# CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. G. FEDERICO MANCINI présentées le 17 mars 1987 *

*Monsieur le Président,*
*Messieurs les Juges,*

1. Par deux recours enregistrés au mois de juin 1984, la British-American Tobacco Company Ltd (ci-après « BAT ») et la Reynolds Industries Incorporated (ci-après « Reynolds ») vous demandent d'annuler l'acte du 22 mars 1984 par lequel la Commission des Communautés européennes a rejeté les plaintes qu'elles ont introduites en application de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 17, du 6 février 1962 (JO du 21.2.1962, p. 204), contre les accords conclus entre la Philip Morris Incorporated (ci-après « Philip Morris ») et la Rembrandt Group Ltd (ci-après « Rembrandt »). En effet, selon l'institution, ces accords n'enfreignent pas les articles 85 et 86 du traité CEE.

L'affaire a pour toile de fond le marché communautaire des cigarettes, sur lequel les entreprises que nous venons de citer opèrent en situation d'oligopole. Les faits remontent au mois d'avril 1981. Après avoir rejeté les offres de BAT et de Reynolds, Rembrandt a cédé à Philip Morris pour trois cent cinquante millions de USD, la moitié du capital en actions d'une de ses sociétés, la Rothmans Tobacco (Holding) Ltd (ci-après « Tobacco Holding ») qui, pour sa part, détenait la majorité des actions dans la Rothmans International (ci-après « Rothmans »). Le contrat prévoyait également que les activités de cette dernière entreprise — chef de file dans une partie importante du marché européen — fussent gérées en commun.

Mais la satisfaction des contractants fut de courte durée. En effet, le 4 mai 1981, Reynolds a dénoncé leur accord aux fonctionnaires de la direction « concurrence »: grâce à la participation de 50 % dans la Tobacco Holding — a observé l'entreprise —, Philip Morris est désormais en mesure d'influencer considérablement le comportement de Rothmans, sa concurrente directe et habituelle. L'article 85, paragraphe 1, en matière d'accords, et l'article 86 relatif à l'exploitation abusive d'une position dominante apparaissaient donc comme violés.

Ainsi est née, amplifiée quelques mois plus tard par la plainte parallèle de BAT (20 janvier 1982), « l'affaire des cigarettes ». La Commission l'a affrontée énergiquement en adressant, le 19 mai, à Rembrandt et à Philip Morris — qui lui avaient notifié l'accord dans l'espoir d'obtenir l'exemption prévue par l'article 85, paragraphe 3 — une communication des griefs formelle, dans laquelle elle les accusait de ne pas respecter les interdictions sanctionnées par le traité. Les deux sociétés ont esquissé une tentative de défense, mais ont rapidement compris que, pour échapper à la condamnation, elles devraient modifier profondément la structure de leur « *partnership* ».

Il s'en est suivi une négociation complexe qui a abouti en 1983. Fût-ce *obtorto collo*, Philip Morris a accepté de rétrocéder sa part de la Tobacco Holding pour devenir en

* Traduit de l'italien.

échange, mais avec une participation correspondant à 24,9 % des voix, actionnaire direct de Rothmans. De son côté, étant à nouveau propriétaire unique de la société d'investissement, Rembrandt a repris sur Rothmans un contrôle dégagé de l'influence de Philip Morris. Les liens de coopération précédents ont été supprimés, tandis qu'étaient renforcées certaines clauses déjà prévues dans l'accord de 1981 et qui concernaient l'entrée de tiers dans le capital de Rothmans. En outre, l'institution de surveillance a obtenu des parties que celles-ci s'engagent à maintenir une concurrence entre elles et à l'informer en temps utile de toute initiative susceptible de modifier le *statu quo*. En somme, de l'accord conclu trois années auparavant, seul le prix demeurait inchangé.

L'arrangement ainsi obtenu est apparu à la Commission comme étant susceptible d'être soumis à des modalités efficaces de contrôle et, en tout cas, comme étant compatible avec les dispositions communautaires. En conséquence, elle a communiqué, le 16 décembre 1983, à BAT et à Reynolds les éléments essentiels des nouveaux accords ainsi que les motifs qui l'auraient amenée à classer leurs plaintes respectives, et elle leur a imparti un délai pour présenter leurs observations éventuelles en application de l'article 6 du règlement n° 99 du 25 juillet 1963 (JO du 20.8.1963, p. 2268).

Les deux sociétés ont répondu en temps utile: l'accord — ont-elles observé — a changé dans sa forme, mais pas sur le fond. Il doit donc être condamné. La Commission est cependant demeurée inébranlable et, le 22 mars 1984 — soit au lendemain de la signature du nouvel accord entre Rembrandt et Philip Morris —, elle a notifié à BAT et à Reynolds le rejet de leurs plaintes. D'où les recours sur lesquels vous êtes appelés à vous prononcer.

2. Par ordonnances rendues le 26 septembre et le 28 novembre 1984, la Cour a décidé de joindre les deux affaires (142/84, BAT, 156/84, Reynolds) pour des raisons de connexité et d'autoriser Philip Morris et Rembrandt à intervenir dans la procédure au soutien des conclusions de la Commission.

*In limine litis*, Rembrandt a excipé de l'irrecevabilité des deux recours en invoquant votre jurisprudence relative aux conditions subjectives et objectives de l'action. Celui qui demande à la Commission de constater une infraction aux règles de concurrence, affirme-t-elle en particulier, n'a pas « le droit d'exiger une décision définitive sur la procédure engagée à la suite de sa plainte... » (arrêt rendu le 18 octobre 1979 dans l'affaire 125/78, GEMA/Commission, Rec. 1979, p. 3173, point 18 des motifs). Cela ne signifie pas que la lettre de classement envoyée aux plaignants en vertu de l'article 6, précité, du règlement n° 99/63 soit à l'abri de recours au titre de l'article 173, alinéa 2, du traité. Toutefois, pour être susceptible de recours, cet acte doit produire « des effets ... obligatoires, de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci » (arrêt rendu le 11 novembre 1981 dans l'affaire 60/81, IBM/Commission, Rec. 1981, p. 2639, point 9 des motifs).

Certes, poursuit Rembrandt, ce n'est pas la seule règle que la Cour a énoncée en la matière. Ainsi, en se prononçant sur une déclaration d'exemption, les juges ont dit pour droit que, dans l'intérêt « d'une bonne justice et d'une exacte application des

articles 85 et 86 », les plaignants doivent disposer, s'il n'est pas fait droit, en tout ou en partie, à leur demande, « d'une voie de recours destinée à protéger leurs intérêts légitimes » et cela parce que, bien qu'ils soient des tiers par rapport à cet acte, ils remplissent la condition visée à l'article 173, alinéa 2, dernière partie (arrêt rendu le 25 octobre 1977 dans l'affaire 26/76, Metro/ Commission, Rec. p. 1875, attendu 13). D'aucuns diront, observe encore Rembrandt, que les deux arrêts sont contradictoires. En réalité, les principes qu'ils posent se complètent. Pour attaquer le classement, le plaignant est en effet tenu de démontrer que, bien qu'elle ne constitue pas une décision, cette mesure le concerne « directement et individuellement » (arrêt Metro) en ce sens qu'elle lèse ses intérêts spécifiques (arrêt IBM).

Or, BAT et Reynolds n'ont pas prouvé concrètement qu'elles ont subi un tel préjudice, alors qu'il est incontestable que la lettre du 22 mars 1984 était destinée à clore « l'affaire des cigarettes » en sanctionnant la légalité d'un accord concernant uniquement Rembrandt et Philip Morris. Les requérantes ne disposent donc pas d'un droit de recours et cette conclusion est corroborée par l'arrêt rendu le 10 juin 1982 dans l'affaire 246/81 (Lord Bethell/Commission, Rec. p. 2277), qui a déclaré irrecevable un recours formé dans le cadre d'une espèce à maints égards analogue à la nôtre.

