III — Sur l'exploitation abusive de la position dominante 3512

1. Sur le système de ristournes en général 3512

a) Sur le fonctionnement du système de ristournes 3513

b) Sur l'application de l'article 86 à un système de ristournes d'objectifs . . . 3514

c) Sur la création d'un lien de dépendance pour les revendeurs à l'égard de NBIM 3516

d) Sur la discrimination de certains revendeurs 3519

2. Sur la ristourne supplémentaire en 1977 3520

IV — Sur l'affectation du commerce entre les États membres 3522

V — Sur la fixation de l'amende 3523

VI — Sur les dépens 3525

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. PIETER VERLOREN VAN THEMAAT, PRÉSENTÉES LE 21 JUIN 1983 [1]

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Introduction

1.1. Toutes les données importantes pour trancher dans l'affaire 322/81 ont été exposées clairement dans le rapport d'audience. C'est pourquoi, dans l'introduction de nos conclusions, nous pouvons nous contenter de rappeler certains points essentiels en renvoyant au rapport pour les points de détails qui sont nombreux et complexes.

Le recours que NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin (NBIM), soutenu par la République française, a formé, a pour objet une demande en annulation d'une décision de la Commission du 7 octobre 1981. En son article premier, la décision constate que pendant la période comprise entre 1975 et 1980, sur le marché des pneus neufs de remplacement pour camions, autobus, etc., NBIM a enfreint les dispositions de l'article 86 du traité CEE

a) en liant à elle les revendeurs de pneus aux Pays-Bas au moyen de l'octroi sur une base individuelle de ristournes sélectives dépendant d'«objectifs» de vente et de pourcentages de ristourne non clairement confirmés par écrit et en appliquant à leur égard des conditions inégales pour des prestations équivalentes, et

b) en accordant en 1977 une ristourne extraordinaire sur les achats de pneus pour camions, autobus, etc., et de pneus pour voitures de tourisme dépendant de la réalisation d'un «objectif» en matière d'achat de pneus pour voitures de tourisme.

Par l'effet de son article 2, la décision inflige à NBIM une amende de 680 000 Écus ou 1 833 184,80 florins.

1 — Traduit du néerlandais.

Les moyens qui ont été invoqués à l'appui du recours en annulation concernent les faits, d'une part, et l'appréciation juridique de ceux-ci, d'autre part. Nous examinerons les moyens présentés selon l'ordre adopté dans le rapport d'audience, c'est-à-dire en examinant *d'abord* les moyens relatifs au marché en cause, *puis* les moyens relatifs à l'existence d'une position dominante «sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci», en *troisième* lieu les moyens concernant les deux abus de position dominante constatés, en *quatrième* lieu l'incidence des comportements reprochés sur le commerce entre États membres, en *cinquième* lieu la violation alléguée des droits de la défense et en *sixième* lieu le prononcé de l'amende contesté.

1.2. Remarques générales

Avant d'examiner séparément les moyens énumérés, il nous semble toutefois utile de faire observer que l'analyse distincte de chacun de ceux-ci ne doit pas faire oublier le lien qui existe entre les différents éléments de prohibition de l'article 86 du traité CEE. Il ne faudra pas perdre de vue non plus quelle est la nature de ce lien.

En l'espèce, le lien mentionné revêt tout d'abord une importance certaine au regard du rapport qui existe entre la nature de l'abus allégué et la preuve de l'existence d'une position dominante. Comme il ressort des points 35, dernière phrase, et 48, deuxième alinéa, de la décision attaquée, la Commission a considéré que la preuve de l'existence d'une position dominante découlait aussi du fait que l'entreprise concernée avait adopté un comportement qu'une entreprise sans position dominante ne pourrait pas se permettre. En principe, nous estimons qu'une telle argumentation est effectivement admissible et que parfois elle se révèle aussi utile en pratique. C'est ainsi par exemple que l'élimination des concurrents qu'une entreprise réalise en menant une concurrence agressive au niveau des prix et en vendant à perte, peut contribuer à prouver, dans certaines circonstances, que cette entreprise a une position dominante (en l'espèce, du point de vue financier). Nous reviendrons sur la question de savoir si le lien en question revêt aussi une importance en l'espèce.

En deuxième lieu, il importe aussi de constater en l'espèce que selon le texte de l'article 86 l'exploitation abusive d'une position dominante prohibée peut très bien se rapporter à un marché de produits sur lequel l'entreprise concernée n'a précisément *pas* de position dominante. C'est ce qui découle notamment de l'interdiction des «ventes jumelées» à l'article 86, lettre (d). Cette constatation revêt une certaine importance en l'espèce parce que les abus allégués concernent pour partie les pneumatiques légers (destinés aux voitures de tourisme et aux camionnettes) pour lesquels la Commission n'a pas constaté que NBIM avait une position dominante. Enfin, pour trancher les longues discussions entre les parties sur le «marché des produits en cause» en l'espèce, il importe de ne pas oublier que l'article 86 exige bien de constater quel est le marché en cause du point de vue géographique mais non pas de constater quel est le marché des produits en cause pour statuer. En conséquence, il semble important de faire quelques remarques générales sur la valeur relative de cette notion au regard de l'application de l'article 86.

Délimité en fonction des produits, le «marché en cause» est une notion qui s'est développée en particulier dans la jurisprudence américaine en matière de

concurrence comme instrument de raisonnement, et cela non pas tant en liaison avec la notion de «position dominante», qu'en liaison avec l'article 2 du Sherman-Act et l'article 7 du Clayton-Act qui interdisent respectivement la monopolisation d'une partie du commerce ou les tentatives à cet effet et (les fusions entraînant) des diminutions substantielles de la concurrence ou des risques d'apparition de monopoles «dans n'importe quel secteur du commerce dans toute partie du pays». En raison de la nature du danger qu'il importe de combattre, il est effectivement essentiel, pour constater l'existence d'un risque de monopolisation, de déterminer quel est le marché des produits considéré. Le marché en cause déterminé du point de vue des produits devient alors certes un élément du comportement contesté de l'entreprise. Dans le cadre de l'application de l'article 86 aux fusions, la notion devra remplir une fonction analogue puisqu'elle devra permettre de constater l'existence d'un danger de monopolisation. A cet égard, nous renvoyons à l'arrêt de la Cour dans l'affaire Continental Can (affaire 6/72, Recueil 1973, p. 215).

Dans le traité CEE, seul l'article 85, paragraphe 3, lettre b), qui vise également l'éventualité d'une élimination du jeu de la concurrence «pour une partie substantielle des produits en cause», impose expressément de constater quel est le marché en cause du point de vue des produits. Dans ce contexte, l'exigence ainsi posée ne concerne donc pas non plus le point de savoir si les entreprises intéressées occupent ou non une position dominante, mais celui de savoir si elles ont ou non un comportement de monopolisation sur le marché.

En revanche, l'application de l'article 86 du traité CEE n'impose pas de façon explicite de constater quel est le marché en cause du point de vue des produits. Comme nous l'avons mentionné, il est cependant possible que cette constatation s'impose, de façon *implicite,* de par la nature de l'abus reproché, notamment lorsqu'il existe un risque de monopolisation. La notion est alors un élément de celle d'«exploitation abusive». Par ailleurs, la notion *peut* être un instrument de travail utile, permettant de constater l'existence d'une position dominante d'une ou de plusieurs entreprises. Néanmoins, dans cette fonction, elle n'a pas le caractère d'un élément de prohibition autonome qu'il convient d'établir dans tous les cas d'application de l'article 86. Il découle plutôt de la description de la notion de «position dominante» dans la jurisprudence de la Cour que nous allons citer immédiatement, qu'en principe l'existence d'une position dominante peut également être prouvée par d'autres moyens que par la délimitation d'un marché en cause du point de vue des produits. Une analyse de droit comparé montre aussi que la notion de «marché en cause déterminé par les produits» ne joue un rôle important que dans quelques législation analogues en matière de concurrence et, même alors, comme nous l'avons déjà dit, elle n'importe pas toujours pour constater l'*existence* d'une position dominante.

