ORDONNANCE DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL

7 juillet 1998 *

Dans l'affaire T-65/98 R,

Van den Bergh Foods Ltd, anciennement HB Ice Cream Ltd, société de droit irlandais, établie à Dublin, représentée par MM. Malcolm Nicholson et Michael Rowe, solicitors, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de M^es^ Elvinger, Hoss et Prussen, 2, place Winston Churchill,

partie requérante,

contre

Commission des Communautés européennes, représentée par MM. Barry Doherty et Wouter Wils, membres du service juridique, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Carlos Gómez de la Cruz, membre du service juridique, Centre Wagner, Kirchberg,

partie défenderesse,

* Langue de procédure: l'anglais.

ayant pour objet une demande de sursis à l'exécution de la décision de la Commission du 11 mars 1998, relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CE (IV/34.073, IV/34.395 et IV/35.436 — Van den Bergh Foods Ltd),

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

rend la présente

Ordonnance

Procédure

1 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 21 avril 1998, Van den Bergh Foods Ltd (ci-après « Van den Bergh »), anciennement HB Ice Cream Ltd (ci-après « HB Ice Cream »), a introduit, en vertu de l'article 173, quatrième alinéa, du traité CE, un recours visant à l'annulation de la décision de la Commission du 11 mars 1998 relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CE (IV/34.073, IV/34.395 et IV/35.436 — Van den Bergh Foods Ltd).

2 Par acte séparé enregistré au greffe du Tribunal le même jour, elle a également introduit, en vertu de l'article 185 du traité, une demande de sursis à l'exécution de cette décision jusqu'à ce que le Tribunal ait statué sur le fond et, à titre subsidiaire, en vertu de l'article 186 du traité, une demande de toute autre mesure équitable et appropriée.

3 Par requêtes enregistrées au greffe du Tribunal respectivement les 4 et 11 mai 1998, Master Foods Ltd, agissant commercialement sous la dénomination Mars Ireland and Masterfoods (ci-après « Mars »), société de droit irlandais, établie à Dublin, représentée par M. Philip G. H. Collins, solicitor, et Treats Frozen Confectionery Ltd (ci-après « Treats »), société de droit anglais, établie à Leeds (Angleterre), représentée par M. Alasdair Bell, solicitor, ayant toutes deux élu domicile à Luxembourg en l'étude de M[es] Loesch et Wolter, 11, rue Goethe, ont demandé à intervenir dans la présente procédure au soutien des conclusions de la Commission.

4 Les demandes en intervention ont été signifiées aux parties au principal, conformément à l'article 116, paragraphe 1, du règlement de procédure.

5 Par télécopie enregistrée au greffe du Tribunal le 14 mai 1998, Van den Bergh a déclaré ne pas s'opposer à la demande d'intervention de Mars, mais s'est opposée à l'intervention de Treats pour absence d'intérêt suffisant à la solution du litige. Elle a demandé qu'il ne soit communiqué aux parties sollicitant l'intervention qu'une version expurgée de sa requête et de la décision attaquée. A cette fin, elle a énuméré les informations revêtant, selon elle, un caractère secret ou confidentiel.

6 La Commission a présenté ses observations écrites sur la demande en référé le 13 mai 1998. Par actes séparés enregistrés le 20 mai 1998, elle a déclaré ne pas s'opposer aux deux demandes d'intervention. En ce qui concerne la demande de traitement confidentiel présentée par la requérante, elle a émis quelques réserves.

7 Par lettres du 27 mai 1998, le greffe du Tribunal a invité les demanderesses en intervention à être présentes à l'audience et leur a notifié les versions non confidentielles de la demande en référé, ainsi que les observations de la Commission sur cette demande.

8 Les parties ont été entendues en leurs explications orales le 9 juin 1998.

9 Mars et la requérante ont, respectivement, les 12 et 25 juin 1998 et les 23 et 24 juin 1998, adressé au greffe du Tribunal des télécopies contenant des informations relatives à la procédure judiciaire pendante devant la Supreme Court (Irlande). Ces documents ont été communiqués aux autres parties.

Antécédents du litige

10 Van den Bergh, filiale à 100 % de Unilever NV/plc, est le principal fabricant de glaces en Irlande, notamment de glaces destinées à la consommation immédiate. Elle a pour pratique, en Irlande, de mettre des congélateurs à la disposition des points de vente distribuant ses glaces, sous réserve qu'ils soient utilisés exclusivement pour ces dernières.

11 En mars 1990, Mars a engagé une action devant la High Court en vue, notamment, d'obtenir que celle-ci constate que la clause d'exclusivité des accords de mise à disposition des congélateurs de HB Ice Cream était nulle en vertu du droit interne et des articles 85 et 86 du traité. HB Ice Cream a introduit une action séparée visant à obtenir des injonctions interdisant à Mars d'inciter les détaillants à rompre les conditions d'exclusivité de ces accords. En avril 1990, des injonctions provisoires en ce sens ont été prononcées par la High Court en faveur de HB Ice Cream au cours de la procédure au principal.

