, sans être contredites, les sociétés requérantes ont pu citer des cas dans lesquels le comportement desdits concurrents s'était écarté de celui de Schmalbach. D'autres éléments présentent encore de l'intérêt ici : ce sont ceux qui se sont dégagés à propos des bénéfices de Schmalbach et de leur évolution envisagée sur plusieurs années. Si, en effet, ces éléments, et notamment la comparaison avec les bénéfices réalisés par d'autres producteurs d'emballages et d'autres entreprises industrielles de dimension comparable, n'ont fourni aucun indice d'un comportement dominant sur le marché, il est certain que ce point ne peut manquer d'influencer l'appréciation globale de la situation.

Comme, au surplus, il n'apparaît pas que la Commission ait fait porter son observation du marché sur une longue période

(ce qui semble indispensable lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 86), et comme notamment elle n'a pas cherché à déterminer (en incluant dans son examen les nouveaux accès au marché) dans quel sens évoluait un marché qui paraît soumis à des mutations rapides, la seule conclusion que nous puissions réellement retenir au terme de toutes ces considérations, c'est qu'il est extrêmement douteux que la Commission soit parvenue à démontrer que Schmalbach occupe une position dominante.

b) Comme nous l'avons déjà rappelé, la Commission prétend que l'exploitation abusive de la position dominante réside dans le fait que l'acquisition des actions de Thomassen par Europemballage a éliminé pratiquement toute concurrence sur les marchés en cause. C'est au sujet de ces considérations d'ordre économique faites par la Commission que nous voudrions maintenant faire encore un certain nombre de remarques. La situation se présente en l'occurrence de la façon suivante.

Conformément aux objections soulevées par les requérantes, la première question que nous devons nous poser est de savoir si, avant l'acquisition des actions de Thomassen par Europemballage, la concurrence entre Schmalbach et Thomassen était telle que son élimination permet de parler d'une modification sensible, c'est-à-dire digne d'entrer en ligne de compte, des conditions de la concurrence. Or, étant donné les faits tels que nous les connaissons, une telle affirmation suscite des doutes sérieux. En effet, non seulement les chiffres contenus dans la décision elle-même, mais encore les réponses aux questions posées par la Cour montrent que les échanges dans les deux sens entre les Pays-Bas et la république fédérale d'Allemagne dans les domaines qui nous intéressent ici étaient extrêmement modestes, et cela, notamment, pour ce qui est de la participation à ces échanges, des entreprises en question. A notre avis, cela est en tout cas exact pour les boîtes à conserves pour produits carnés et pour poissons ; c'est seulement en ce qui concerne les boucha-

ges métalliques, c'est-à-dire dans un domaine où la part de marché de Schmalbach n'autorise guère à parler d'une position dominante, que les échanges au-delà des frontières ont atteint une certaine importance.

Or, si en présence de telles constatations de fait, la Commission pense que c'est en réalité à des accords restrictifs de la concurrence qu'est dû le caractère modeste des échanges, nous devons lui objecter que les quelques indices qu'elle invoque (à partir desquels elle ne tire au demeurant qu'une présomption) ne suffisent pas à donner une idée exacte de ce point essentiel. — D'autre part, après tous les arguments qui ont été développés, nous ne pouvons pas négliger sans plus l'explication selon laquelle le volume modeste des échanges serait dû aux spécifications différentes (caractéristiques spécifiques des produits : dimensions, forme, poids, matériel utilisé) propres aux fabricants de boîtes à conserves dans les différents pays. C'est ainsi, comme l'ont déclaré les requérantes, que le marché allemand de boîtes à conserves pour produits carnés est davantage concentré sur les boîtes pour conserves de saucisses et que le marché néerlandais se concentre davantage sur les boîtes pour conserves de jambon, spécialement destinées à l'exportation et qui doivent répondre à des critères et à des dimensions spécifiques. En outre, il peut être également intéressant de noter que le marché néerlandais de boîtes à conserves pour poissons n'est qu'un marché peu important qui a tendance à se rétrécir et, comme tel, n'incite pas, bien entendu, les concurrents étrangers à y pénétrer. Des analyses plus approfondies — nous pouvons certes l'affirmer — auraient pu tout au moins apporter plus de clarté sur ce point. Non seulement, elles auraient montré l'incidence de la concentration litigieuse sur la concurrence effective, mais encore elles auraient en même temps donné un tableau exact de la concurrence *potentielle* entre Schmalbach et Thomassen, sur laquelle, en fin de compte, la Commission met principalement l'accent.