L'examen des arguments ainsi résumés appelle une remarque préliminaire peut-être un peu abrupte mais juste et, comme disent les britanniques, « sobering ». En matière de recours au titre de l'article 173, alinéa 2, la Cour et la doctrine ont fait couler beaucoup d'encre, mais elles ne sont pourtant pas parvenues à formuler des règles univoques, agencées systématiquement et aisément compréhensibles. L'indispensable clarté fait donc défaut sur un problème très délicat du droit communautaire et le cas dont nous traitons fournit précisément une preuve éloquente des difficultés que suscite cette situation.

La disposition, nous le savons, distingue les sujets disposant du droit de recours en deux catégories: les destinataires d'une décision adoptée par une institution communautaire et les personnes qui, ne l'étant pas, doivent démontrer l'aptitude de la décision à les concerner « directement et individuellement ». BAT et Reynolds — dont les recours ont pour objet une « lettre-décision » par laquelle la Commission leur a notifié le classement de leurs plaintes respectives — appartiennent manifestement à la première catégorie. Toutefois, objecte-t-on, la lettre constate ou reflète la reconnaissance de la légalité des nouveaux accords conclus entre Rembrandt et Philip Morris, et, considérée sous ce jour, elle ne concerne pas directement les requérantes. On passe ainsi de la première à la seconde catégorie, à laquelle s'appliquent des principes bien plus complexes et, en tout cas, différents.

Quelle voie choisir? A notre avis, il est impossible d'échapper au dilemme tant que l'on s'obstine à tirer des indications contraignantes de votre jurisprudence. Au contraire, il y a lieu de déterminer la situation exacte des requérantes par rapport à l'acte attaqué et aux dispositions sur lesquelles il repose. Or, l'objectif de ces dernières, et notamment des articles 85 et 86, est connu: elles visent à garantir qu'à l'intérieur du marché commun le commerce entre les entreprises et à l'égard des

consommateurs se déroule d'une manière loyale. Dans ce cadre, leur premier règlement d'application (n° 17/62) autorise « les personnes ... qui font valoir un intérêt légitime » (mais notons-le: cet intérêt dépasse la sphère du plaignant pour coïncider avec celui de l'ordre juridique) à saisir la Commission pour qu'elle constate l'éventuelle violation des dispositions « antitrust » et assure ainsi la réalisation de l'objectif précité.

L'exécution d'une telle tâche implique cependant: a) que la Commission dispose d'un certain pouvoir d'appréciation technique en ce qui concerne l'opportunité d'ouvrir une enquête et la vérification des conditions auxquelles est subordonnée l'application des interdictions sanctionnées par le traité; b) qu'elle exerce ce pouvoir d'une manière légale, c'est-à-dire dans le respect des finalités qui le justifient et des règles qui le régissent. D'où l'exigence d'attribuer aux particuliers un instrument — le recours, précisément — qui oblige le juge à vérifier si l'organe de surveillance qu'ils ont saisi a apprécié la situation qui lui a été soumise à la lumière des objectifs et sur la base des critères prévus par la loi.

Sous cet angle, nous semble-t-il, la position de la personne qui attaque le classement de sa plainte n'est pas différente de celle de la personne qui engage une action contre une attestation négative ou une déclaration d'exemption, à savoir contre des décisions qui ne la concernent pas formellement, mais — et c'est ce qui importe — qui impliquent néanmoins le rejet au fond de sa demande. Il y a lieu d'observer, au demeurant, que, dans le premier cas, la Cour s'est exprimée uniquement en termes de « droit de recours » ou d'« intérêt à agir » [ainsi, par exemple, les arrêts rendus le 4 octobre 1983, affaire 191/82 (Fediol/Commission, Rec. p. 2913, points 28 à 31 des motifs), et, moins explicitement, le 11 octobre 1983, affaire 210/81 (Demo-Studio Schmidt/Commission, Rec. p. 3045, point 12), le 28 mars 1985, affaire 298/83 (CICCE/Commission, Rec. p. 1105, point 18 des motifs)]. En revanche, dans la deuxième hypothèse, les juges se sont toujours demandés si l'acte attaqué concernait le plaignant directement et individuellement [voir les arrêts rendus le 28 janvier 1986 dans l'affaire 169/84 (COFAZ et autres/Commission, Rec. p. 391, points 22 et suiv. des motifs), le 22 octobre 1986 dans l'affaire 75/84 (Metro/Commission, Rec. p. 3021, points 19 et suiv. des motifs)].

Si nous entendions appliquer cette jurisprudence à notre espèce, nous devrions conclure que, par le seul fait d'avoir introduit une plainte au sens de l'article 3, paragraphe 2, sous b), du règlement n° 17/62, les requérantes ont également le droit d'en attaquer le rejet. Au contraire, si Rembrandt et Philip Morris avaient bénéficié d'une attestation négative ou d'une déclaration d'exemption, BAT et Reynolds, bien qu'ayant présenté une plainte correspondante, pourraient attaquer ces actes uniquement en ce qu'elles remplissent la condition visée à l'article 173, alinéa 2, dernière partie. Or, nous excluons que cette disparité soit justifiée. Nous ne voyons pas pourquoi l'existence d'une plainte suffit à ouvrir le droit de recours contre le refus de l'administration et il ne nous semble pas qu'à cette fin le rôle plus ou moins actif joué par l'entreprise au cours de la procédure précontentieuse puisse être d'un poids déterminant (*contra*, arrêt rendu le 20 mars 1985 dans l'affaire 264/82, Timex/Conseil et

Commission, Rec. p. 849, points 14 et 15 des motifs).

Mais il y a plus. Nous observons en effet qu'il n'existe pas toujours entre la situation à partir de laquelle le particulier est amené à formuler sa plainte (intérêt légitime) et celle à laquelle le classement donne lieu (intérêt à agir), la coïncidence affirmée dans le premier arrêt Metro. Un exemple: le sieur van Dijk, buraliste, saisit la Commission pour dénoncer l'augmentation des prix des cigarettes qu'il impute aux manœuvres « antitrust » de certains fabricants. Sans ouvrir une enquête, la Commission établit que l'augmentation est due à l'introduction de nouvelles taxes et refuse, par conséquent, de reprocher aux entreprises un comportement incompatible avec le droit communautaire. Le sieur van Dijk pourra-t-il former un recours contre cette réponse? Il nous semble que ce ne soit précisément pas le cas, à moins — mais cela est pratiquement impossible — qu'il parvienne à soutenir *in limine litis* qu'il a été lésé dans ses intérêts substantiels par le défaut d'adoption d'une mesure « antitrust ».

Quoi qu'on en dise, un intérêt à agir est toujours nécessaire. Cela n'implique pas — c'est là que se situe l'erreur de Rembrandt — que les circonstances sur lesquelles se fonde le classement doivent concerner le requérant d'une manière directe et individuelle: en effet, la plainte présentée suffit déjà à faire de lui un destinataire certain de la décision. En revanche, le fait d'avoir intérêt à agir implique qu'il affirme la répercussion *possible* (donc pas l'incidence *concrète*, comme l'exige l'arrêt IBM) des effets résultant de la mesure précitée sur sa sphère juridique. En d'autres termes, la personne qui a introduit une plainte au sens de l'article 3 ne dispose d'un droit de recours contre l'acte explicite ou implicite de rejet que lorsqu'elle soutient que, dans la mesure où l'on peut raisonnablement le prévoir, cette mesure lui causera un préjudice.