Comme l'article 86 n'interdit pas qu'une entreprise détienne une position dominante en tant que telle mais uniquement qu'elle en fasse une exploitation abusive, la notion de «marché en cause déterminé en fonction des produits» est indirectement aussi subordonnée à l'abus reproché. Le lien qui existe entre les deux éléments apparaît justement dans les définitions générales que la Cour de justice a données dans l'arrêt Hoffmann-La Roche (affaire 85/76, Recueil 1979, p. 461) des notions de «position dominante» (trente-huitième attendu, dernier alinéa) et d'«exploitation abusive» (91e attendu, dernier alinéa). On pourrait même déduire du lien étroit qui existe entre les deux définitions que, selon la Cour de justice, constitue une position dominante la faculté de commettre l'abus reproché dans un cas concret. Pour de nombreux types d'exploitation abusive, cela signifie qu'il suffira de prouver qu'il existe une position dominante pour un

ou plusieurs produits que les clients de l'entreprise intéressée, qui exercent leur activité à titre professionnel et qui ont subi un préjudice du fait de l'exploitation abusive, considèrent, à tort ou à raison, comme indispensables pour l'exercice de leur activité professionnelle. Lorsqu'en l'espèce, par exemple, les revendeurs de pneumatiques considèrent que les pneus lourds neufs destinés aux camions de Michelin ou même seulement certains types de ceux-ci sont indispensables dans leur assortiment, il n'importe pas de savoir, pour apprécier le système de ristournes contesté, si Michelin bénéficie également d'une position dominante pour les pneus rechapés ou pour les pneus légers destinés aux voitures de tourisme et aux camionnettes. Dès lors que les pneumatique lourds neufs destinés aux camions de Michelin sont indispensables pour les revendeurs, une position dominante de Michelin eu égard aux pneus lourds permet à l'entreprise en question «de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale ... sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché», pour reprendre la formule de l'exploitation abusive figurant au 91e attendu de l'arrêt Hoffmann-La Roche. Dans cette mesure, il n'est donc pas non plus déterminant, pour trancher en l'espèce, qu'à l'audience il ait été établi de façon définitive que le système de ristournes reproché ne s'appliquait pas exclusivement aux pneus lourds pour camions mais simultanément aux pneus pour camionnettes (pour lesquels la Commission n'avait pas constaté que Michelin jouissait d'une position dominante) et qu'à cet égard la Commission avait commis une erreur grave lors de l'établissement des faits.

2. Le marché en cause

2.1: Le marché des produits

Dans la présente procédure, NBIM reproche en premier lieu à la Commission de raisonner sur la base d'une notion de marché factice, arbitraire. Il lui est reproché, d'une part, d'avoir rassemblé dans le marché du produit considéré comme marché en cause des dimensions et des types de pneumatiques qui ne sont en rien interchangeables les uns avec les autres et, d'autre part, d'avoir précisément exclu les pneus rechapés bien que ceux-ci entrent en concurrence avec les pneus neufs de même type. En outre, selon la requérante, il serait d'ailleurs illogique d'opérer une distinction entre le marché des pneumatiques pour camions, autobus, etc., et le marché des pneumatiques en général. Enfin, la requérante estime que la motivation de la Commission contient des contradictions internes parce qu'elle se place tantôt du point de vue du consommateur, tantôt du point de vue du détaillant.

Nous n'estimons pas que ces arguments sont susceptibles de mettre en cause l'efficacité du raisonnement de la Commission. A cet égard, nous partons du point de vue que, comme nous l'avons dit antérieurement, la notion de «marché du produit en cause» peut certes constituer un élément utile en pratique pour rapporter les preuves nécessaires. Néanmoins, comme nous l'avons dit, il ne s'agit pas ici d'un élément de prohibition qui doit faire l'objet d'une preuve séparée mais d'une notion fonctionnelle dont le contenu dépend de ce qui est nécessaire pour constater, dans un cas concret, l'existence d'une position dominante que l'opérateur concerné exploite abusivement.

Selon le point 31 de la décision entreprise, la Commission estime que la distinction opérée entre les pneus lourds et les pneus légers (pour le remplacement des pneus d'origine) est justifiée par trois facteurs: les caractéristiques techniques, l'usage auquel ils sont destinés et les prix. La requérante n'a pas contesté les

facteurs énumérés, ou ne l'a fait que dans une faible mesure. L'argument selon lequel les camionnettes notamment sont aussi utilisées à des fins professionnelles est exact en soi, mais il n'est pas déterminant au regard de la différenciation opérée. Ce qui importe, c'est que les variations de la demande et de l'offre de pneus légers, dues aux trois facteurs mentionnés, n'ont aucune ou presque aucune incidence sur l'offre et la demande de pneus lourds. Il est vrai que la requérante a aussi montré qu'aux yeux des consommateurs — et pour des motifs techniques de production, également aux yeux des producteurs — tous les types de pneus lourds ne sont pas non plus interchangeables entre eux; cet argument ne peut cependant pas non plus servir les intérêts de la requérante. Tout au plus peut-on en déduire, en premier lieu, que NBIM n'a pas une part de marché de 57 à 65 % pour *tous* les pneus faisant partie du marché des pneus lourds; mais ils s'ensuit alors logiquement qu'elle a une part de marché encore plus importante pour une partie substantielle de ces produits. En deuxième lieu, une étude de droit comparé a montré qu'une distinction opérée sur la base de différentes dimensions et de différents types de produits destinés à un seul et même groupe de consommateurs (en l'espèce, les transporteurs à titre professionnel) a été rejetée dans la pratique du droit. Du point de vue de la production, c'est à bon droit que la Commission ne considère pas comme déterminant le caractère interchangeable, mais la complémentarité technique des différents produits. En troisième lieu, c'est la position sur le marché des revendeurs qui est déterminante comme la Commission l'a remarqué à bon droit dans la dernière phrase du point 31 et dans le point 33 de sa décision. Il n'est pas contesté qu'à cet égard, lors de la constatation des objectifs de vente, NBIM ne fait elle-même aucune distinction entre les différentes dimensions et les différents types de pneus lourds.

La lecture combinée du point 32 et des points 5 et 6 de la décision montre que la distinction que la décision de la Commission fait entre le marché des pneus neufs et celui des pneus rechapés ou rénovés n'a aucun lien avec la commercialisation. Sur le marché des pneus rénovés, le revendeur se trouve dans une position spécifique *parce que* ce marché est séparé de celui des pneus neufs. Selon les points cités de la décision, la distinction opérée par la Commission est en premier lieu fondée sur trois arguments:

1) le fait que à tort ou à raison, les consommateurs estiment le plus souvent que la sécurité offerte n'est pas la même, ce que NBIM ne conteste pas en soi; elle a seulement fait valoir que l'opinion des consommateurs est fondée sur une erreur, mais cela n'importe pas pour apprécier la réalité du marché;

2) une différence de prix que, compte tenu de la valeur résiduelle d'un pneu neuf usé et du prix par kilomètre parcouru, la Commission a évalué à 40 % et NBIM à 15 % lors de l'audience;

3) l'existence d'un circuit commercial distinct pour les pneus rénovés; à cet égard il importe surtout que le plus souvent, les consommateurs font rénover la bande de roulement de leurs propres carcasses de pneus (selon NBIM cette opération se fait aussi par l'intermédiaire des revendeurs et selon la Commission elle se fait directement par des entreprises spécialisées dans le rechapage des pneus); NBIM ne conteste que l'importance du phénomène.