12 Le 28 mai 1992, la High Court s'est prononcée au fond sur les deux actions. Elle a rejeté le recours de Mars en jugeant que la politique d'utilisation exclusive des congélateurs de HB Ice Cream ne méconnaissait ni les règles internes ni les règles communautaires de la concurrence. Elle a également rendu, en faveur de HB Ice

Cream, une ordonnance définitive interdisant à Mars d'inciter les détaillants à stocker ses glaces dans les congélateurs appartenant à HB Ice Cream.

13 Mars a interjeté appel du jugement de la High Court le 4 septembre 1992. Lors de la procédure orale devant la Supreme Court, qui s'est déroulée le 10 juin 1998, cette juridiction, considérant que des questions d'interprétation du traité se posent dans l'affaire pendante devant elle, a manifesté l'intention de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle au titre de l'article 177 du traité. Elle a également indiqué que l'injonction délivrée par la High Court ne sera pas levée pour la période d'examen de l'appel.

14 Parallèlement à la procédure contentieuse devant les juridictions irlandaises, Mars a déposé, le 18 septembre 1991, une plainte contre HB Ice Cream auprès de la Commission, en vertu de l'article 3 du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (JO 1962, 13, p. 204, ci-après « règlement n° 17 »). Cette plainte portait sur la fourniture par HB Ice Cream, à un grand nombre de détaillants, de congélateurs devant être utilisés exclusivement pour les produits de cette marque.

15 Le 29 juillet 1993, la Commission, dans une communication des griefs notifiée à HB Ice Cream, a considéré que son système de distribution était en infraction avec les articles 85 et 86 du traité.

16 A la suite d'entretiens avec la Commission, HB Ice Cream, tout en contestant le point de vue de celle-ci, a présenté des propositions destinées à lui permettre de bénéficier d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité. Ces propositions ont été notifiées le 8 mars 1995 à la Commission qui, dans un communiqué de presse du 10 mars 1995, a estimé que, à première vue, les modifications envisagées permettraient l'octroi d'une exemption. Une communication au titre de l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17 a ensuite été publiée au *Journal officiel des Communautés européennes*, le 15 août 1995.

17 Le 22 janvier 1997, estimant que les modifications finalement opérées n'avaient pas apporté les résultats escomptés en termes de libre accès aux points de vente, la Commission a adressé à HB Ice Cream une nouvelle communication des griefs. HB Ice Cream a exprimé sa position sur les griefs retenus.

18 Par la décision litigieuse du 11 mars 1998, la Commission:

— déclare que la clause d'exclusivité figurant dans les accords de fourniture de congélateurs conclus en Irlande entre Van den Bergh et des détaillants, applicable aux congélateurs installés dans les points de vente qui sont dotés uniquement d'appareils fournis par Van den Bergh pour le stockage de glaces en conditionnement individuel destinées à une consommation immédiate et qui ne disposent ni de leur propre congélateur ni de congélateur(s) provenant d'un autre producteur de glaces, constitue une infraction aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité (article 1er);

— rejette la demande d'exemption déposée, conformément à l'article 85, paragraphe 3, du traité, par Van den Bergh en faveur de la clause d'exclusivité visée à l'article 1er (article 2);

— déclare que constitue une infraction aux dispositions de l'article 86 du traité le fait que Van den Bergh incite les détaillants irlandais ne disposant pas de leur propre congélateur ni de congélateur(s) provenant d'un autre producteur de glaces à devenir parties à des accords de fourniture de congélateurs soumis à une condition d'exclusivité, en leur proposant de leur fournir des congélateurs pour le stockage de glaces en conditionnement individuel destinées à une consommation immédiate et d'en assurer la maintenance, sans que cela occasionne aucun frais direct pour eux (article 3);

— impose à Van den Bergh de mettre fin immédiatement aux infractions visées aux articles 1er et 3 et de s'abstenir de prendre des mesures ayant le même objet ou le même effet (article 4);

— impose à Van den Bergh d'informer dans un délai de trois mois à compter de la date de la notification de la décision les détaillants avec lesquels elle est actuellement liée par les accords de fourniture de congélateurs faisant l'objet de l'infraction aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité visée à l'article 1er du texte complet des articles 1er et 3 et de leur notifier que les clauses d'exclusivité en question sont nulles et non avenues (article 5).

19 Dans la décision, la Commission développe l'analyse juridique sur laquelle elle fonde l'application de l'article 85 du traité.