C'est précisément ainsi que se présente notre cas. En effet, il est incontestable que les nouveaux accords conclus entre Rembrandt et Philip Morris ont eu au moins une incidence partielle sur le marché communautaire des cigarettes. D'autre part, BAT et Reynolds occupent sur ce marché une position importante. En outre, elles sont les principales concurrentes de Philip Morris et de Rothmans, que Rembrandt contrôle indirectement. Ces éléments ont amené les deux sociétés à déclarer dans leurs recours respectifs que l'acquiescement de la Commission leur a causé un préjudice. Cela suffit à conclure à la recevabilité de leur demande.

3. L'exception soulevée par Rembrandt n'est donc pas fondée. Elle a, cependant, le mérite d'avoir mis en lumière un problème insuffisamment exploré et revêtant une importance considérable pour la solution de notre affaire: quels droits les plaignants détiennent-ils et quelles sont les obligations qui incombent à la Commission en cas de rejet de la demande?

Rappelons qu'en adoptant le règlement n° 17/62 le législateur communautaire a entendu a) « donner aux tiers dont les intérêts peuvent être affectés par une décision, l'occasion de faire valoir *au préalable* » leurs observations; b) « assurer une large publicité des décisions prises »; c) soumettre « *toutes* les décisions (prises en application de notre acte) ... au contrôle de la Cour » (onzième et douzième considérants, souligné par nous). Dans le règlement ultérieur n° 99/63, la première de ces finalités a été confirmée et précisée davantage. En effet, le cinquième considérant déclare que

les plaignants doivent avoir la possibilité « de présenter des observations, lorsque la Commission considère que les éléments recueillis ne justifient pas de donner une suite favorable à la demande »; et l'article 6 dispose que, dans cette hypothèse, l'institution « indique les motifs (qui ont emporté sa conviction) aux demandeurs et leur impartit un délai pour présenter par écrit leurs observations éventuelles ».

Interprétant pour la première fois cette disposition (arrêt GEMA, précité), la Cour a affirmé que la communication qu'elle prévoyait a seulement un but d'information. L'acte « implique (en effet) le classement de l'affaire, sans pourtant empêcher la Commission de rouvrir le dossier, si elle l'estime utile, notamment dans le cas où le demandeur fournit, dans le délai qu'elle lui octroie ... de nouveaux éléments de fait ou de droit. La thèse ... selon laquelle l'auteur d'une demande présentée en vertu de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 17/62 aurait le droit d'obtenir ... une décision ... quant à l'existence de l'infraction alléguée ne saurait être retenue » (point 17 des motifs).

Disons immédiatement que cette affirmation nous laisse également perplexe. Comme on l'a vu, le Conseil a voulu offir aux intéressés la possibilité d'exprimer leur avis *avant* que la Commission ne close l'enquête. La communication de l'article 6 ne saurait donc avoir pour seul objectif de faire connaître au plaignant les motifs d'un classement déjà décidé. Au contraire, elle doit lui permettre de « présenter des observations » sur les raisons pour lesquelles la Commission *envisage* de rejeter la demande. D'ailleurs, la fixation d'un *délai* pour sa réponse n'a de sens que dans une telle perspective. Des délais sont imposés lorsqu'il est nécessaire d'aboutir rapidement à un résultat déterminé et l'expérience enseigne qu'il ne saurait être ou qu'il est rarement urgent de rouvrir une enquête qui vient d'être close.

Ce n'est pas tout. Dans des cas comme le nôtre, l'obligation de communiquer les motifs nous paraît répondre à un double intérêt: elle sert au destinataire pour apprécier la pertinence de l'appréciation dont ont fait l'objet les faits qu'il a dénoncés et elle sert à la Commission pour établir, sur la base des observations qui lui ont été présentées, si « les éléments recueillis » suffisent à justifier le classement. Que l'on réduise la portée de ces objectifs, comme le fait l'arrêt GEMA, et la disposition de l'article 6 aura perdu une bonne partie de son effet utile. Ajoutons enfin que la thèse que nous préférons est conforme à ce que l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17/62 dispose en ce qui concerne les autres cas dans lesquels l'organe de surveillance estime ne pas devoir appliquer les interdictions des articles 85 et 86.

Venons-en au cas concret. Dans le onzième rapport sur la politique de concurrence (1981), la Commission a déclaré que la communication en question « ne constitue pas une décision au sens (du) ... traité et ne peut donc pas être attaquée au moyen d'un recours ». Il est vrai qu'en quelques occasions — ainsi la procédure Demo-Studio Schmidt — la plainte a été rejetée formellement. Toutefois, ces cas étaient d'intérêt général parce qu'ils soulevaient des problèmes juridiques nouveaux et n'impliquaient pas que la Commission reconnût aux particuliers « un droit ... de (l') obliger à intervenir ». Au cours de nos affaires, la défenderesse a rappelé avec force ces prin-

cipes et soutenu, sur la base de ceux-ci, que les recours sont irrecevables en ce qui concerne la partie dans laquelle ils demandent à la Cour de contraindre la Commission par injonction à prendre une décision conforme aux intérêts des requérantes.

L'exception ainsi soulevée est assurément fondée. En matière de contrôle de la légalité des actes communautaires, la Cour n'a pas en effet d'injonction à adresser à qui que ce soit. Il appartiendra plutôt à l'institution dont émane l'acte annulé de prendre, en vertu de l'article 176, « les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt » (voir arrêt rendu le 24 juin 1986 dans l'affaire 53/85, Akzo/Commission, Rec. p. 1965, point 23 des motifs). Mais, cela étant admis, il y a lieu d'ajouter immédiatement que la pratique revendiquée par la Commission est sans aucun doute incorrecte en ce qu'elle est contraire aux objectifs de la réglementation « antitrust » et ne satisfait pas aux règles de bonne administration. Ces caractéristiques ressortent avec clarté d'une brève analyse de la procédure que l'organe de surveillance a adoptée dans notre cas en s'inspirant du modèle « Demo ».

La Commission a d'abord déclaré avoir expédié la lettre-décision du 22 mars 1984 uniquement parce que BAT et Reynolds lui avaient demandé de le faire. On en déduit que, en l'absence d'une demande de la part des deux entreprises, elle se serait limitée à la communication visée à l'article 6: il est pourtant indéniable, comme nous le verrons par la suite, que l'intervention des accords entre Rembrandt et Philip Morris a fait surgir des problèmes inédits et assurément d'intérêt général. L'institution ne partage pas ce point de vue. Dans son mémoire en défense (n° XIV, p. 25), elle observe en effet que le contenu de la lettre attaquée reprend les solutions du passé. Or, pourrait-on lui répondre, s'il en était ainsi, pourquoi appliquer à BAT et à Reynolds la ligne suivie dans le cas « Demo »?

Il y a donc là une série de contradictions et elles constituent la toile de fond d'un tableau profondément préoccupant. Il est aisé d'en décrire les traits essentiels: les modalités de classement des pratiques « antitrust » et la possibilité d'un contrôle juridictionnel de leur régularité relèvent en tout et pour tout du pouvoir discrétionnaire de l'organe de surveillance. En termes simples, cette mesure est ou non attaquable selon la manière dont la Commission la baptise. Elle est attaquable si elle utilise le terme magique « décision », elle ne l'est pas dans le cas contraire. Nous sommes *toto coelo* loin, en somme, des intentions de protection des tiers et de « large publicité » que le législateur a énoncées dans les motivations des règlements auxquels nous avons fait allusion.