En outre, c'est à bon droit que le point 32 de la décision mentionne que le marché des pneus rénovés ne constitue

qu'un marché accessoire et que, par définition, il ne peut jamais remplacer complètement le marché des pneus neufs. Il est vrai qu'une utilisation croissante de pneus rénovés entraînera comme conséquence une baisse de la demande de pneus neufs mais la pénurie alors croissante de pneus usagés pouvant être rechapés limitera inévitablement la possibilité de substitution. En conséquence, la concurrence entre des pneus en tant que produits interchangeables est en tout cas liée à des limites de quantité et on peut soutenir aussi avec la Commission que, comme dans l'affaire Hugin (affaire 22/78, Recueil 1979, p. 1869, 6e attendu), il s'agit en définitive essentiellement d'un marché de prestation de services et non de la vente d'une marchandise, de sorte qu'à ce titre il s'agit aussi d'un autre marché.

Enfin, il nous semble que le reproche également formulé selon lequel l'argumentation de la Commission serait contradictoire en elle-même ne peut pas non plus aboutir. Le grief formulé vise le fait que la Commission se place tantôt du point de vue du consommateur, tantôt du point de vue du revendeur. Nous avons déjà observé que l'argumentation de la Commission eu égard aux pneus rénovés ne concerne aucunement le stade de la commercialisation de ces pneus, quoiqu'il en découle certainement des conséquences pour le commerce des pneus au niveau des revendeurs. C'est pourquoi cette argumentation présente aussi un intérêt, de façon indirecte, pour l'analyse spécifique du secteur de la revente. En ce qui concerne le commerce de pneus neufs de remplacement, le raisonnement de la Commission vise certes le secteur de la revente, comme la dernière phrase du point 31 de la décision le montre. Nous avons déjà observé antérieurement qu'en liaison avec l'abus reproché à l'entreprise concernée, c'est d'ailleurs opportun. Entre-temps, les revendeurs constituent un intermédiaire entre les producteurs et les consommateurs (qui, en définitive, déterminent la demande de pneus neufs). En conséquence, il n'est pas illogique ou contradictoire en soi que dans son analyse du marché en cause au niveau des revendeurs, la Commission ait examiné également les caractéristiques du marché auquel les revendeurs doivent faire face.

2.2. Le marché géographique

Bien que l'article 86 impose expressément de constater quel est le marché géographique en cause, cette notion est également une notion fonctionnelle. En d'autres termes, il n'est pas possible de constater in abstracto pour une entreprise, sans tenir compte du cas concret à examiner, quel est *le* marché géographique en cause pour déterminer s'il existe ou non une position dominante. Une entreprise peut très bien exercer ses activités sur le marché mondial sans y jouir d'une position dominante et simultanément bénéficier d'une position dominante à l'intérieur du marché commun ou sur le marché national d'un ou de plusieurs États membres. On peut également imaginer le cas d'une entreprise abusant de sa position dominante sur le marché intérieur en y facturant des prix exagérés pour financer une concurrence par les prix ruineuse, destinée à renforcer sa position sur un autre marché national. Ici également, on peut donc dire que l'abus ne doit pas nécessairement être consommé sur le même marché géographique que celui sur lequel l'entreprise concernée jouit d'une position dominante. C'est pourquoi, constater quel est le marché géographique en cause est une opération qui dépend à son tour de la nature de l'abus reproché.

En l'espèce, c'est sur le marché néerlandais que l'entreprise concernée est accusée d'exploiter abusivement sa position dominante et ce n'est pas au groupe Michelin dans son ensemble qu'il en est fait grief mais à NBIM dont on considère qu'elle jouit d'une position dominante aux Pays-Bas. En outre, il est établi que NBIM exerce principalement ses activités sur le marché néerlandais. En conséquence, il est conforme à la fonction de la notion utilisée qu'au point 34 de la décision, la Commission considère que le marché néerlandais constitue le marché géographique en cause et, à cet égard, c'est à bon droit que, se fondant sur la jurisprudence de la Cour, elle considère que le marché néerlandais constitue une partie substantielle du marché communautaire. L'argumentation que la Commission a développée sur ce point relève d'ailleurs également de la fonction de la notion dans le sens mentionné: «NBIM, pour ce qui est des faits incriminés, n'exerce ses activités que sur ce territoire, et les faits susmentionnés s'y sont produits» (point 34 de la décision).

Pour sa défense, NBIM fait valoir que la Commission se fonde sur un certain nombre de données qui dépassent complètement le cadre de NBIM et qui concernent Michelin dans son ensemble. En outre, les fabricants avec lesquels Michelin entre en concurrence aux Pays-Bas seraient des entreprises travaillant à l'échelle mondiale.

Selon nous, c'est à bon droit que la Commission a fait remarquer que cette critique concerne moins la définition du marché que la détermination de la position dominante. C'est aussi à bon droit selon nous qu'elle a attiré l'attention sur le fait — sans que NBIM le conteste — qu'en dehors des Pays-Bas, les vendeurs de pneus néerlandais ne disposent pas de possibilités d'approvisionnement suffisamment sûres et permanentes en pneus Michelin (point 34 de la décision) et sur le fait que la concurrence exercée par les fabricants étrangers aux Pays-Bas émane aussi de leurs filiales sur le territoire national alors qu'en pratique, les revendeurs ne peuvent ici pas non plus faire appel aux sources d'approvisionnement établies à l'étranger (défense de la Commission). Nous ajoutons encore à cela que, même si les revendeurs avaient la possibilité de s'approvisionner directement à l'étranger, cela n'exclurait pas nécessairement que NBIM jouisse d'une position dominante sur le marché néerlandais. Comme il a été dit, le marché géographique en cause n'est pas une notion autonome mais elle est liée à la position dominante qu'il convient d'établir et, à cet égard, c'est une notion fonctionnelle. Au vu du problème concret qui se pose, la Commission est libre de considérer comme marché en cause, le marché géographique le plus fonctionnel pour analyser le cas d'espèce et surtout pour établir la position dominante dont elle soutient l'existence.

2.3. Résumé

En résumé, nous estimons que la critique formulée par la requérante à l'égard de la définition du marché en cause du point de vue des produits et du point de vue géographique dans la décision ne peut pas aboutir.

3. La position dominante

Nous pouvons être bref en ce qui concerne l'existence de la position dominante, contestée par la requérante. NBIM ne conteste pas qu'au cours des années 1975 à 1980, elle bénéficiait d'une part de marché de 57 à 65 % pour les pneus Michelin neufs destinés aux camions et aux autobus sur le marché néerlandais que nous considérons également comme marché en cause à cet égard (point 35 de la décision). Selon les arrêts de la Cour dans les affaires Hoffmann-La Roche (déjà citées) et United Brands (affaire 27/76, Recueil 1978,

p. 207), une telle part de marché doit certainement être considérée comme un indice suffisant pour l'existence d'une position dominante dès lors qu'il existe simultanément une différence sensible par rapport aux parts de marché des concurrents les plus importants. C'est également le cas en l'espèce. Selon les données figurant au point 35 de la décision, que NBIM n'a pas contestées, les parts de marché des cinq marques concurrentes les plus importantes n'étaient que de 4 à 8 % environ. Comme la décision poursuit à bon droit, cela implique qu'un revendeur qui n'offre pas de pneus Michelin à la vente subit une perte de prestige commercial et que son existence peut être mise en péril. Selon la formulation du 39e attendu de l'arrêt Hoffmann-La Roche, une telle position dominante «n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence mais met la firme qui en bénéficie en mesure, si non de décider, tout au moins d'influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera et, en tout cas, de se comporter dans une large mesure sans devoir en tenir compte ...» De plus, NBIM ne conteste pas en substance disposer comme Hoffmann-La Roche «d'un réseau commercial très étendu et spécialisé» (42e attendu de l'arrêt cité et point 36 de la décision entreprise). Ce qui importe en l'espèce c'est le fait, non contesté par NBIM, qu'en chiffres absolus, l'importance du réseau commercial de NBIM était sensiblement supérieur à celui des concurrents. Sur la base de ce qui précède, l'argument complémentaire avancé par la Commission pour établir l'existence d'une position dominante n'est d'ailleurs plus déterminant. Il en est de même pour les arguments que la Commission a encore tirés, entre autres, de la gamme plus étendue des pneus lourds que NBIM offre par rapport à ses concurrents.