20 Elle relève en particulier (point 157 des considérants de la décision):

« Un fournisseur, qui souhaite commencer à vendre ses glaces pour consommation immédiate dans un point de vente (c'est-à-dire un nouvel arrivant dans ce point de vente) déjà doté d'au moins un congélateur réservé à un autre fournisseur, ne peut le faire qu'à la condition que ce point de vente possède un congélateur qui ne soit pas soumis à une condition d'exclusivité [...], *ou* qu'il puisse persuader le détaillant de remplacer un congélateur réservé en place *ou* d'installer un congélateur supplémentaire en plus du ou des congélateurs réservés en place. »

21 Elle considère (points 158 à 183 des considérants), sur la base d'une étude de marché, qu'il est peu probable que les détaillants prennent l'une ou l'autre de ces mesures. Elle en déduit que les points de vente en question sont, de fait, liés à la requérante (point 184 des considérants).

22 Il est aussi constaté dans la décision que les accords ne peuvent pas être exemptés en vertu de l'article 85, paragraphe 3, du traité, dans la mesure où ils ne contribuent pas à améliorer la distribution des produits (points 222 à 238 des considérants), ne réservent pas aux consommateurs une partie équitable du profit

qui en résulte (points 239 et 240 des considérants), ne sont pas indispensables à l'obtention des avantages invoqués (point 241 des considérants) et laissent à HB Ice Cream la possibilité d'éliminer en grande partie la concurrence sur le marché en cause (points 242 à 246 des considérants).

23 S'agissant de l'application de l'article 86 du traité, la Commission considère que la requérante occupe une position dominante sur le marché des glaces destinées à la consommation immédiate vendues en conditionnement individuel en Irlande.

24 Elle estime (point 263 des considérants):

« [HB Ice Cream] exploite de façon abusive sa position dominante sur le marché en cause dans le sens où elle incite les détaillants [...] qui, pour entreposer les glaces destinées à une consommation immédiate, ne possèdent pas leur propre congélateur ou ne disposent pas de congélateur(s) provenant d'un fournisseur de glaces autre que [HB Ice Cream], à accepter des accords de mise à disposition de congélateurs soumis à une condition d'exclusivité. Cette violation de l'article 86 prend la forme d'une offre de fourniture de congélateurs aux détaillants ainsi que de maintenance de ces appareils, sans frais directs pour les détaillants. »

En droit

Sur les demandes en intervention

25 Les demandes en intervention, présentées respectivement par Mars et par Treats, doivent être examinées séparément.

26 En ce qui concerne celle introduite par Mars, il convient de relever que la décision litigieuse met un terme à la procédure administrative engagée par la Commission à la suite de la plainte déposée par Mars le 18 septembre 1991, dans laquelle elle faisait valoir que la fourniture par HB Ice Cream de congélateurs à un grand nombre de détaillants sur la base de la clause d'exclusivité du congélateur et les conditions auxquelles les congélateurs étaient mis à la disposition des détaillants l'empêchaient, par une restriction de concurrence, d'avoir accès aux points de vente au détail pour la distribution, en Irlande, de ses glaces destinées à la consommation immédiate. Il est par ailleurs constant que Mars a participé activement à la procédure administrative devant la Commission. Enfin, ainsi que la requérante l'a elle-même souligné dans ses écritures, le contentieux l'opposant à Mars, toujours pendant devant le juge national, concerne la légalité de la clause d'exclusivité contenue dans les accords de mise à disposition des congélateurs de HB Ice Cream en Irlande au regard du droit communautaire de la concurrence.

27 Dans ces conditions, Mars justifie d'un intérêt à intervenir au soutien des conclusions de la Commission dans la présente instance en référé.

28 L'autre demanderesse en intervention, Treats, invoque en substance deux motifs justifiant, selon elle, son intérêt à la solution du litige. En premier lieu, elle serait active sur le marché des glaces destinées à la consommation immédiate en Grande-Bretagne ainsi qu'en Irlande du Nord et elle aurait essayé pendant de nombreuses années d'entrer sur le marché irlandais. Ses tentatives auraient toutefois été vaines en raison du grand nombre de détaillants liés par la clause d'exclusivité figurant dans les accords de fourniture de congélateurs conclus avec la requérante. En second lieu, Treats aurait participé à la procédure administrative devant la Commission.

29 La requérante objecte qu'elle n'a connaissance d'aucune tentative sérieuse de pénétration par Treats du marché des glaces destinées à la consommation immédiate en Irlande et que cette société ne peut donc pas prétendre avoir un intérêt à la solution d'une procédure concernant ce marché. De plus, Treats n'aurait participé que d'une manière limitée à la procédure administrative devant la Commission et aurait cessé d'exprimer un intérêt après mars 1995. Enfin, l'intérêt

que Treats pourrait avoir se trouverait dans le raisonnement qui a conduit à la décision et non pas dans la solution du litige.