Voyons, au contraire, de quelles règles le tableau devrait s'inspirer pour que ces intentions ne soient pas frustrées. Le premier principe veut que, puisqu'il trouve son origine dans les objectifs des règles de concurrence, le droit de recours ne saurait être subordonné à la forme de l'acte par lequel la plainte est rejetée. Selon le deuxième principe, même si elle n'est pas tenue d'adopter une décision définitive sur l'existence de l'infraction, la Commission ne peut pas suspendre *ad libitum* l'enquête ouverte. Il ressort, au contraire, des dispositions des règlements précités (mais en particulier des articles 9, paragraphe 3, et 19 du premier règlement, article 6 du second) que, lorsqu'elle a ouvert une enquête dont elle envisage le classement, elle est tenue a) de communiquer au plaignant les motifs de cette intention; b) de lui impartir un délai approprié pour présenter ses observations;

c) de prendre une décision définitive non pas sur l'infraction mais sur la demande.

Troisième principe. Comme l'attestation négative, le classement ne lie l'organe que dans la mesure où l'état des choses sur la base desquelles la décision a été prise ne change pas. D'autre part, puisqu'il a été destiné au plaignant, cet acte ne produit pas d'effet à l'égard des tiers, sauf qu'il restitue aux États membres le pouvoir d'appliquer les articles 85 et 86 (article 9, paragraphe 3, du règlement n° 17/62). La conclusion à laquelle ces éléments conduisent est évidente: puisque la décision définitive sur la demande garantit la sécurité des rapports juridiques entre les parties, le plaignant pourra exercer le droit de recours en connaissant la réponse de la Commission à ses observations et la Cour sera en mesure de procéder à un contrôle complet et effectif de la légalité de la mesure prise à son égard (voir en ce sens l'arrêt précité C. ICCE).

En conclusion, sur la base des résultats auxquels nous avons abouti sous les n$^{os}$ 2 et 3, nous estimons que la Commission était tenue de rejeter les plaintes de BAT et de Reynolds par une décision définitive, et que les recours formés contre la décision du 22 mars 1984 sont recevables uniquement en ce qu'ils visent à obtenir l'annulation de celle-ci.

4. A l'appui de leurs demandes, BAT et Reynolds invoquent un nombre infini d'arguments. Ils peuvent cependant, sans trop d'effort, être regroupés autour de quatre griefs principaux. Pour leur part, les moyens de défense de la Commission et les observations des sociétés intervenantes coïncident en grande partie. Nous pourrons donc presque toujours en traiter d'une manière unitaire.

Les requérantes invoquent les moyens suivants:

1) violation des articles 85, paragraphe 1, et 86, du traité, sous l'angle de l'erreur manifeste en ce que la Commission a estimé que les accords de 1984 sont compatibles avec ces dispositions et les engagements pris par les contractants suffisent à éviter des infractions actuelles ou futures au droit communautaire;

2) violation de l'article 190 du traité pour défaut de motivation de la décision;

3) violation du principe de bonne foi et des formes substantielles, parce que l'instruction menée par l'organe de surveillance n'a pas permis un examen objectif et loyal des plaintes;

4) violation des droits fondamentaux parce que la décision a été prise sur la base de considérations sur lesquelles les requérantes n'ont pas eu l'occasion d'exprimer leur point de vue.

5. En raison de la connexité qu'ils présentent avec les arguments abordés *sub* n° 3, nous examinerons en premier lieu les deux derniers griefs. En ce qui concerne le quatrième, BAT et Reynolds rappellent que « les destinataires de décisions des autorités publiques qui affectent de manière sensible leurs intérêts doivent être mis en mesure de faire connaître utilement leur point de vue » (arrêt rendu le 23 octobre 1974 dans l'affaire 17/74, Transocean Marine Paint Association/Commission, Rec. p. 1063, attendu 15). Or, la Commission n'a pas transmis aux deux entreprises certains éléments d'importance considérable contenus dans la communication des griefs et dans les accords de 1981 en se justifiant par la nécessité de protéger le secret

commercial exigé par Philip Morris et Rembrandt. Dans la décision, figurent, en outre, des motifs auxquels la lettre du 16 décembre 1983 ne faisait pas référence. Les destinataires n'ont donc pas pu se prononcer sur ceux-ci.

Passons à la bonne foi et aux formes substantielles. La Commission les aurait violées en décidant le classement sous l'influence de facteurs étrangers à la procédure et après avoir tenu avec les émissaires de Philip Morris des réunions dont il n'existe pas de procès-verbal. Cela expliquerait, entre autres, sa surprenante évolution de la sévérité de 1981 vers l'indulgence de 1983. Rappelons, à cet égard, que les requérantes ont demandé à la Cour d'inviter la défenderesse à produire a) les textes des accords de 1981, de la communication des griefs et des actes qu'elle a considérés, à tort, comme couverts par le secret; b) tous les documents dont résultent les véritables raisons de sa volte-face.

Les deux moyens ne sont pas fondés. Le dernier est réfuté par l'ordonnance du 18 juin 1986 par laquelle la Cour a rejeté les demandes que nous venons de mentionner. Les accueillir, avez-vous déclaré, constituerait une mesure d'instruction de caractère exceptionnel et, partant, susceptible de n'être adoptée que s'il pesait sur les motifs de la Commission des doutes sérieux et des soupçons laissant à envisager un détournement de pouvoir. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce. En particulier, la volte-face alléguée de 1983 a été pleinement justifiée à la lumière de la jurisprudence qui présente la communication des griefs comme un acte préparatoire et contenant des appréciations que la Commission est tenue de revoir si les explications qui lui sont fournies par les entreprises destinataires ou si les modifications qu'elles ont apportées aux accords incriminés justifient une telle révision. De même, avez-vous ajouté, la circonstance que la Commission ait tenu des réunions séparées avec Philip Morris n'est pas critiquable. En effet, des rencontres semblables ont eu lieu également avec les entreprises plaignantes et, hormis cela, rien ne permet de suspecter qu'elles ont été dictées par des motifs occultes ou étrangers au droit communautaire (points 11 à 17 des motifs de l'ordonnance).

Ces considérations sont parfaites et n'ont pas besoin de commentaires. Le problème pour lequel elles ont été énoncées nous permet d'ailleurs de compléter, par une remarque peut-être pas inutile, le propos que nous avons développé *sub* n° 3 sur les droits des parties dans la procédure précontentieuse. En effet, les demandes de BAT et de Reynolds procèdent de la conviction que les plaignants doivent pouvoir disposer des mêmes informations et des mêmes garanties que celles dont se servent, d'une part, l'organe de surveillance et, d'autre part, les entreprises incriminées. Or, cette idée est tout à fait dénuée de fondement. Dès le règlement n° 17/62, le législateur a distingué entre les sujets soumis à l'enquête, qui ont le « droit » d'être entendus, et les tiers intéressés auxquels doit être uniquement donnée l'« occasion » de présenter d'éventuelles observations (onzième considérant). Cette position juridique différente est confirmée ensuite par l'article 19 et par les dispositions de procédure du règlement ultérieur n° 99/63.

En outre, si elle était accueillie, la thèse des requérantes transformerait l'enquête en une sorte de confrontation directe entre des

particuliers qui accusent et des particuliers qui se défendent. Or, l'article 89 du traité vise, au contraire, à ce que seul l'organe de surveillance instruise les cas d'infraction présumée aux principes applicables en matière de concurrence. Ce dernier est donc le *dominus* de la procédure et, avec lui, les plaignants ne peuvent que coopérer. La loi, il est vrai, leur confère le droit de connaître les motifs pour lesquels leurs réclamations ont été rejetées. Mais cette prérogative — dont ils bénéficient en tant que porteurs d'un intérêt qui coïncide avec celui de l'ordre juridique et les distingue des autres tiers entendus par la Commission — constitue également la limite extrême de leur participation à l'enquête.