NBIM conteste jouir d'une position dominante en premier lieu parce que l'évaluation de la part de marché aurait été fondée sur une définition inexacte du marché en cause du point de vue des produits. Néanmoins, cet argument s'est déjà avéré insoutenable auparavant.

Se fondant sur la jurisprudence antérieure de la Cour, les autres arguments que NBIM développe ne sont pas suffisants pour prouver qu'elle ne jouit pas d'une position dominante. L'arrivée de nouveaux concurrents japonais n'a pas affecté la part de marché de NBIM, comme la Commission le remarque à juste titre. Les indices qui seraient susceptibles de montrer qu'il n'existe pas de position dominante et que NBIM prétend tirer des prix et des marges commerciales, des mauvais résultats financiers, de la capacité de production, de la capacité financière et d'une diversification de la production plus étendue des concurrents ne suffisent pas non plus pour rendre inefficaces les indices déterminants qui conduisent à conclure à l'existence d'une position dominante et qui sont fondés sur les chiffres absolus et relatifs de la part de marché. Les arguments tirés du niveau des prix et des marges et des pertes subies par l'entreprise peuvent tout au plus revêtir une certaine importance lors de la constatation de certains abus. C'est ainsi qu'on pourra en déduire qu'il ne s'agit pas de gains de monopole ou, selon les termes de l'article 86, lettre a), que l'entreprise n'a pas visé à «imposer de façon ou indirecte des prix d'achat ou de vente non équitables»; mais il n'est pas fait grief à NBIM d'un tel abus. En outre, on sait qu'une entreprise ayant subi des pertes peut tout à fait être en mesure dans la situation de crise dans laquelle elle se trouve ainsi, de mener une concurrence par les prix ruineuse ou de mettre en œuvre des pratiques discriminatoires ou d'adopter d'autres comportements qui, en cas d'existence d'une position domi-

nante, sont constitutifs d'un abus. Selon l'expérience acquise dans la pratique, le fait de subir des pertes n'est nullement incompatible avec l'existence d'une position dominante. Dans ce contexte, nous renvoyons au 126e attendu de l'arrêt United Brands (Recueil 1978, p. 207). La capacité de production, la capacité financière et une plus grande diversification de la production des concurrents pourraient d'ailleurs tout au plus être considérées comme susceptibles d'affaiblir, en chiffres absolus ou relatifs, la part de marché de NBIM qui constitue une preuve de sa position dominante, s'il s'avérait que sa part de marché en est effectivement affectée, ce que NBIM ne prétend cependant pas et prouve encore moins. Le fait que les utilisateurs de pneus lourds sont des acheteurs professionnels avertis, comme NBIM le prétend, n'est enfin pas suffisant pour admettre l'existence d'un contre-pouvoir sapant la position dominante de NBIM ou la neutralisant pour le moins. Cela pourrait tout au plus être le cas si les acheteurs professionnels en question avaient créé une centrale d'achat commune, ce que NBIM n'a pas allégué et ce qui ne s'est pas avéré par ailleurs.

4. Le comportement litigieux

4.1. Selon la décision citée dans nos remarques introductives, il est fait grief à NBIM de deux comportements qualifiés d'exploitation abusive de position dominante: l'application du système de ristournes général et l'octroi d'une ristourne extraordinaire en 1977. Dans les deux cas, NBIM conteste une partie des faits constatés par la Commission, d'une part, et la qualification de ces faits en tant qu'exploitation abusive de position dominante au sens de l'article 86 du traité CEE, d'autre part. Eu égard à la qualification d'exploitation abusive de position dominante, la requérante est soutenue par le gouvernement français. Pour autant que nécessaire, nous examinerons successivement la constatation des faits et leurs qualifications comme exploitation abusive de position dominante eu égard au système de ristournes général et à la ristourne extraordinaire de 1977.

4.2. Le système de ristournes général

A — Les faits

Le système de ristournes est décrit en termes généraux au point 22 de la décision et, en vue de l'audience, NBIM l'a résumé elle-même sous une forme simplifiée qui permet cependant pour partie de mieux le comprendre. A cet égard, nous renvoyons à la dernière partie du rapport d'audience.

Les contestations relatives aux faits qui n'ont pas été résolues au cours de la procédure orale, ne concernent pas le système général en soi mais son application dans la pratique.

Néanmoins, avant d'examiner les contestations à cet égard, nous estimons utile de rappeler ce que la Commission a en définitive déclaré comme prouvé à l'article premier, lettre a), de la décision. Finalement, la Commission a considéré qu'avaient été prouvés à la charge de NBIM les éléments suivants:

a) qu'au moyen de l'octroi sur une base individuelle de ristournes sélectives —

b) dépendant d'«objectifs» de vente et de pourcentages de ristournes non clairement confirmés par écrit —,

c) elle avait lié à elle les revendeurs de pneus

d) en appliquant simultanément à leur égard des conditions inégales pour des prestations équivalentes.

Pour subdiviser ultérieurement nos considérations, nous avons ajouté des tirets et des lettres nous permettant de dire exac-

tement quels éléments du comportement reproché peuvent être considérés comme prouvés et quels éléments ne peuvent pas être considérés comme tels. Pour ce faire, nous reprenons d'abord le résumé de l'argumentation de NBIM dans le rapport d'audience et, à cet égard, nous avons numéroté les phrases.

1) NBIM expose en substance que la ristourne est composée d'un élément fixe identique pour tout revendeur, et d'un élément variable déterminé chaque année par l'importance des achats en produits Michelin, selon une échelle progressive revue annuellement que NBIM avait communiquée à la Commission dès le début de l'enquête en 1977. Nous faisons remarquer que cette échelle basée sur les ventes de l'année antérieure a été supprimée en 1978.

2) L'élément variable évoluait annuellement à l'intérieur d'une fourchette ne dépassant pas 5 %.

3) Une fraction de celui-ci (NBIM a précisé qu'il s'agissait de 0,2 à 0,4 %) était liée à la réalisation d'objectifs d'achats convenus d'un commun accord avec les revendeurs et répercutés ensuite dans le programme de production et de vente de NBIM. A cet égard, nous observons que selon l'annexe 20 à la requête, les objectifs de ventes ont encore été fixés en fonction des ventes de l'année antérieure après 1978.

4) A quelques exceptions près, tous les revendeurs achetant plus de 3 000 pneus par an auraient perçu, au cours de la période allant de 1975 à 1979, le même pourcentage maximal de ristourne.

5) Malgré la plus grande amplitude maximale de l'élément variable des ristournes accordées aux revendeurs dans le système présenté par NBIM elle-même (de 10 à 22 au cours des années 1975-1977, de 4 à 15 en 1978 et de 0 à 5 au cours des années 1979 et 1980), l'écart entre les ristournes octroyées à 54 clients choisis par les inspecteurs de la Commission aurait été de 2 à 2,5 %, alors que le volume d'achat en pneus lourds Michelin desdits revendeurs pouvait varier de plus de 13 000 à 200 unités par an.

6) Les écarts entre les différents pourcentages de ristournes seraient dus à l'application d'une échelle se référant au chiffre global des achats du revendeur auprès de NBIM au cours de l'année antérieure.

7) Toutefois, le barème n'aurait pas pu être appliqué d'une façon mécanique, les revendeurs n'ayant pas accepté une baisse automatique de la ristourne à la suite d'une baisse du chiffre d'affaires.