30 Cependant, il y a lieu de relever que, ainsi que Treats l'a fait valoir dans ses observations orales, ses ventes aux grossistes irlandais ont triplé entre 1994 et 1997 et que son distributeur établi en Irlande du Nord a commencé à vendre sur le marché irlandais. En outre, les ventes de Treats sur le marché irlandais portent majoritairement sur des glaces destinées à la consommation immédiate.

31 Dans ces conditions, il doit être admis que Treats a un intérêt suffisant à intervenir au soutien des conclusions de la Commission dans la présente instance en référé.

Sur la demande de traitement confidentiel

32 Au stade de la procédure en référé, il convient de faire droit à la demande de traitement confidentiel de certaines informations, introduite par Van den Bergh, dans la mesure où de telles informations sont susceptibles, à première vue, d'être considérées comme secrètes ou confidentielles au sens de l'article 116, paragraphe 2, du règlement de procédure.

Sur la demande de sursis à l'exécution

33 En vertu des dispositions combinées de l'article 185 du traité et de l'article 4 de la décision 88/591/CECA, CEE, Euratom du Conseil, du 24 octobre 1988, instituant un tribunal de première instance des Communautés européennes (JO L 319, p. 1), tel que modifié par la décision 93/350/Euratom, CECA, CEE du Conseil, du 8

juin 1993 (JO L 144, p. 21), le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution de l'acte attaqué.

34 L'article 104, paragraphe 1, du règlement de procédure précise qu'une demande de sursis à l'exécution n'est recevable que si le demandeur a attaqué l'acte en question dans un recours devant le Tribunal. Le paragraphe 2 du même article prévoit qu'une telle demande doit spécifier les circonstances établissant l'urgence ainsi que les moyens de fait et de droit justifiant à première vue (fumus boni juris) l'octroi de la mesure à laquelle elle conclut. La mesure demandée doit en outre être provisoire en ce sens qu'elle ne préjuge pas les points de droit ou de fait en litige ni ne neutralise par avance les conséquences de la décision à rendre ultérieurement au principal (ordonnance du président de la Cour du 19 juillet 1995, Commission/Atlantic Container Line e.a., C-149/95 P(R), Rec. p. I-2165, point 22).

35 Il convient d'examiner si ces conditions sont remplies en l'espèce.

Arguments des parties

36 La requérante rappelle que, par son recours au principal, elle demande l'annulation de la décision litigieuse dans la mesure où la Commission constate une violation des articles 85 et 86 du traité.

37 A cet égard, elle soutient notamment que la décision attaquée contient des erreurs manifestes d'appréciation des faits conduisant à des erreurs de droit. Elle conteste le postulat de la Commission selon lequel la clause d'exclusivité insérée dans les accords de mise à disposition des congélateurs provoque une fermeture du marché irlandais des glaces destinées à la consommation immédiate.

38 En particulier, la Commission considérerait erronément, d'une part, que tous les détaillants n'ayant que des congélateurs de HB Ice Cream sont « liés de fait » et, d'autre part, que le marché irlandais des glaces destinées à la consommation immédiate est réellement « verrouillé ».

39 S'agissant du lien de fait, la requérante affirme que les accords de mise à disposition des congélateurs peuvent, en pratique, être résiliés par le détaillant sans préavis. Celui-ci pourrait alors décider de remplacer le congélateur mis à disposition par HB Ice Cream par un congélateur lui appartenant ou appartenant à un autre fournisseur, ou encore par deux congélateurs plus petits, dont l'un ou les deux peuvent appartenir à une entreprise autre que HB Ice Cream. Au surplus, un détaillant doté d'un congélateur fourni par elle-même aurait toujours la possibilité d'installer un autre congélateur. La Commission aurait donc mal apprécié les possibilités dont disposent les détaillants de remplacer les congélateurs appartenant à HB Ice Cream ou d'installer des congélateurs supplémentaires. Elle aurait, par conséquent, commis une erreur en concluant (point 184 des considérants de la décision) que la catégorie des points de vente dotés uniquement d'un (ou de) congélateur(s) appartenant à la requérante « peut être considérée comme étant, de fait, liée à [HB Ice Cream] par une clause d'exclusivité pour la vente de glaces destinées à une consommation immédiate ».

40 S'agissant du degré de fermeture du marché en cause, la requérante rappelle que, selon la décision, les points de vente dotés uniquement d'un (ou de) congélateur(s) lui appartenant représentent environ 40 % du marché et 40 % des ventes sur le marché en cause. Or, cette analyse ne serait pas correcte, car elle prendrait en compte des points de vente devant pourtant être exclus. Selon les calculs de la requérante, le degré de fermeture du marché serait de l'ordre de 6 %.