Une remarque succincte sur l'argument relatif à la violation des formes substantielles. Le fait que la mesure attaquée contienne des éléments que n'indique pas la communication *ex* article 6 importe peu, parce que ces points se réfèrent aux critiques formulées par BAT dans sa réponse et constituent une réplique aux motifs que la Commission a déjà fait valoir. Cela prouve que celle-ci a exposé les motifs essentiels qui l'avaient amenée à classer le dossier, et que le destinataire a eu l'occasion de lui faire connaître son point de vue. Enfin, on observera encore que le point tiré de l'arrêt Transocean concerne explicitement les mesures prises à l'égard des entreprises incriminées. Loin d'étayer la thèse de BAT et de Reynolds, il confirme donc que ces sujets ont droit à une protection particulière et non susceptible d'être étendue aux tiers.

6. Les problèmes relatifs à la procédure, au respect des formes et à l'observation des droits fondamentaux étant résolus, il est temps d'entrer dans le vif de l'affaire. Au demeurant, il convient que nous passions d'abord en revue, d'une manière plus détaillée que nous ne pouvions le faire au début de nos conclusions, les principales caractéristiques des entreprises intéressées et de leur marché (A), les accords de 1981 (B) et de 1984 (C), les étapes du processus long et tourmenté qui ont abouti au recours (D).

(A) Tous les protagonistes de notre affaire opèrent principalement dans le secteur industriel et commercial des cigarettes. BAT est la plus importante manufacture de tabac de tout l'occident et a son siège en Grande-Bretagne. Reynolds est une société américaine dont les intérêts s'étendent également à l'industrie alimentaire. Rembrandt a la nationalité sud-africaine et s'occupe d'investissements dans diverses activités commerciales. Philip Morris est le principal exportateur américain de cigarettes et peut-être la première multinationale du secteur. Britanniques sont enfin les deux sociétés auxquelles l'accord se réfère: Tobacco Holding, société d'investissement contrôlée à 100 % par Rembrandt, et sa filiale Rothmans qui se consacre quasi exclusivement à la production et à la vente des cigarettes dont 50 % sont destinées à la consommation européenne.

En ce qui concerne le marché, il est utile de citer en premier lieu un rapport que la Commission a présenté au Parlement en février 1982 [COM(82) 61 final, p. 7]. On y lit que « nonobstant la suppression des droits de douane ... et le franchissement de deux étapes vers l'harmonisation des accises, il n'existe pas (encore) un véritable marché communautaire des cigarettes ... Il est géné-

ralement admis que cet état de choses dépend d'une large série de facteurs (parmi lesquels) notamment la présence d'entreprises publiques et privées (et la mise en œuvre) de politiques différentes en matière de publicité et de protection de la santé ». Cela dit, demandons-nous quelles étaient, à l'époque des faits, les parts des diverses entreprises dans l'ensemble de la Communauté et dans le Benelux: cela parce que ces marchés se caractérisent par une homogénéité élevée et par la position dominante que Rothmans y occupe. La réponse est fournie par les tableaux suivants:

a) *Marché communautaire des cigarettes: années 1976-1982 (en %)*

| | 1976 | 1977 | 1978 | 1979 | 1980 | 1981 | 1982 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Philip Morris | *6,0* | 6,7 | 8,0 | 9,9 | 11,8 | 10,9 | *13,1* |
| Rothmans International | *13,5* | 13,7 | 14,6 | 15,3 | 15,4 | 14,8 | 15,0 |
| R.J. Reynolds | *2,2* | 2,5 | 2,8 | 3,3 | 3,3 | 3,3 | 3,6 |
| BAT | *9,8* | 9,8 | 10,7 | 10,5 | 10,7 | 11,1 | *10,4* |

b) *Marchés belgo-luxembourgeois et néerlandais: années 1980-1982 (en %)*

| | B-L | | | NL | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | 1980 | 1981 | 1982 | 1980 | 1981 | 1982 |
| Philip Morris | 8,7 | 10,3 | * | 7,0 | 8,8 | 10,0 |
| Rothmans International | 47,8 | 47,4 | * | 49,0 | 48,9 | 47,2 |
| R.J. Reynolds | | | | 10,0 | 10,0 | 10,2 |
| BAT | 10,2 | 10,1 | * | 23,0 | 24,1 | 24,5 |

Ces données, a commenté la Commission, montrent que le marché communautaire est « stagnant et oligopolistique » au point « que, en l'absence de concurrence réelle sur le plan des prix et des progrès réalisés dans le domaine de la recherche, la *publicité et l'acquisition (d'autres) sociétés sont les principaux instruments de l'accroissement des parts du marché* » (communication des griefs, point 8, p. 14, souligné par nous). En effet, à la fin de la période en question, seule Philip Morris pouvait se prévaloir d'une performance brillante, alors que les autres entreprises avaient plus ou moins piétiné sur la ligne de départ. Les marchés du Benelux appellent, dans une large mesure, des remarques analogues.

(B) Venons-en à l'accord de 1981. Contre paiement de 350 millions de USD, Rembrandt a transféré à Philip Morris la

moitié du capital de la Tobacco Holding et, indirectement, une participation de 21,9 % sur les bénéfices de sa concurrente Rothmans. Parmi les clauses accessoires, celle qui est énoncée au point 3 revêt une importance particulière. En vertu de celle-ci, les parties s'attribuaient un droit de préemption en cas de vente de leurs actions respectives, et elles s'engageaient à faire en sorte que, même à la suite d'une intervention répressive des autorités « antitrust », tout tiers acheteur fût lié par cette condition.

Or, il nous paraît évident que des accords de ce genre et, en particulier, les transferts d'actions qu'ils prévoient sont incompatibles avec le droit communautaire. Comme la Commission l'a assez bien fait observer en communiquant les griefs aux parties contractantes, l'acquisition par l'entreprise X d'une participation importante dans la société d'investissement qui contrôle l'entreprise concurrente Y « is likely to restrict competition ». En effet, il est évident que, si les deux entreprises continuent à opérer sur le marché, « they will no longer compete in so thoroughgoing a manner as deliberately to harm each other's interests » (p. 16). Au contraire — et c'est précisément le cas de Philip Morris et de Rothmans, la première parce qu'elle est propriétaire à 50 % de la Tobacco Holding, la seconde parce qu'elle est contrôlée par cette société —, ces entreprises seront « amenées à coordonner ... leurs activités commerciales (respectives) ».

Les effets ainsi décrits sont, en outre, rendus encore plus incisifs par les clauses qui accompagnent les obligations fondamentales. Cette remarque vaut surtout pour les engagements pris au point 3 et la raison en est claire. Dans la mesure où ils exigent que soit imposée à tout tiers acquéreur l'adhésion à la clause de préemption qui lie les parties, ils sont en effet eux-mêmes « restrictive of competition since they support and consolidate other restrictive provisions and are open-ended in nature, taking no account of the size, market strength or competitive intentions of the acquiring party » (p. 18).

En conclusion, sur la base de ces éléments et compte tenu de la nature oligopolistique du marché, la Commission a déclaré à titre provisoire que les accords tombaient sous le coup de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1. Par ailleurs, l'article 86 paraissait également avoir été violé: en effet, l'accord contribuait à affaiblir l'action concurrentielle de Philip Morris en renforçant abusivement les positions dominantes détenues par Rembrandt par l'intermédiaire des filiales de Rothmans dans cet important secteur du marché communautaire qu'est le Benelux.