Au sujet de la concurrence potentielle, nous dirons encore au demeurant, après ce qui a été exposé par les requérantes, que la question de savoir si elle aurait pu se réaliser de la façon indiquée par la Commission, c'est-à-dire au moyen de ventes par l'intermédiaire des sociétés auxquelles participent respectivement Thomassen et Schmalbach et qui ont leur siège sur le territoire du concurrent potentiel, n'a pas été complètement élucidée. Nous pouvons en effet objecter que les entreprises en question ne peuvent être considérées comme dominées par Schmalbach et Thomassen. En outre, le programme de production de ces entreprises peut influencer sur leur plus ou moins grande disposition à effectuer des ventes pour Schmalbach et Thomassen. Il ne fait pas de doute qu'un trop grand parallélisme dans la production peut ici sans aucun doute constituer un obstacle aussi grand qu'une production trop diversifiée.

Enfin, et sur ce point il faut donner également raison aux requérantes — s'il importe d'accorder une importance décisive à la concurrence potentielle, l'analyse aurait dû être plus étendue en ce qui concerne ce domaine, certes, complexe, du même qu'il eût été nécessaire d'examiner comment, à partir de la concurrence qui, de toute façon, existe encore et compte tenu des tendances discernables (tendance des importations ou nouveaux accès au marché), le marché est censé évoluer à l'avenir dans le domaine qui nous intéresse ici. A ce sujet, nous avons appris que des quantités considérables de bouchages métalliques avaient été livrées sur le marché des produits en cause en provenance de France et d'Angleterre et qu'il y aurait également eu des livraisons de boîtes à conserves pour produits carnés et poissons en provenance de France et, dans une certaine mesure même, en provenance du Danemark. Un examen exhaustif des problèmes auxquels se trouvait confrontée la Commission aurait certes exigé que celle-ci tienne compte de ces éléments et examine dans quel sens on pouvait raisonnablement prévoir qu'évoluerait la

concurrence encore existante, même après la fusion de Thomassen avec Schmalbach, au fur et à mesure que se réaliserait et s'étendrait le marché commun.

Par conséquent, également en ce qui concerne le problème de la modification des conditions de la concurrence, nous devons constater que les affirmations de la Commission ne sont pas démontrées de façon incontestable et que, sur ce point également de la discussion économique, il n'est guère possible d'affirmer que la décision de la Commission s'appuie sur une base certaine et inattaquable.

4. Deux autres griefs soulevés par les requérantes, au sujet desquels nous voudrions maintenant nous limiter à quelques brèves remarques, concernent uniquement la position juridique de Continental Can.

Les requérantes font valoir d'une part que l'acquisition litigieuse des actions a été effectuée par Europemballage, une filiale de Continental Can, ayant une personnalité juridique propre. Or, dans ce cas, il est douteux que le comportement de la filiale puisse être imputé sans plus à la société mère, c'est-à-dire que le groupe Continental Can puisse être considéré comme une unité. D'autre part, les requérantes font valoir que Continental Can Company n'exerce aucune activité industrielle ou commerciale dans le marché commun et que, pour cette raison, conformément à la pratique internationale, elle échappe à la compétence des instances communautaires.