41 La requérante invoque également l'existence d'erreurs de droit dans l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité. A cet égard, elle indique que, selon une approche qualitative de l'application de cette disposition à des accords verticaux, déjà suivie par la High Court dans son jugement du 28 mai 1992, l'exclusivité prévue dans les accords conclus avec les détaillants n'est pas de nature à relever du champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité. Une approche

quantitative permettrait de parvenir à la même conclusion. En effet, il n'existerait pas, en l'espèce, de restriction concrète de concurrence suffisante au sens de la jurisprudence pour que l'article 85, paragraphe 1, du traité trouve à s'appliquer (arrêt de la Cour du 28 février 1991, Delimitis, C-234/89, Rec. p. I-935; arrêts du Tribunal du 8 juin 1995, Langnese-Iglo/Commission, T-7/93, Rec. p. II-1533, et Schöller/Commission, T-9/93, Rec. p. II-1611).

42 Elle soutient encore que la Commission a commis une erreur d'appréciation en refusant de lui accorder une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité, car les quatre conditions cumulatives requises par cette disposition seraient réunies. En particulier, les avantages découlant de la clause d'exclusivité justifieraient normalement une telle exemption: réduction des coûts de distribution des glaces, large disponibilité géographique des glaces destinées à la consommation immédiate, économies d'échelle sur l'acquisition et la maintenance des congélateurs, amélioration du « merchandising », meilleure visibilité du produit et protection de la qualité du produit. La Commission elle-même aurait auparavant admis le caractère indispensable de l'exclusivité pour obtenir les avantages découlant des accords conclus par la requérante avec ses détaillants.

43 En appliquant l'article 86 du traité aux faits de l'espèce, la Commission aurait également commis une erreur d'appréciation puisqu'elle se serait essentiellement fondée sur un prétendu effet de fermeture provoqué par les accords de mise à disposition des congélateurs de HB Ice Cream.

44 A propos de l'urgence d'un sursis à l'exécution de la décision, la requérante fait valoir que la mise en conformité de ces accords avec le dispositif de la décision attaquée aura pour conséquence que les détaillants placeront immédiatement ou rapidement des glaces fabriquées par d'autres producteurs dans des congélateurs qui lui appartiennent et qu'elle entretient. Il en découlerait un préjudice financier et une évolution commerciale qu'il lui serait impossible de renverser ultérieurement. A cet égard, si les détaillants directement concernés par la décision s'habituaient à entreposer dans ses congélateurs des produits tiers, elle se verrait ultérieurement confrontée à d'énormes difficultés pratiques pour réaffirmer la condition d'exclusivité en cas d'annulation de la décision au fond.

45 Enfin, la requérante met en balance les intérêts en présence, soit, d'une part, le préjudice susceptible de lui être causé en cas d'exécution de la décision et, d'autre part, l'intérêt de la Commission à mettre fin à l'infraction aux règles de concurrence qu'elle prétend avoir constatée. Dans ses observations écrites, elle souligne notamment qu'une question préjudicielle pourrait être posée par la Supreme Court à la Cour de justice au titre de l'article 177 du traité relativement à la compatibilité avec les dispositions du traité de la clause d'exclusivité convenue dans les accords qu'elle a passés avec les détaillants. En outre, l'absence de sursis à l'exécution de la décision pourrait avoir pour effet de compromettre voire de permettre d'éluder les effets de l'ordonnance, pleinement exécutoire, rendue par la High Court.

46 La Commission estime que la demande de sursis à l'exécution est irrecevable pour autant qu'elle vise les articles 1er à 3 de la décision, puisque ces dispositions ne pourraient pas être exécutées.

47 Par ailleurs, rappelant les termes de la décision, elle souligne que celle-ci ne retient pas que la soumission des congélateurs à une condition d'exclusivité est en soi contraire à l'article 85, paragraphe 1, du traité. Dans la situation particulière du marché des glaces alimentaires en Irlande, des accords se bornant apparemment à instaurer une condition d'exclusivité sur les congélateurs auraient pour effet de soumettre, en fait, les points de vente à une clause d'exclusivité (en ce sens, arrêts Langnese-Iglo/Commission et Schöller/Commission, précités). Les points de vente liés de fait par la clause d'exclusivité représenteraient au moins 40 % du marché et 40 % des ventes sur le marché en cause. L'élément clé de son appréciation serait donc l'effet économique de l'accord. A cet égard, la Commission conteste que le degré de fermeture du marché puisse être évalué à 6 %, ainsi que l'allègue la requérante.

48 Elle soutient en outre qu'elle n'est aucunement liée par le jugement rendu par la High Court dans le litige opposant la requérante à Mars, dans le cadre duquel a été appliqué le droit communautaire. Ce jugement serait fondé sur la situation ayant existé en 1992, alors que la décision attaquée tiendrait compte d'une étude de marché de 1996 et des parts de marché de 1997. De plus, entre 1992 et 1997, la

requérante aurait modifié le système examiné par la High Court, et la Commission, aux fins de son appréciation, aurait tenu compte des arrêts Langnese-Iglo/Commission et Schöller/Commission, précités, rendus par le Tribunal en 1995.