(C) Comme nous le savons, les accords de 1984 ont considérablement modifié les rapports entre Rembrandt et Philip Morris. En effet, cette dernière société a renoncé à la part de 50 % dans le capital de la Tobacco Holding et obtenu en compensation une participation directe égale à 24,9 % des voix dans l'assemblée de Rothmans. De son côté, Rembrandt a récupéré 43,6 % de ces voix, tandis que le capital restant de la société est demeuré entre les mains des petits actionnaires qui le détenaient déjà. Les clauses d'importance majeure prévues par les parties contractantes sont les suivantes:

1) la participation de Philip Morris dans le capital de Rothmans ne doit en aucun cas dépasser 25 % des voix;

2) Rembrandt peut céder ses actions Rothmans uniquement par la vente de l'ensemble du portefeuille, « for cash payable on closing », à un acheteur indépendant ou à au moins dix acheteurs indépendants l'un de l'autre et tous indépendants de Rembrandt, à la condition qu'aucun d'entre eux ne détienne dans Rothmans plus de 10 % des voix. Avant de procéder à la vente, Rembrandt doit accorder à Philip Morris ou à un tiers désigné par cette société, un droit de préemption sur l'achat en en spécifiant les conditions;

3) les mêmes règles s'appliquent à Philip Morris;

4) a) si elle entend vendre ses actions Rothmans à un seul acheteur, Rembrandt doit faire en sorte qu'il offre à Philip Morris d'acheter l'ensemble du portefeuille d'actions Rothmans qui lui appartient « at the same average cash price per equity share as applies to Rembrandt's sale »;

b) si Rembrandt n'exerce pas son droit de préemption, Philip Morris peut désigner un tiers pour qu'il achète un nombre d'actions Rothmans à une voix (actions ordinaires « B ») égal au moins à la moitié des actions à quatre voix (actions ordinaires « A ») de manière à pouvoir exercer les trois quarts des droits de vote attachés à la possession des actions ordinaires « A », sauf en ce qui concerne la nomination ou le licenciement des directeurs de Rothmans.

Enfin, Philip Morris s'est engagée envers la Commission:

a) à l'informer de tout amendement ou modification apportés aux accords et à lui en fournir une copie dès leur adoption;

b) à lui notifier dans les quarante-huit heures toute augmentation de son portefeuille d'actions Rothmans ou toute autre acquisition de droit de vote qui l'amènerait à dépasser le seuil des 25 %. A la lumière de ces informations, la Commission réexaminera les conditions de concurrence régnant sur le marché communautaire du tabac et adoptera les mesures qu'elle jugera opportunes. A la demande de l'organe de surveillance, Philip Morris appliquera pendant une période de trois mois à compter de la date de l'augmentation ou de l'achat, un arrangement de « séparation » entre ses intérêts et ceux de Rothmans qui assure le maintien du *statu quo* sur le marché en question;

c) à ne pas disposer de représentants dans le conseil d'administration ou dans tout autre organe de direction de Rothmans;

d) à ne pas chercher à obtenir et à ne pas accepter de Rothmans ou de Rembrandt des informations susceptibles d'influencer le comportement de l'une des sociétés de son groupe.

(D) En mai 1983, la Commission a transmis les nouveaux accords aux requérantes et les a informées le 16 décembre suivant, en les invitant à présenter leurs observations éven-

tuelles, qu'il n'y avait plus de raison d'accueillir leurs demandes. Après avoir décrit les modifications effectuées par les contractantes, l'institution a affirmé dans cette lettre que leurs accords « comportent des dispositions relatives à la cession et à l'acquisition d'actions Rothmans. Philip Morris a été informée que la mise en œuvre des clauses en cause, telle que la conçoit aujourd'hui la Commission ... est incompatible avec les règles de concurrence ... Les engagements obtenus par la Commission permettront de prendre d'urgence les mesures voulues, si besoin en est, au cas où la structure de la propriété du capital de Rothmans subirait des modifications... » (p. 2, *in fine*).

BAT et Reynolds ont répondu que ces observations étaient incompatibles avec les orientations résultant de la communication des griefs, puisque les nouveaux accords continuaient à comporter quasiment tous les éléments que la Commission avait alors considérés comme contraires au traité. Ainsi, les clauses relatives aux droits de préemption et à la cession des actions Rothmans étaient demeurées presque inchangées. BAT, en particulier, a observé que les restrictions prévues par ces accords auraient dissuadé tout tiers véritablement indépendant d'acheter une partie de ces actions. Elles avaient en effet été conçues de manière à atteindre un objectif précis: soumettre l'acquéreur potentiel au contrôle préalable de Philip Morris. « In fact, Philip Morris can ensure ... that any purchaser of part or all of the Rothmans shares is harmless to or, more importantly, prepared to cooperate with Philip Morris ». Les engagements fragiles et lacunaires obtenus par la Commission n'auraient guère pesé face à des dispositifs de ce genre.

La procédure précontentieuse a été close par lettre-décision du 22 mars 1984, par laquelle l'institution a informé BAT et Reynolds que les plaintes respectives ne pouvaient pas être accueillies et que le dossier devait être considéré comme classé. Elle contient, en particulier, les déclarations suivantes:

1) Il n'a pas été possible d'établir que les accords, analysés sur le plan juridique et économique, sont de nature à fausser le jeu de la concurrence dans le cadre de la Communauté (point 21);

2) Alors que les accords de 1981 conféraient à Philip Morris un droit de veto sur la majorité effective des actions Rothmans par le truchement de sa participation dans la Tobacco Holding, les nouveaux accords font d'elle un actionnaire minoritaire (point 22);

3) Plusieurs dispositions des nouveaux accords permettent à Philip Morris: a) d'acquérir le contrôle de Rothmans; b) de retrouver une position d'égalité avec Rembrandt dans l'hypothèse d'une vente d'actions par celle-ci; c) de vendre à un tiers désigné des actions représentant 34,5 % des voix dans l'assemblée de Rothmans (point 23);

4) Il ne fait pas de doute que ces règles offrent à Philip Morris une possibilité de modifier sa situation d'actionnaire minoritaire en obtenant ainsi le contrôle de Rothmans; toutefois, s'agissant de simples prévisions, elles n'affectent pas

les conditions de la concurrence au sens de l'article 85 (point 24);

5) Sur la base des nouveaux accords, Rembrandt sera, en effet, en mesure d'exercer ses droits de vote à l'intérieur de Rothmans sans tenir compte des politiques suivies par Philip Morris. Il n'y a donc aucune raison d'estimer que l'intérêt de Rembrandt n'est pas de chercher à faire de Rothmans une entreprise aussi florissante et rentable que possible (point 25);

6) Alors que, d'autre part, il est certain que Philip Morris ne voudra pas compromettre la valeur de son investissement dans Rothmans, elle conserve un intérêt considérable à empêcher par tous les moyens industriels et commerciaux dont elle dispose que Rothmans conquière de nouvelles parts du marché communautaire. En effet, seul un effort de ce genre lui permettra de faire valoir son droit de préemption sur les actions Rothmans aux conditions d'offre les plus avantageuses, à la condition que la Commission ne s'oppose pas à l'exercice de ce privilège (point 26);

7) Un abus de position dominante (article 86) n'est pas mis en cause parce que, pour les raisons précitées, les nouveaux accords ne placent pas Philip Morris dans une situation qui lui permet de contrôler les activités commerciales de Rothmans (point 29).

7. Venons-en aux recours de BAT et de Reynolds. En examinant les deux premiers moyens — violation des articles 85 et 86 pour erreur manifeste d'appréciation et de l'article 190 pour défaut de motivation —, nous tiendrons compte des seuls griefs qui concernent l'objet de la mesure attaquée, c'est-à-dire les accords de 1984 et les clauses qui y figurent. Il nous paraît, en outre, superflu d'exposer les arguments que les requérantes ont tiré de la possibilité dont dispose Philip Morris de modifier sa position au sein de Rothmans et de nous interroger sur les effets qu'un pareil changement comporterait sur les rapports de concurrence entre les deux entreprises. A cet égard, il suffit d'avoir à l'esprit le fait que Philip Morris doit informer la Commission de toute initiative susceptible de modifier le *statu quo* et que la Commission peut également intervenir en ce qui concerne des éléments qui, sans être voulus par les parties, sont cependant aptes à influencer leur compétition commerciale.