Sans nous attarder longuement sur ce point, nous estimons cependant pouvoir démontrer que ces critiques ne sont pas pertinentes.

a) En effet, en ce qui concerne le premier point, il n'est pas nécessaire d'invoquer les droits nationaux (y compris le droit américain) pour montrer dans quelle mesure on peut considérer les entreprises dominantes comme responsables de leurs filiales et dans quelle mesure il importe, précisément en droit de la concurrence, de considérer comme une unité économique l'ensemble consti-

tué par la société mère et sa filiale. Nous pouvons renvoyer ici notamment à votre jurisprudence, par exemple, à l'arrêt que vous avez rendu dans l'affaire 22-71, mais aussi aux arrêts rendus dans les affaires des colorants concernant des entreprises de pays tiers. Ces arrêts révèlent en fait la même tendance. C'est cette même tendance qu'il convient de suivre ici également, c'est-à-dire que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, il faut admettre qu'Europemballage n'a pas fait preuve d'un comportement autonome et qu'elle ne possédait à l'époque litigieuse aucune indépendance économique : c'est en effet ce qui ressort, à notre avis, du seul fait que les fonds pour l'acquisition des parts de Thomassen ont été mis à la disposition d'Europemballage par Continental et qu'à l'époque à laquelle Continental a poussé Europemballage à faire une offre d'achat, cette dernière société n'était pas encore complètement organisée. C'est donc à juste titre que la Commission a refusé de tenir compte d'une autonomie juridique d'Europemballage.

b) De plus, votre jurisprudence permet également de résoudre clairement le problème soulevé par les requérantes au sujet de la compétence juridictionnelle. Aux termes de cette jurisprudence, en effet, il suffit, pour que les autorités communautaires puissent intervenir sur la base du droit communautaire de la concurrence, qu'un certain comportement se soit manifesté dans le marché commun (affaire 52-69, Recueil, 1972, p. 787), que les effets de mesures que les entreprises ont prises dans les pays tiers se montrent dans le marché commun (affaire 22-71, Recueil, 1971, p. 949). Or, étant donné que les éléments retenus par la Commission sont l'acquisition des parts de Thomassen dans le marché commun et la modification des conditions de la concurrence qui en est résultée dans le cadre communautaire, il n'est pas possible de nier dans ces conditions que la Commission est habilitée à intervenir également à l'égard d'une entreprise américaine qui a été à l'origine de ces modifications.

5. Enfin, il reste encore toute une série de griefs concernant les formes et la procédure, au sujet desquels nous ne ferons pareillement que de brèves remarques.

a) Parmi ces griefs, deux peuvent en tout cas être écartés sans difficultés ; il s'agit du grief selon lequel la procédure n'aurait pas porté l'intitulé exact, dans le JO du 8 janvier 1972, et du grief selon lequel la décision en question aurait dû être notifiée à Continental par la voie diplomatique.

Il est manifeste que ces griefs ne sont pas pertinents, parce qu'ils visent des actes postérieurs à l'adoption de la décision, qui ne peuvent avoir aucun effet sur la validité de celle-ci.

b) Nous pourrions être tout aussi bref au sujet du grief concernant l'insuffisance des motifs par lequel les requérantes reprochent à la Commission de ne pas avoir motivé sa position juridique au sujet de l'article 86 et de ne pas avoir réagi en fait à l'argumentation qu'elles avaient fait valoir en réponse à l'exposé des griefs, mais de s'être limitée pour l'essentiel à répéter dans la décision les termes de l'exposé des griefs.

Il est tout à fait évident que la décision diffère sensiblement de l'exposé des griefs, ce qui montre que la Commission a tenu compte des arguments développés par les requérantes. — De même, la décision, bien que ne contenant pas d'exposé dogmatique, laisse néanmoins clairement apparaître la conception juridique sur laquelle s'est fondée la Commission pour apprécier le cas d'espèce au regard de l'article 86 du traité. — Etant donné en fin de compte que, selon votre jurisprudence, il est également bien établi que, lorsqu'elle motive sa décision, la Commission ne doit pas nécessairement rejeter des conceptions juridiques divergentes (voir affaires 56 et 58-64, Recueil, 1966, p. 433), nous pouvons donc conclure en résumé qu'en réalité, le grief de défaut de motif n'est pas pertinent.