49 En ce qui concerne l'application de l'article 86 du traité, la Commission rappelle principalement que la notion d'exploitation abusive est une notion objective.

50 Pour le surplus, elle conteste tous les moyens et arguments de la requérante et conclut que celle-ci, à la lumière de la jurisprudence, n'a pas établi le fumus boni juris.

51 S'agissant de l'urgence, elle n'aurait pas été démontrée par la requérante, et le préjudice invoqué, qui serait constitué par une perte de ventes, ne serait pas établi. Quant au préjudice lié au profit que tireraient les concurrents de Van den Bergh, la Commission estime que celle-ci pourrait récupérer son investissement auprès des détaillants de diverses manières. Enfin, il n'apparaîtrait pas en l'espèce que l'absence de sursis à l'exécution de la décision exposerait la requérante à une situation susceptible de mettre en péril son existence même ou de modifier de manière irrémédiable ses parts de marché (notamment, ordonnance du président du Tribunal du 7 novembre 1995, Eridania e.a./Conseil, T-168/95 R, Rec. p. II-2817, point 42).

52 Dans ses observations écrites et orales, Mars a fait valoir qu'elle avait un intérêt immédiat à faire concurrence à Van den Bergh sur le marché des produits en cause. Elle estime que les intérêts des consommateurs, des détaillants et des fournisseurs devraient être pris en considération par le juge des référés dans son appréciation.

53 Quant à Treats, elle considère qu'il est urgent que la décision reçoive exécution immédiate, afin que soient levés les obstacles structurels barrant l'accès au marché irlandais des produits en cause.

Appréciation du juge des référés

— *Sur le fumus boni juris*

54 Il y a lieu de constater que les parties s'opposent fondamentalement quant aux conditions réelles d'accès au marché en cause et quant au degré de fermeture de ce marché. En effet, la requérante conteste que les détaillants n'ayant que des congélateurs mis à disposition par elle soient « liés de fait » et que le marché irlandais des glaces destinées à la consommation immédiate soit réellement « verrouillé ».

55 S'agissant du second élément en discussion, la requérante souligne que le fait qu'environ 40 % de l'ensemble des points de vente soient dotés uniquement de congélateurs qu'elle a mis à leur disposition ne signifie pas que 40 % des points de vente soient rendus inaccessibles aux fournisseurs concurrents. La Commission, lors de son calcul du degré de fermeture du marché, aurait notamment eu tort d'inclure tous les points de vente dotés d'au moins deux congélateurs lui appartenant, puisqu'il s'agirait à l'évidence de points de vente disposant d'un espace suffisant pour entreposer un congélateur appartenant en propre au détaillant ou à un autre fournisseur.

56 A cet égard, il convient de souligner que, si le Tribunal devait effectivement constater que la Commission a commis une erreur lors de l'appréciation du degré de fermeture du marché, une telle constatation revêtirait une importance certaine pour apprécier l'ampleur de la restriction de concurrence sur ce marché au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité.

57 L'argumentation consacrée par la requérante au degré de fermeture du marché justifie donc d'être examinée de façon approfondie. Cependant, un tel examen ne saurait être effectué dans le cadre du présent référé.

58 Dans la mesure où la délivrance d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité dépend de l'appréciation préalablement opérée en vertu de l'article 85, paragraphe 1, il n'appartient pas non plus au juge des référés de se prononcer sur l'argumentation consacrée à la réunion des conditions d'une exemption.

59 Il ressort en outre d'un examen à première vue de la décision que l'appréciation du comportement de la requérante, opérée par la Commission en vertu de l'article 86 du traité, est très étroitement liée à celle, réalisée au titre de l'article 85, paragraphe 1, des accords passés par HB Ice Cream pour la distribution en Irlande de ses glaces destinées à la consommation immédiate, accords aux termes desquels elle fournit des congélateurs aux points de vente stockant ses produits, sous réserve d'une clause d'exclusivité. En effet, l'appréciation de la Commission au titre de l'article 86 du traité repose sur la constatation suivante: « Lorsque, comme en l'espèce, un opérateur économique détient une position dominante sur le marché, un approvisionnement exclusif (qu'il s'agisse de l'objet ou de l'effet des accords conclus par cet opérateur) constitue une entrave inacceptable à l'entrée sur ce marché [...] » (point 265 des considérants). L'allégation de l'existence d'un approvisionnement exclusif repose sur la considération selon laquelle il serait extrêmement difficile de persuader les détaillants de remplacer les congélateurs en place fournis par HB Ice Cream par un congélateur provenant d'une autre source ou d'en installer de nouveaux. Or, une telle prémisse est précisément mise en cause par la requérante lorsqu'elle conteste l'appréciation, faite par la Commission dans la décision, des conditions réelles d'accès au marché en cause et du degré de fermeture de ce marché.