Naturellement, cela ne signifie pas que nous ignorions les termes du vieux débat sur l'applicabilité de l'article 85 aux *accords* de concentration entre entreprises et, donc, la faveur qu'un secteur de la doctrine accorde à cette perspective, les doutes que la Commission nourrit à cet égard, le consensus quasi général sur la nécessité de réglementer la matière par des dispositions spécifiques et le ressentiment conséquent de tous à l'égard du Conseil, qui s'obstine à bloquer les propositions qui lui sont faites par l'exécutif. Nous présumons d'ailleurs que, si elle était saisie de la question, la Cour pencherait vers l'affirmative. Un indice en ce sens est fourni par l'arrêt rendu le 13 juillet 1966 dans l'affaire 32/65 (Italie/Conseil et Commission, Rec. p. 563, 592), pour lequel, en l'absence d'une réglementation qui permet d'y déroger et en présence des autres conditions prévues, « le libellé de

l'article 85 rend l'interdiction applicable ... à *(tout) accord* passé entre plusieurs entreprises » (souligné par nous).

Toutefois, il est indéniable que ce problème n'existe pas en l'espèce. En effet, la Commission ne conteste pas, en principe, que l'article s'applique aux accords de 1984. Elle se borne à soutenir, d'une part, que lesdits accords ne contiennent pas d'éléments susceptibles de constituer une violation de la disposition et, d'autre part, bien qu'ils soient susceptibles d'évoluer vers des formes de concentration, les engagements pris par les parties à son égard lui donnent les moyens de contrôler et de faire cesser toute manœuvre visant à cette fin. Or, sur ce dernier point — c'est-à-dire sur les attentes de l'exécutif ou sur l'efficacité des instruments dont il dispose —, il n'est pas grand chose que la Cour puisse dire. L'intérêt de la Cour se porte surtout sur la première affirmation qui se réfère non pas au futur mais au présent, c'est-à-dire aux accords tels qu'ils s'appliquent à l'heure actuelle.

Cela étant clarifié, passons à l'analyse des deux moyens. Pour ce qui est de la violation de la disposition relative aux ententes, les requérantes observent que, nonobstant sa nature oligopolistique, le marché communautaire des cigarettes est resté concurrentiel grâce à une pluralité de facteurs: la dimension des entreprises qui y opèrent, les parts qu'elles détiennent, les méthodes employées dans la commercialisation du produit, etc. Or, les accords de 1984 rompent ce fragile équilibre parce qu'ils permettent à Philip Morris et à Rothmans — c'est-à-dire aux deux sociétés les plus importantes du secteur — de coordonner leurs activités. C'est précisément la Commission qui a reconnu, en censurant les accords de 1981, que, si une entreprise investit dans une mesure considérable dans les actions d'une concurrente, les deux parties de la vente ne pourront plus « se nuire délibérément ». Depuis lors, les choses n'ont pas changé. Il est vrai qu'en soi la possession de 25 % des voix dans une société d'investissement ne viole pas les dispositions « anti-trust »; elle ne peut cependant pas ne pas les violer si cette société est un concurrent et, de surcroît, le « leader » dans une situation d'oligopole.

Et ce n'est pas tout. Par l'effet des clauses relatives à la cession des actions Rothmans, Philip Morris jouit d'une position privilégiée dans la lutte pour le contrôle de Rothmans en même temps, elle est en mesure d'empêcher que d'autres sujets y participent avec une chance de succès et, si Rembrandt ne se prévaut pas du droit de préemption, elle a même le droit de choisir le futur acquéreur. A l'évidence, ces obligations sont également faites pour amener Philip Morris et Rembrandt à collaborer ou, à tout le moins, à ne pas se gêner. Et, s'il en est ainsi, il ne fait pas de doute que, en méconnaissant l'aptitude de l'accord à exclure des conflits entre les parties, la Commission en a donné une appréciation erronée.

En ce qui concerne le défaut d'application de l'article 86, BAT et Reynolds rappellent que « la notion d'exploitation abusive est ... objective; (elle implique que) les comportements d'une entreprise ... dominante (soient)

de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est ... affaibli » (arrêt rendu le 13 février 1979 dans l'affaire 85/76, Hoffmann-La Roche/Commission, Rec. p. 461, attendu 91). Donc, pour reconnaître l'existence d'un abus, l'importance du contrôle détenu par une entreprise n'entre pas en ligne de compte; ce qui importe, c'est que celle-ci agit de manière à affaiblir une concurrence sur laquelle la position qu'elle a acquise a déjà eu des effets négatifs. Et il n'est pas indispensable que cet affaiblissement soit important. Il est, en revanche, décisif que le comportement de l'entreprise affecte sensiblement le commerce entre les États membres.

Par conséquent, la Commission se trompe lorsqu'elle soutient qu'il n'existe pas d'abus, si la société qui investit n'est pas en mesure de contrôler l'entreprise dans laquelle elle possède une participation. Mais même si, dans l'abstrait, on partageait cette thèse, on ne pourrait pas ne pas convenir du fait qu'un contrôle existe en l'espèce. A cet égard, il suffira de ne pas s'arrêter à la constatation que la participation de Philip Morris s'élève à 25 % pour apprécier son potentiel de distorsion à la lumière de l'accord dans son ensemble, donc en tenant compte également du droit de préemption et, d'une manière plus générale, des clauses qui régissent la cession des actions Rothmans.

Enfin, à l'appui de leur deuxième moyen, les requérantes nous rappellent les attendus 30 et 31 de l'arrêt rendu le 26 novembre 1975 dans l'affaire 73/74 (Papiers peints/Commission, Rec. p. 1491). Selon le premier, « en vertu de l'article 190 du traité, la Commission est tenue de motiver ses décisions en mentionnant les éléments de fait dont dépendent la justification légale de la mesure et les considérations qui l'ont amenée à (la) prendre ... »; et l'autre attendu ajoute que la motivation peut en général être sommaire, mais doit être donnée d'une manière exhaustive lorsque la mesure va « sensiblement plus loin que les décisions précédentes ».

Pour rejeter dans l'espèce présente les plaintes de BAT et de Reynolds, la Commission a été contrainte de déclarer que le contrôle de 25 % des voix dans l'assemblée d'une société concurrente et dominante dans un marché oligopolistique, n'enfreint pas les interdictions des articles 85 et 86. Il est à tout le moins douteux que ce principe soit légal; il est, en tout cas, certain qu'il revêt une importance extraordinaire pour le monde économique et il est, par conséquent, nécessaire, sur la base de l'arrêt précité, d'en clarifier tous les aspects d'une manière ample et approfondie. Au contraire, la décision est laconique au point qu'elle frôle la réticence. Les requérantes ajoutent que la Commission a reconnu la marge de manœuvre considérable offerte à Philip Morris par les clauses relatives à la cession des actions Rothmans, mais a omis d'expliquer pour quelle raison leur existence n'a pas actuellement pour effet de fausser le jeu de la concurrence.

8. Que dire des moyens ainsi avancés? Les arguments invoqués à l'appui du premier ne nous paraissent pas pertinents, c'est-à-dire qu'ils vous demandent davantage que vous ne pouvez donner. Les deux recours, on s'en souvient, visent à obtenir l'annulation d'une mesure par laquelle des plaintes présentées au titre de l'article 3, paragraphe 2, sous b), du règlement n° 17/62, ont été rejetées. Or, nous ne pensons pas que, dans

des cas de ce genre, la Cour ait le pouvoir de vérifier *toutes* les conditions requises pour l'application des articles 85 et 86. Nous ne le pensons pas parce qu'un tel contrôle se heurte, d'une part, au contenu négatif des mesures de classement et, d'autre part, à la nature strictement technique de l'appréciation que doit porter l'organe administratif. Dans les limites que ces facteurs lui imposent, l'examen que vous êtes appelés à effectuer devra alors nécessairement se conclure en reconnaissant que la décision du 22 mars 1984 tient compte de toutes les circonstances litigieuses et est donc exempte d'erreurs manifestes.