8) L'objectif de ventes n'aurait jamais été l'élément déterminant de la ristourne; cette partie aurait rémunéré un service objectivement rendu au fabricant par le revendeur en ce sens que l'information reçue par le fabricant dans le cadre de la fixation des objectifs lui permettait de mieux programmer sa production et de réaliser une économie des coûts.

9) Selon NBIM, aucun revendeur ne se serait jamais vu retirer la totalité de sa ristourne annuelle pour quelque motif que ce soit; tout vendeur saurait par expérience que, dans un tel cas, il ne perdait que quelques

dizièmes de pourcentage tout au plus.

10) Le grief tiré par la Commission de la prétendue absence de communication des objectifs et des ristournes serait dénué de fondement car ces élément seraient déterminés par les revendeurs conjointement avec le délégué commercial de NBIM en début d'année; tout revendeur qui l'avait demandé, aurait toujours reçu une confirmation écrite et officielle.

Dans son mémoire en défense, la Commission a en *premier* lieu attiré l'attention sur le fait que l'importance accordée par NBIM à l'échelle des ristournes annuelles dans la requête ne correspond pas aux déclarations faites par NBIM au cours de la procédure administrative, selon lesquelles l'échelle et les instructions y afférentes n'étaient qu'un fil conducteur à usage interne, appliqué de façon souple, afin de tenir compte de la situation individuelle des revendeurs. A nos yeux, cette conclusion est confirmée pour l'essentiel par le résumé des considérations de NBIM que nous avons tiré du rapport d'audience, en particulier des cinquième et septième phrases du résumé.

En *deuxième* lieu, la Commission a observé, dans le mémoire en défense, que les fiches des revendeurs font apparaître clairement que la ristourne était liée à la réalisation de l'objectif d'achat de pneus lourds et que cet objectif était défini par un nombre précis de pneus à acheter pendant l'année en cours. A l'audience il est apparu que la ristourne dépendait aussi du volume d'achat de pneus pour camionnettes et NBIM ne conteste pas cette circonstance que les fiches de clients présentées établissent d'ailleurs effectivement. Nous n'estimons d'ailleurs pas que si les ristournes étaient également fonction du nombre de pneus pour camionnettes, cela soit déterminant en soi pour apprécier le système de ristournes. Comme nous l'avons fait remarquer précédemment, l'abus reproché ne doit certes pas concerner et certainement pas concerner exclusivement les mêmes produits que ceux pour lesquels l'existence d'une position dominante a été constatée.

Selon la Commission, l'importance des écarts constatés entre les ristournes est de 2 à 5 % de la ristourne annuelle, ce qui est conforme au résumé de l'argumentation de NBIM dans les deuxième et cinquième phrases. Il est vrai qu'à cet égard NBIM a précisé que seul 0,2 à 0,4 % de l'écart était lié à la réalisation de l'objectif de vente convenu d'un commun accord avec les revendeurs. La majeure partie de l'écart devrait alors s'expliquer par l'élément variable du système de ristournes, dont nous avons parlé antérieurement. Néanmoins, nous précisons à cet égard que les revendeurs doivent faire face aussi à une autre incertitude qui provient de la différence entre le total des primes mensuelles et, ultérieurement, des primes quadrimestrielles, et la ristourne maximale accordée lors du décompte définitif. Selon le régime décrit par NBIM elle-même, cette marge d'incertitude variait entre 2 % et presque 4 % (selon la période envisagée).

Si nous reprenons maintenant les considérations émises par les deux parties, il nous semble que parmi les faits exposés dans l'article premier, lettre a), de la décision et répartis par nous-mêmes sous les lettres a) à d), les éléments suivants peuvent respectivement être considérés comme établis ou contestés.

En ce qui concerne la subdivision a): il est établi que pour une part importante NBIM accordait les ristournes sur une base individuelle et, comme le montre

l'application reconnue souple des instructions générales (certainement après la suppression de l'échelle en 1978) et l'accord sur les objectifs de vente individuels, qu'elle les déterminait aussi de façon sélective (phrases 2 à 7 incluse de l'argumentation de NBIM combinées aux points 20 à 22 inclus et aux dix premiers mots du point 23 de la décision). Est contesté le point de savoir dans quelle mesure, en cas de détermination sélective, la fidélité du revendeur à Michelin jouait aussi un rôle, mais ce point n'est pas mentionné dans le dispositif de la décision et il ne nous semble d'ailleurs pas non plus d'un intérêt essentiel pour apprécier le système de ristournes.

En ce qui concerne la subdivision b): il est également établi que notamment les «ristournes d'objectifs» de 0,2 à 0,4 % étaient liées aux objectifs de vente convenus (phrase 3 de l'argumentation de NBIM) et que ces objectifs de vente n'étaient pas confirmés officiellement et par écrit de façon automatique mais tout au plus sur demande (10e phrase). Est contesté le point de savoir dans quelle mesure l'élément résiduel variable des ristournes était lié aux objectifs de vente convenus (ou plutôt au chiffre d'affaires réalisé l'année précédente et dans l'année en cours), ainsi que celui de savoir avec quelle souplesse le décompte définitif était en pratique subordonné à la réalisation des objectifs de ventes convenus. Néanmoins, au bas mot, les revendeurs n'avaient pas de certitude pour la plus grande partie de l'élément variable de la ristourne. NBIM fait exclusivement valoir à cet égard que, grâce à l'expérience, les revendeurs acquéraient la «certitude» qu'on agirait avec souplesse et qu'ils ne perdraient jamais la totalité de la ristourne annuelle (9e phrase du résumé). En conséquence, comme NBIM l'admet, il n'était certainement pas question d'une sécurité juridique que les ristournes annuelles elles-mêmes ne seraient pas subordonnées à la réalisation des objectifs de vente convenus. L'importance de la ristourne supplémentaire de 0,2 à 0,4 % fixée pour chaque cas ne doit d'ailleurs pas être sous-estimée selon nous. Pour neutraliser l'effet d'incitation d'une telle ristourne supplémentaire, les concurrents devraient proposer, selon les parts de marché que nous avons mentionnées antérieurement, une ristourne comparable de 2,8 à 6,4 % et, pour s'assurer une avance de concurrence sur NBIM égale à celle que celle-ci à réussi à avoir sur ses concurrents, ils devraient offrir le double. La contestation sur le point de savoir si la plus grande partie de l'élément variable de la ristourne était également liée aux objectifs de vente convenus ou plutôt au chiffre d'affaires réalisé l'année précédente, est selon nous sans intérêt en fait pour trancher en l'espèce. Comme nous l'avons remarqué en liaison avec la troisième phrase du résumé de l'argumentation de NBIM, celle-ci expose elle-même que les objectifs de vente étaient aussi fixés en liaison directe avec les chiffres de ventes de l'année précédente. Dans ces circonstances, c'est une question de langage de savoir si l'on parle d'une correspondance avec les objectifs de vente (et indirectement donc avec le volume d'achat de l'année précédente) ou d'un lien direct avec le volume d'achat réalisé au cours de l'année antérieure, mais cela n'entraîne aucune différence eu égard à l'effet du système du point de vue économique.

Les subdivisions c) et d) des éléments reconnus comme prouvés à l'article premier, lettre a), sont à la limite entre la constatation des faits et la qualification de ceux-ci en tant qu'exploitation abusive de position dominante. Dans la subdivision c), la Commission prétend qu'en appliquant le système de ristournes, NBIM lie à elle les revendeurs de pneus.