60 Enfin, il apparaît que le juge national compétent a été saisi d'une question relative à la légalité, au regard des articles 85 et 86 du traité, de la clause d'exclusivité contenue dans les accords de mise à disposition des congélateurs, passés par la

requérante avec les détaillants. Par un jugement rendu le 28 mai 1992, il a considéré que cette clause d'exclusivité ne violait ni l'article 85, paragraphe 1, ni l'article 86 du traité.

61 Au vu de tout ce qui précède, il ne saurait être considéré que les moyens invoqués par la requérante sont, à première vue, dépourvus de tout fondement.

— *Sur l'urgence*

62 Il ressort d'une jurisprudence constante que le caractère urgent d'une demande de sursis doit s'apprécier par rapport à la nécessité qu'il y a de statuer provisoirement afin d'éviter qu'un préjudice grave et irréparable ne soit occasionné à la partie qui sollicite le sursis. A cet égard, il suffit, particulièrement lorsque la réalisation du préjudice dépend de la survenance d'un ensemble de facteurs, qu'elle soit prévisible avec un degré de probabilité suffisant (voir, notamment, ordonnance de la Cour du 29 juin 1993, Allemagne/Conseil, C-280/93 R, Rec. p. I-3667, points 32 et 34).

63 En l'espèce, l'exécution immédiate de la décision litigieuse implique la dénonciation de la clause d'exclusivité contestée, applicable aux congélateurs installés dans les points de vente visés par l'article 1er de la décision. Partant, elle implique la mise en cause d'un système de distribution en vigueur depuis de nombreuses années sur le marché irlandais. En effet, s'il n'est pas sursis à l'exécution de la décision, les concurrents de Van den Bergh sur le marché en cause, tels que Mars et Treats, vont s'efforcer immédiatement de vendre leurs produits dans les points de vente, précédemment moins facilement accessibles, en les faisant entreposer dans les congélateurs appartenant à la requérante. Or, il y a lieu de relever l'importance du caractère saisonnier des ventes des produits concernés, qui sont vendus essentiellement durant la période estivale.

64 Dans ces conditions, la mise en cause du système de distribution de la requérante découlant de la dénonciation de la clause d'exclusivité présente un caractère grave et irréparable.

65 En effet, d'une part, dans l'hypothèse d'une annulation de la décision par le Tribunal, le préjudice financier subi par Van den Bergh sera difficilement quantifiable aux fins de sa réparation, faute pour la requérante de pouvoir déterminer de manière suffisamment précise dans quelles proportions les diminutions constatées des ventes auront été la conséquence, respectivement, d'une activité concurrentielle plus soutenue sur le marché ou d'aléas climatiques constatés durant la haute saison.

66 D'autre part, l'exécution immédiate de la décision est susceptible de créer sur le marché une évolution dont il existe des raisons sérieuses de croire qu'il serait très difficile, voire impossible, de la renverser ultérieurement au cas où il serait fait droit au recours au principal. A cet égard, le juge des référés estime que la requérante invoque à bon droit l'extrême difficulté qu'elle rencontrerait si, après annulation de la décision par le Tribunal, elle devait faire de nouveau respecter la clause d'exclusivité par les détaillants, après une période de plusieurs mois au cours de laquelle ces détaillants auraient vendu d'autres produits entreposés dans ses congélateurs.

67 Toutefois, le sursis à l'exécution de la décision litigieuse est, en même temps, susceptible de contribuer à la consolidation de la structure actuelle du marché et, ce faisant, d'empêcher les concurrents de Van den Bergh, dont Mars et Treats, de vendre leurs produits dans les points de vente des détaillants liés par la clause d'exclusivité litigieuse.

68 En présence d'une telle situation de fait et de droit, il incombe au juge des référés de mettre en balance les intérêts en présence, y compris l'intérêt qu'a la Commission à rétablir une concurrence effective.

69 Ainsi, il y a lieu de mettre en balance, d'une part, le risque encouru par la requérante de voir son système de distribution modifié et, d'autre part, l'intérêt qu'a la Commission à mettre fin immédiatement à l'infraction aux règles communautaires de concurrence qu'elle estime avoir constatée. Sur ce point, il convient de souligner que la pratique de l'exclusivité dans les accords de fourniture de congélateurs condamnée par la Commission est une pratique établie de longue date sur le marché en cause. De plus, la longue durée de la procédure administrative ayant conduit à l'adoption de la décision litigieuse résulte partiellement des tentatives de la Commission d'inciter la requérante à modifier, en considération des griefs retenus contre elle, les accords de distribution des glaces pour consommation immédiate conclus avec les détaillants. Ainsi, après la notification de la première communication des griefs, en juillet 1993, dans laquelle la Commission avait provisoirement conclu que le système de distribution mis en place à cette époque était en infraction avec les articles 85 et 86 du traité, la requérante a pris un certain nombre d'engagements notifiés à la Commission en mars 1995 en vue d'obtenir une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité. A la suite de ces engagements, la Commission s'est proposée de rendre une décision d'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité et a publié, en août 1995, une communication au Journal officiel au titre de l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17. Ce n'est donc que parce que la Commission a considéré que les modifications opérées n'avaient finalement pas apporté les résultats escomptés en termes d'accès aux points de vente qu'elle a adressé, en janvier 1997, une nouvelle communication des griefs à la requérante. Dans ces circonstances, la Commission ne saurait invoquer le caractère urgent de l'exécution immédiate de la décision.