c) Au sujet du grief selon lequel, lorsqu'elle a adopté sa décision, la Commission aurait en outre violé les dispositions concernant le choix de la langue à

employer (voir l'art. 3 du règlement n° 1 du 15. 4. 1958 (JO n° 17 du 6 octobre 1958), nous dirons que précisément cette disposition oblige à déduire que la Commission est libre de choisir la langue qu'elle désire lorsqu'elle adresse une décision à une entreprise ayant son siège dans un pays tiers. Étant donné en outre que la requérante n° 1 a un bureau à Bruxelles et que les observations concernant l'exposé des griefs de la Commission ont été rédigées en partie en langue française, il n'est certes pas possible de critiquer le fait que la décision ait été rédigée en français.

d) Il ne nous reste donc plus à examiner qu'un certain nombre de griefs qui concernent la procédure selon laquelle les requérantes ont été entendues avant l'adoption de la décision : plus exactement, il nous reste à examiner si l'exposé des griefs était suffisamment détaillé, si l'audition a eu lieu d'une manière correcte et si Continental Can y a été associée comme elle le devait.

A ce sujet, nous pensons pouvoir nous résumer de la façon suivante :

aa) Selon votre jurisprudence, il est bien établi que l'exposé des griefs qui doit être communiqué aux entreprises dans le cadre d'une procédure en matière d'ententes ne doit contenir que les faits essentiels sous une forme condensée (affaire 41-69, Recueil, 1970, p. 661, 687). Ce critère semblerait devoir être rempli en l'espèce — ce qui ressort de la lecture de l'exposé des griefs — et cela, même si l'exposé des griefs ne cite pas toutes les données économiques (tel que le programme de production de Schmalbach) et même s'il n'explique pas non plus en détail la conception juridique de la Commission au sujet de l'article 86.

bb) Les requérantes font en outre valoir qu'au cours de l'audition, les

représentants de la Commission et des autres instances n'ont posé aucune sorte de question ; mais il faut songer que l'audition prévue à l'article 7 du règlement 99 est destinée à compléter et à expliciter les arguments développés par écrit et qu'elle peut donc avoir lieu sous une forme condensée, lorsque l'exposé écrit a été très détaillé. Or, étant donné que tel a été le cas en l'espèce, il est compréhensible que l'on ait renoncé à poser d'autres questions au cours de l'audition. Aucun reproche ne peut donc être fait à cet égard à la Commission.

cc) Enfin, sur la question de savoir si Continental Can Company a été suffisamment mise en mesure de présenter ses observations au cours de la procédure administrative, la Commission a pu prouver que des lettres avaient été constamment adressées également à cette société au cours de la procédure administrative. Nous renvoyons à ce propos à l'exposé détaillé contenu dans le mémoire en défense. Étant donné au demeurant que dans une lettre adressée le 14 mai 1970 par le mandataire ad litem actuel des requérantes au membre de la Commission qui était chargé à l'époque des problèmes de la concurrence, nous lisons : la Commission doit adresser ses questions au sujet de l'acquisition d'actions de Thomassen, non pas à Continental, mais à Europemballage et étant donné que le vice-président de Continental a également participé à l'audition, nous pouvons admettre, non seulement que Continental a eu, elle aussi, parfaitement connaissance de l'exposé des griefs, mais encore qu'elle a été de façon générale suffisamment en mesure de présenter ses observations. Par conséquent, les griefs qui viennent d'être examinés ne peuvent pas être invoqués à l'appui du bien-fondé du recours.

6. Après tout ce qui précède, vous nous permettrez donc de résumer comme suit nos conclusions.

Étant donné notre position sur la question essentielle de l'application de l'article 86 à des cas tels que celui de l'espèce, mais aussi parce que les consi-

dérations économiques que la Commission a faites au sujet des problèmes concernant la position dominante et la modification des conditions de concurrence ne nous semblent pas entièrement pertinentes, il y a lieu de déclarer comme fondé le recours intenté par Europemballage et Continental. Par conséquent, la décision adoptée par la Commission le 9 décembre 1971 doit être annulée. En outre, la Commission devra supporter les dépens, conformément aux conclusions présentées par les requérantes.