Au point 38 de la décision, la Commission évoque le fait que le système instauré vise à lier les revendeurs à la NBIM et elle examine ensuite plus précisément le grief fait à l'entreprise inté-

ressée. Selon nous, il importe surtout, pour apprécier le système de ristournes à la lumière de l'article 86 du traité CEE, de constater qu'en principe le calcul d'une partie des ristournes proposées sur la base des objectifs de vente fixés d'un commun accord avec le revendeur exerce sur celui-ci, de par sa nature, une pression qui le pousse à réaliser l'objectif de vente maximal. Pour constater cet effet du système, il n'importe pas non plus de savoir si les allégations que la Commission a faites aux points 24 et 38 de la décision, à savoir que les objectifs de vente fixés dépassaient généralement le volume réalisé au cours de l'année précédente, sont exactes. L'argument de NBIM, résumé à la page 34 du rapport d'audience, ne modifie pas davantage cette conclusion. Le fait que les écarts entre les ristournes versées aux différents revendeurs seraient de pure nature quantitative et dépendraient du chiffre d'affaires total du client revendeur, comme NBIM le prétend, ne diminue en rien l'effet d'incitation que produit l'octroi de ristournes plus élevées en cas d'une augmentation des achats. Dans son argumentation relative à la «ristourne d'objectifs» de 0,2 à 0,4 %, NBIM admet d'ailleurs expressément qu'on peut la qualifier de «ristourne d'encouragement». A l'audience, elle a même déclaré que pour programmer sa production et ses ventes, elle doit être *certaine* que les objectifs de vente seront réalisés. Elle conteste uniquement qu'une telle ristourne d'engagement constitue une exploitation abusive de position dominante au sens de l'article 86 du traité CEE, mais nous n'examinerons que plus tard cette question de qualification. En conséquence, nous considérons comme prouvé à suffisance les faits de la subdivision c) des déclarations de la Commission à l'article premier, lettre a).

Lorsque NBIM conteste ce que nous avons appelé la subdivision d) de cette partie du dispositif (application de conditions inégales pour des prestations équivalentes), il s'agit principalement de la qualification de cet élément comme abus. Les écarts entre les taux de ristournes résulteraient de l'application d'une échelle fonction des achats globaux du revendeur auprès de NBIM au cours de l'année précédente et, en conséquence, ils ne sauraient pas être considérés comme discriminatoires. Les faibles écarts d'autre nature que NBIM a avoués ailleurs (phrases 3 et 7 du résumé que nous avons fait antérieurement), ne devraient pas non plus être considérés comme une discrimination prohibée au sens de l'article 86 du traité CEE. Selon nous, la preuve que la Commission a avancée pour les autres écarts de ristournes qu'elle a constatés et qui ne s'expliquent pas de la façon indiquée, est à ce point faussée par l'erreur que nous avons relevée auparavant eu égard à la base des ristournes (qui outre les pneus lourds comprend aussi les pneus pour camionnettes), qu'on ne saurait lui accorder aucune valeur. Si on tient compte des pneus pour camionnettes, les cas cités à titre de preuve ne sont en fait pas similaires, de sorte qu'il n'a pas été prouvé que des conditions inégales aient été appliquées pour des prestations équivalentes. Les points 40 et 41 de la décision montrent cependant que la Commission a considéré la discrimination reprochée comme un abus distinct, ce qui est important pour la suite de notre argumentation.

B — L'appréciation des faits comme abus

Pour apprécier les faits qui peuvent effectivement être considérés comme établis à suffisance, il faut d'abord admettre qu'il n'est en toute hypothèse pas possible de parler de rabais de fidélité analogues à ceux qui étaient en cause dans l'affaire Hoffmann-La Roche. En effet, il n'existe aucune *obligation* à la charge des revendeurs de ne pas acheter d'autres pneus que les pneus Michelin, pas plus qu'il n'existe

d'obligation à limiter les autres achats. C'est à bon droit que NBIM l'a mentionné.

La Commission n'a d'ailleurs pas inclus de déclaration en ce sens dans sa décision (points 37 à 40).

Pour apprécier les faits constatés, nous estimons, pour commencer, qu'il importe que, par leur nature, les rabais périodiques et les ristournes annuelles qui sont fixés sur une base individuelle et qui, par là même, ne sont pas communiqués à l'avance et d'une façon uniforme à tous les revendeurs, contiennent un facteur d'insécurité ainsi qu'une possibilité de discrimination entre revendeurs. Nous fondant aussi sur une analyse de droit comparé, nous estimons soutenable qu'un tel comportement adopté par une entreprise bénéficiant d'une position dominante constitue déjà en soi un abus au sens de l'article 86 du traité CEE.

Néanmoins, nous estimons plus important le fait que les ristournes annuelles et les rabais ont, par leur nature, un caractère tout à fait différent de celui de ristournes qui sont basées uniquement sur la quantité et qui sont fonction du volume de chaque commande; cela est certainement vrai pour autant que les ristournes et rabais dépendent aussi des objectifs de vente convenus annuellement d'un commun accord pour l'année avec les revendeurs. Alors que les ristournes dépendant de la quantité par commande peuvent être justifiées par l'économie évidente de coûts, cela n'est en soi par nécessairement le cas lorsqu'il s'agit de ristournes périodiques uniquement basées sur la quantité, qui sont fonction des ventes au cours d'une certaine période. En effet, les commandes d'un certain revendeur peuvent être réparties sur l'année de façon que, pour le producteur, les économies de coûts soient plus grandes lorsqu'il satisfait quelques commandes importantes qui, au total, représentent un chiffre d'affaires annuel plus réduit. En outre, tout système de ristournes périodiques basé sur les quantités vendues exerce, de par sa nature, une pression sur les revendeurs clients et les pousse à acheter autant que possible auprès du producteur en question. Lorsque, comme en l'espèce, le producteur a une part de marché plus importante que celle de tous ses concurrents réunis, les offres plus avantageuses de ces concurrents peuvent difficilement constituer un contre-poids tel, qu'elles neutralisent l'effet d'aspiration du régime de ristournes périodiques. En effet, en raison des parts de marché évoquées précédemment, eu égard à l'élément variable de 2,5 à 5 % du système de ristournes de NBIM, les concurrents devraient alors proposer des ristournes proportionnellement plus élevées (sans qu'on ait encore pris en considération ici la ristourne supplémentaire dépendant de l'objectif d'achat) [1].

Dans cette mesure, la restriction du jeu de la concurrence et le défaut de justification économique d'un tel système doivent être mis en parallèle avec un «Gesamtumsatzrabattkartell» (entente sur un rabais fonction du chiffre d'affaires global réalisé avec les membres de l'entente). Comme nous l'avons signalé (8e phrase du résumé de l'argumentation), NBIM considère que la ristourne qui, selon elle, est modeste et qui est versée aux revendeurs lorsqu'ils atteignent les objectifs de vente fixés annuellement d'un commun accord, constitue une récompense pour avoir mis le producteur en mesure de mieux programmer ses produits et d'effectuer des économies sur les coûts. Néanmoins, c'est précisément cette motivation qui fait apparaître que

1 — Dans ce contexte, nous estimons que le caractère du système de ristournes est très bien illustré par le fait que selon la 4e phrase du résumé de l'argumentation de NBIM, les revendeurs qui vendent plus de 3 000 pneus obtiennent tous le pourcentage de ristournes maximal (abstraction faite de la ristourne d'objectif). Selon nous, c'est précisément cela qui montre que l'élément variable de la ristourne vise principalement à lier les revendeurs à Michelin. En outre, cette pratique confirme que l'efficacité du moyen ainsi utilisé pour lier les revendeurs à l'entreprise a un rapport direct avec les parts de marché de NBIM et de ses concurrents. Si elle disposait d'une part de marché moins importante, NBIM aurait dû consentir des ristournes périodiques de quantité plus élevées pour s'assurer la fidélité de ses clients. Dans cette mesure, le système de ristournes appliqué constitue aussi effectivement un indice de l'existence d'une position dominante bien qu'au regard de l'argumentation en l'espèce, il soit plus simple de démontrer d'abord l'existence de la position dominante.