70 De plus, il y a lieu de tenir compte du fait que le juge national saisi du litige qui oppose Mars à la requérante a considéré que le système de distribution de celle-ci ne violait pas les dispositions des articles 85 et 86 du traité et a prononcé une injonction permanente à l'encontre de Mars. Le jugement rendu par la High Court le 28 mai 1992 est actuellement examiné par la Supreme Court. Lors de la procédure orale du 10 juin 1998, la Supreme Court, estimant que des questions d'interprétation du traité se posent dans l'affaire pendante devant elle, a manifesté son intention de saisir la Cour de justice au titre de l'article 177 du traité et n'a pas levé l'injonction permanente à l'encontre de Mars. Il s'ensuit qu'une contradiction apparente peut être constatée à première vue entre la Commission et le juge national dans l'application des articles 85 et 86 du traité.

71 Or, à cet égard, si la Commission est responsable de la mise en œuvre et de l'orientation de la politique communautaire de concurrence, elle ne dispose d'aucune compétence exclusive pour l'application des articles 85, paragraphe 1, et 86, sa compétence pour appliquer ces dispositions étant partagée avec les juridictions nationales (arrêt Delimitis, précité, points 44 et 45). En l'espèce, il résulte de ce partage de compétences pour l'application des règles communautaires de concurrence que la décision de la Commission, adoptée le 11 mars 1998, va à l'encontre du jugement rendu par la High Court en 1992.

72 Une telle contradiction contrevenant au principe général de sécurité juridique, il y a lieu d'en limiter autant que possible les effets négatifs. Dans les circonstances très particulières de l'espèce, il convient, dans l'attente de l'arrêt qui sera rendu au fond par le Tribunal, de ne pas compromettre la procédure diligentée devant le juge national, d'autant que celui-ci, d'une part, a déjà manifesté l'intention de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle afin que l'affaire soit traitée en conformité avec le droit communautaire et, d'autre part, n'a pas levé l'injonction permanente.

73 En considération de ces éléments, l'intérêt de la Commission de faire cesser l'infraction ne saurait primer l'intérêt de la requérante de ne pas courir le risque de mettre en péril le système établi, ainsi que l'intérêt de contenir une contradiction dans l'application des dispositions du traité, avant que le Tribunal n'ait eu l'occasion de statuer au fond.

74 En conclusion, l'application immédiate de la décision litigieuse, pendant la durée de la procédure au fond, comporte le risque d'être la cause d'un préjudice grave et irréparable pour la requérante, mais aussi celui de développer une situation d'insécurité juridique. Le fait que les concurrents de Van den Bergh sur le marché éprouvent des difficultés pour assurer la distribution de leurs produits en raison de prétendus obstacles structurels ne saurait primer les risques ainsi identifiés.

75 Dans ces conditions, la mise en balance des intérêts conduit à octroyer le sursis à l'exécution de la décision.

76 Au regard des circonstances propres à l'espèce, le juge des référés considère que les risques identifiés ci-dessus (point 74) constituent une objection fondamentale à ce que la décision faisant l'objet de la demande de sursis soit immédiatement exécutée et que, par conséquent, l'objection de la Commission, selon laquelle le sursis ne saurait concerner les articles 1er, 2 et 3 de la décision, doit être écartée.

Par ces motifs,

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL

ordonne:

1) Master Foods Ltd et Treats Frozen Confectionery Ltd sont admises à intervenir dans l'affaire T-65/98 R au soutien des conclusions de la partie défenderesse.

2) Il est fait droit, au stade de la procédure en référé, aux demandes de traitement confidentiel présentées par Van den Bergh Foods Ltd pour certains éléments contenus dans sa demande de sursis à l'exécution et dans la décision de la Commission du 11 mars 1998, relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CE (IV/34.073, IV/34.395 et IV/35.436 — Van den Bergh Foods Ltd).

3) L'exécution de cette décision de la Commission est suspendue jusqu'au prononcé de l'arrêt du Tribunal mettant fin à l'instance dans l'affaire au principal.

4) Les dépens sont réservés.

Fait à Luxembourg, le 7 juillet 1998.

Le greffier

H. Jung

Le président

B. Vesterdorf