les objectifs de vente fixés d'un commun accord ont effectivement pour effet «de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence», pour reprendre encore une fois la description générale de l'abus figurant au 91e attendu de l'arrêt Hoffmann-La Roche. C'est pourquoi, la possibilité dont dispose NBIM de se soustraire à la concurrence d'autres fournisseurs de pneus est renforcée tant par le mode de calcul de la ristourne sur la base du chiffre d'affaires annuel que par la fixation d'objectifs de vente annuels dont la réalisation donne lieu à une rémunération supplémentaire. Le point de savoir si l'effet de la fixation d'un commun accord d'objectifs de vente est en fait aussi peu important que NBIM le dit, est contesté. Selon nous, on peut présumer que du fait de l'insécurité juridique qui existe quant aux conséquences du défaut de réalisation des objectifs de vente les plus bas, les objectifs de vente ont cependant sur l'assiduité des revendeurs un plus grand effet que NBIM ne le dit. Par ailleurs, nous avons déjà calculé auparavant dans quelles proportions les ristournes offertes par les concurrents jouissant d'une part de marché plus réduite devraient être plus élevées pour neutraliser simplement les ristournes supplémentaires de 0,2 à 0,4 % liées à l'objectif de vente. Néanmoins, une quantification des effets des objectifs de vente, que nous avons décrits, ne nous semble pas déterminante en définitive puisque au 123e attendu, dernière phrase, de l'arrêt Hoffmann-La Roche, la Cour a déjà déclaré que «s'agissant de comportements d'une entreprise en position dominante sur le marché où de ce fait la structure concurrentielle est déjà affaiblie, toute restriction supplémentaire de cette structure concurrentielle est susceptible de constituer une exploitation abusive de position dominante». Comme nous l'avons déjà dit, NBIM a enfin aussi déclaré expressément à l'audience qu'elle visait, en fixant des objectifs de vente d'un commun accord avec les revendeurs, à obtenir une *sécurité* lui permettant de définir son programme de production et de ventes. Toutefois, dans une situation de concurrence effective, une telle sécurité ne peut jamais s'obtenir.

En conclusion, nous estimons alors, à la lumière des considérations qui précèdent, que dans l'article premier de la décision, la Commission a constaté à bon droit que pendant la période comprise entre 1975 et 1980, sur le marché des pneus neufs de remplacement pour camions, autobus, etc. NBIM a enfreint les dispositions de l'article 86 du traité CEE (a) parce qu'elle a octroyé sur une base individuelle des ristournes sélectives; (b) dépendant d'«objectifs» de vente et de pourcentages de ristournes non clairement confirmées par écrit; (c) pour lier à elle les revendeurs de pneus aux Pays-Bas. En revanche, nous n'estimons pas qu'il ait été simultanément prouvé à suffisance que, durant la même période, NBIM ait effectivement appliqué aux revendeurs des conditions inégales pour des prestations équivalentes. Il n'est certainement pas possible de déduire sans plus une telle discrimination du fait que les objectifs de vente et les ristournes sont fixés individuellement, ainsi qu'il a été établi. La dernière partie (d) de l'article premier, lettre a), de la décision doit donc selon nous être annulée. Comme nous l'avons dit antérieurement, il s'agit d'un comportement distinct dont il est fait grief à la requérante, qui, dans l'article 86 du traité CEE, est d'ailleurs mentionné séparément et qui, par sa nature, présente un autre caractère d'abus que celui qui consiste, de la façon décrite, à lier les revendeurs à l'entreprise, comportement qui, au premier chef, n'affecte pas les revendeurs mais les concurrents.

4.3. La ristourne extraordinaire de 1977

Dans l'article premier, lettre b), de la décision, il est dit que NBIM a simultanément exploité sa position dominante de façon abusive du fait qu'elle a accordé «en 1977 une ristourne extraordinaire sur les achats de pneus pour camions, autobus, etc., et de pneus pour voitures de tourisme dépendant de la réalisation d'un 'objectif' en matière d'achat de pneus pour voitures de tourisme». NBIM conteste tout d'abord que la ristourne ait été fonction d'un «objectif spécial» en matière d'achat de pneus pour voitures de tourisme. Elle prétend que la ristourne n'aurait pas dépendu d'un autre objectif convenu pour les pneus légers, que celui qui, au début de l'année, était fixé d'un commun accord avec les revendeurs; en outre, selon elle, la ristourne était calculée sur la base du volume global d'achat pour toutes les catégories de pneus courantes. La Commission ne nie pas ce dernier élément (dans la partie de la décision citée). NBIM a soutenu que la ristourne extraordinaire devait en outre être considérée comme une compensation pour le fait qu'au cours de l'année en cause elle n'avait pas pu livrer assez de pneus lourds pour camions, ce que la Commission ne conteste pas non plus. Il nous semble que dans de telles circonstances, l'argumentation de la Commission selon laquelle il existerait ici une exploitation abusive de position dominante n'est pas convaincante. Qu'il s'agisse ici d'une ristourne extraordinaire pour l'achat de pneus lourds, comme la Commission le dit au point 50 de la décision, n'est déjà pas plausible en soi si l'achat de pneus lourds s'est heurté précisément aux limites de livraison de NBIM. Qu'on puisse dire qu'une «condition» mise au bénéfice de la ristourne extraordinaire pour les pneus lourds résidait dans le fait que le revendeur devait acheter une certaine quantité de pneus légers, n'est pas non plus crédible dans ces circonstances. Comme nous l'avons dit, NBIM conteste que l'«objectif de vente spécial» pour pneus légers était fixé à un niveau supérieur à celui des résultats de vente pour pneus légers de l'année antérieure et la Commission ne le prouve pas clairement. Il semble inévitable qu'une ristourne extraordinaire «spéciale», de nature compensatoire, soit liée à des objectifs de vente pour pneus légers si les possibilités de vente de pneus lourds sont temporairement limitées pour des raisons imputables au producteur. C'est pourquoi la Commission n'a pas suffisamment établi qu'il ne s'agit pas ici d'une simple compensation pour la perte de possibilités de ventes de pneus lourds, comme NBIM le dit. Enfin nous avons déjà fait observer que les ristournes pour pneus lourds dépendent aussi, comme dans le système de ristournes normal, du chiffre d'affaires en pneus pour camionnettes, de sorte qu'il est tout au plus possible de parler ici d'extention isolée du système normal à tous les pneus légers et non pas d'une exploitation abusive de position dominante tout à fait distincte, comme la Commission le prétend. C'est pourquoi nous aboutissons à la conclusion que l'article premier, lettre b), de la décision de la Commission doit également être annulé, cette partie de la décision n'étant en tout cas pas motivée suffisamment pour justifier que la ristourne en question constitue un cas distinct d'exploitation abusive de position dominante.

5. L'incidence sur le commerce entre États membres

Nous pouvons être bref dans l'analyse de la critique de NBIM qui déclare que le comportement reproché a été adopté exclusivement aux Pays-Bas et qu'il ne saurait en conséquence affecter le commerce entre États membres. Comme il ressort du point 15 de la décision, les pneus des concurrents de NBIM sont fabriqués pour une part substantielle dans d'autres États membres et importés à partir de ceux-ci aux Pays-Bas. En

conséquence, la limitation de leurs possibilités de vente qui découle de l'incidence du système de ristournes appliqué par NBIM — incidence qui a été établie — limite en même temps automatiquement les possibilités d'importation et, de ce fait, le commerce entre États membres. C'est pourquoi, en substance, la critique de NBIM ne se rapporte pas à cet élément de prohibition de l'article 86 du traité CEE, mais consiste en réalité à rappeler l'argumentation de la requérante relativement à l'établissement de l'exploitation abusive de la position dominante. Comme ces arguments sont voués à l'échec, il en va de même pour l'argumentation développée par NBIM relativement à l'incidence sur le commerce entre États membres. La Cour a d'ailleurs constaté à plusieurs reprises eu égard à l'application de l'article 85 du traité CEE que des comportements qui, dans leur ensemble, sont appliqués à l'intérieur d'un territoire national peuvent cependant satisfaire aux critères mentionnés. Dans ce contexte, nous citons seulement l'arrêt Cementhandelaren (affaire 8/72, Recueil 1972, p. 977).

6. Violation des droits de la défense

Le moyen avancé par la requérante et relatif à la violation des droits de la défense comporte deux branches. La première porte sur le fait que la Commission a omis de communiquer à NBIM des éléments essentiels du dossier (p. 62 de la requête). Selon la requérante, cela vise en particulier les constatations que la Commission a effectuées auprès de différents revendeurs ainsi qu'auprès d'usagers et de concurrents de NBIM. Pour justifier le refus de communiquer ces données de son enquête à la requérante, la Commission se prévaut de l'article 20 du règlement n° 17. Par ailleurs, l'enquête n'a pas été menée auprès d'usagers et de concurrents de NBIM mais uniquement auprès de certains revendeurs. En outre, la Commission prétend que l'enquête n'a révélé aucun élément nouveau dont la Commission n'avait pas déjà connaissance par les informations qu'elle avait obtenues de NBIM. NBIM n'a pas montré ou n'a même pas rendu plausible que la Commission ait effectivement tiré de l'enquête des données nouvelles, lui faisant grief, comme il en est question au 14e attendu de l'arrêt Hoffmann-La Roche. C'est pourquoi, il convient de rejeter cette branche du moyen.

Comme il appert des pages 64 et 65 de la requête, la deuxième branche du moyen concerne le fait que la Commission n'a pas dit clairement dans quelle mesure elle a admis ou rejeté les déclarations des témoins et experts lors de l'audition ainsi que les autres circonstances que l'audition a permis d'établir. Toutefois, le droit communautaire, tel qu'interprété par la Cour, ne permet pas de conclure à une obligation en ce sens à la charge de la Commission. Seul est déterminant, pour apprécier les droits de la défense, le fait que ceux-ci aient été respectés eu égard à ce qui figure dans les points de griefs. Le texte de la décision montre que la Commission a amplement veillé à réfuter l'argumentation de la requérante eu égard aux points de griefs ainsi que les déclarations de témoins et experts à l'audition. Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire d'analyser séparément et expressément dans la décision les déclarations de témoins et experts dans la mesure où ceux-ci appuient l'argumentation de la requérante et dans la mesure où des parties de l'argumentation et des déclarations en cause, déterminantes au regard de la décision à prendre, ont fait l'objet de suffisamment de considérations dans la décision. C'est pourquoi, il convient de rejeter également cette branche du moyen invoqué.

7. L'amende infligée

NBIM estime qu'on ne saurait lui faire grief d'avoir agi par négligence ou de

propos délibéré, étant donné que l'exploitation abusive de position dominante dont la Commission l'accuse implique une nouvelle interprétation de l'article 86 du traité CEE que NBIM n'avait pas pu prévoir. Cette interprétation s'écarterait notamment des déclarations de la Cour en matière de rabais de fidélité dans l'arrêt Hoffmann-La Roche (89e attendu) puisque en l'espèce, selon la requérante, toutes les caractéristiques des rabais de fidélité font défaut. En outre, la requérante estime qu'il n'est pas équitable de fixer la durée de l'infraction à cinq années, à savoir de 1975 à 1980, puisque la Commission aurait elle-même pu réduire cette période en intervenant plus tôt et elle aurait ainsi pu empêcher le versement de la ristourne extraordinaire de 0,5 % qui n'a eu lieu qu'à la fin de 1977.

A l'audience, eu égard à la fixation de l'amende, l'avocat de NBIM a reconnu expressément en soi le droit de la Commission à modifier les acceptions qu'elle avait adoptées antérieurement quant à la notion d'exploitation abusive. Il a déclaré que c'était «son droit le plus strict». Néanmoins, il estime que la Commission est tenue de ne pas prononcer d'amende puisque, dans le cas contraire, elle violerait la confiance légitime des justiciables.

Nous estimons que le reste de l'argumentation de la requérante eu égard au montant de l'amende peut faire l'objet d'une analyse très brève.

Il nous semble que la discussion relative au rapport qui existe entre l'amende et le chiffre d'affaires n'est pas pertinente étant donné que l'amende infligée reste en deçà du maximum d'un million d'unités de compte, l'un des termes de l'alternative. Comme la Commission l'observe à bon droit, il existe une obligation à charge de l'entreprise intéressée de participer à la procédure administrative. En conséquence, le fait que l'entreprise a rempli son obligation à cet égard ne saurait entraîner une diminution de l'amende. De même, comme la Commission, nous estimons évident que celle-ci ne saurait déjà communiquer dès la procédure administrative quel sera le montant de l'amende ou les critères de sa fixation, puisque ce n'est qu'à la fin de la procédure qu'elle peut déterminer la mesure de la faute ou de la négligence. C'est ainsi que l'entreprise concernée peut éventuellement même mettre fin au comportement qui lui est reproché à la fin de la procédure administrative, ce qui peut le cas échéant fournir un motif de réduction de l'amende envisagée à l'origine.

En ce qui concerne le comportement dont il est en premier lieu fait grief à NBIM dans l'article premier, lettre a), de la décision, nous estimons que NBIM visait en effet sciemment et aussi avec succès à lier les revendeurs en déterminant d'un commun accord avec eux des objectifs de vente; elle visait également à maintenir sa production et son chiffre d'affaires pour le moins au niveau de celui des années antérieures. Dans la réponse qu'elle a donnée à l'audience, elle a encore déclaré expressément, comme nous l'avons mentionné que «sans incitation pour atteindre l'objectif, il n'était pas *sûr* que cet objectif soit atteint et c'est cela précisément que rémunérait la remise d'objectifs» (c'est nous qui soulignons). En conséquence, il nous semble que, pour citer encore une fois les termes du 91e attendu de l'arrêt de la Cour dans l'affaire Hoffmann-La Roche, NBIM visait sciemment à ce que son système de ristournes fasse obstacle «par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence». Nous ralliant à la Commission, nous estimons aussi que le système de ristournes appliqué, de la même façon qu'un «Gesamtumsatzrabattkartell» d'entreprises coopérant à cette fin, peut être considéré, du point de vue économique, comme une variante

d'un «rabais de fidélité» et que NBIM visait effectivement à lier à elle les revendeurs et à limiter de ce fait les ventes de ses concurrents. Dans cette mesure, nous estimons comme la Commission que NBIM a pour le moins agi par négligence et que la différence *juridique* existant par rapport aux rabais de fidélité en cause dans l'affaire Hoffmann-La Roche ne modifie en rien la négligence dont il convient de faire grief à l'intéressée. Personnellement nous estimons qu'en l'espèce on peut même dire que NBIM a agi clairement de propos délibéré pour geler la structure du marché, ce qui devait lui permettre de garder sa part de marché.

En revanche, il convient de prendre en considération que deux subdivisions secondaires de l'article premier de la décision doivent être annulées selon nous. Tenant compte du caractère largement accessoire de ces subdivisions du point de vue économique et de la gravité du comportement dont il est fait grief à bon droit à l'entreprise intéressée, nous proposons de réduire l'amende infligée à 500 000 unités de compte ou au montant correspondant en florins.

8. Conclusion

En résumé, nous concluons:

1) à l'annulation de l'article premier, lettre a), treize derniers mots, et lettre b) de la décision,

2) à la réduction de l'amende infligée à NBIM à 500 000 Écus,

3) au rejet des autres moyens invoqués par la requérante,

4) à la condamnation de chaque partie, y compris la République française en tant que partie intervenante, à ses propres dépens, en application de l'article 69, paragraphe 3, du règlement de procédure.