Le deuxième moyen exige, au contraire, un raisonnement plus complexe. Permettez-nous de le résumer en une phrase: ce que les requérantes reprochent à la défenderesse, c'est de ne pas avoir démontré pourquoi la participation au capital d'un concurrent direct et « leader » dans une partie importante d'un marché oligopolistique ne peut pas avoir une incidence négative sur la concurrence des parties, même lorsqu'elle correspond seulement à un quart des voix.

Ainsi formulé, le grief doit être rejeté. Aux points 25, 26 et 29 de la décision, la Commission a en effet identifié et précisé d'une manière adéquate les raisons pour lesquelles Philip Morris a aujourd'hui intérêt à concurrencer Rothmans et donc à ne pas exploiter abusivement la position dominante de celle-ci. Certes, l'explication pouvait être plus abondante. Toutefois, nous ne devons pas oublier que les requérantes ont pris une part active à l'ensemble de la procédure précontentieuse et qu'au cours de celle-ci elles ont eu l'occasion d'approfondir tous les aspects du problème. D'autre part, l'article 190 « n'exige pas que la Commission discute tous les points de fait et de droit ... traités au cours de la procédure administrative ». La motivation d'une décision faisant grief a, en définitive, un seul but: « fournir à l'intéressé les indications nécessaires pour savoir si la décision est bien fondée » (arrêt rendu le 11 juillet 1985 dans l'affaire 42/84, Remia/Commission, Rec. p. 2545, point 26 des motifs).

Sous cet aspect, la décision de rejeter les plaintes de BAT et de Reynolds paraît donc suffisamment motivée. Il est cependant évident que cela n'implique pas pour autant que l'innocuité de la participation litigieuse soit prouvée. Et, à cet égard, il n'est pas pertinent d'affirmer, comme le fait Philip Morris, que selon l'ordre juridique d'un État membre (l'Allemagne), 25 % représentent le seuil au-dessous duquel on présume en principe que des pratiques « antitrust » sont impossibles. En effet, le fait que, à la différence des dispositions nationales les règles du traité se réfèrent au marché commun dans son ensemble et visent surtout à empêcher que les restrictions de la concurrence affectent le commerce entre les Douze en cloisonnant les marchés respectifs nous paraît être une évidence.

Alors? Ce que nous entendons dire est simple: la participation en question ne peut pas être examinée *in vitro*, comme s'il s'agissait d'une préparation pouvant être isolée de l'organisme dont elle fait partie. Au contraire, son degré de compatibilité avec les dispositions communautaires doit être apprécié à la lumière de l'incidence qu'a sur le marché européen l'ensemble de l'accord qui la prévoit. Or, on sait que cet accord comporte des clauses — comme celles qui concernent les droits de préemption ou celles qui habilitent Philip Morris à

désigner l'acquéreur des actions Rothmans — dont l'importance économique est *ictu oculi* considérable. Pour rejeter les plaintes de BAT et de Reynolds, la Commission aurait donc dû démontrer l'inaptitude de ces accords à produire des conséquences préjudiciables, notamment pour la liberté contractuelle de toute autre entreprise opérant sur le marché des cigarettes. Mais elle ne l'a pas fait et, de ce point de vue, il n'est pas douteux que sa décision est entachée d'un grave défaut de motivation.

9. La conclusion à laquelle nous aboutissons ainsi trouve d'ailleurs une base solide dans l'arrêt rendu le 13 juillet 1966 dans les affaires jointes 56 et 58/64 (Consten-Grundig/Commission, Rec. p. 429, 493). Au sens de l'article 85, paragraphe 1, y a affirmé la Cour, « la concurrence peut être faussée ... non seulement par des accords qui la limitent entre les parties, mais également par des accords qui (l')empêchent ou (la) restreignent ... » dans les relations possibles entre une partie et les tiers, du moins en ce qu'ils visent « à instituer ou à garantir ... un avantage injustifié » pour les contractants. Nous pensons que ce principe est applicable au-delà de l'hypothèse examinée par la Cour et, partant, également à des clauses qui, comme celles dont il s'agit en l'espèce, font partie d'un accord pour l'acquisition d'une participation en actions. En effet, elles peuvent, elles aussi, procurer à celui qui les prévoit « un avantage injuste » et il est certain, comme l'affirme l'arrêt Remia précité au point 17 de ses motifs, que la fin en soi licite de l'accord dans lequel elles s'insèrent ne les exclut pas d'un examen de leur compatibilité avec les interdictions de l'article 85.

Cet examen, nous le savons, n'a pas eu lieu. Mais le dossier de l'affaire suffit à faire apparaître les clauses en question sous un jour défavorable. Ainsi, il paraît manifeste qu'elles n'étaient pas indispensables ou, en tout cas, que la conclusion de l'accord n'en dépendait pas et, quoi qu'en disent les intervenantes, elles n'ont pas pour but de protéger l'investissement de Philip Morris. La première affirmation est démontrée par leur contenu, qui porte uniquement sur les modalités d'une éventuelle cession des actions Rothmans à des tiers, et la seconde est prouvée par la Commission elle-même. En effet, au point 24 de la décision, elle relève que, grâce à ces accords, Philip Morris est en mesure de prendre le contrôle de Rothmans directement ou par l'intermédiaire d'un acheteur ayant sa confiance; et c'est toujours la Commission qui met en évidence le fait que les engagements pris envers elle par la société sont précisément destinés à lui permettre de bloquer d'emblée une escalade de ce genre.

Mais il y a pire. Dans la communication des griefs, rappelons-le, la Commission a défini les clauses ajoutées aux anciens accords comme étant « themselves restrictive of competition » et « open-ended in nature » parce qu'elles sont indifférentes aux « size, market strength or competitive intentions of the acquiring party ». Aussi avons-nous l'impression qu'entre 1981 et 1984 les obligations imposées pour l'entrée de tiers dans le capital de Rothmans sont devenues encore plus contraignantes. En réponse à la lettre du 16 décembre 1983, BAT a en effet déclaré que les nouvelles clauses tendent à assurer « that any eventual purchaser of the (Rothmans) shares ... is subject to prior control by Philip Morris ». Cette remarque traduit la réalité et — compte tenu du fait

que, sur le marché des cigarettes, l'acquisition de participations constitue peut-être l'arme la plus efficace dont on puisse disposer dans la compétition avec les autres entreprises qui forment l'oligopole (n° 6 ci-dessus) — fournit une clef décisive pour la compréhension des phénomènes en question.

Naturellement, la Commission ne partage pas ce point de vue. Dans son mémoire en défense, elle avait en vérité reconnu que, si Philip Morris n'exerce pas son droit de préemption, l'acquisition des actions Rothmans devient, aux yeux des concurrents, « singularly unattractive »; mais, cette affirmation étudiée a été corrigée à l'audience. Ce droit — nous a-t-on déclaré — « is *simply* a right to be notified that Rembrandt is prepared to sell his shares, and a right to bid, so Philip Morris may bid »; en effet, Rembrandt reste libre de vendre au meilleur offrant et rien ne permet de douter que les actions finiront par être achetées par « whoever offers the most money » (procès-verbal, p. 72).

Toutefois, les choses ne se présentent pas dans ces termes. Prenons, en effet, la clause énoncée au point 4 a): si elle entend céder ses actions à un seul acheteur, Rembrandt doit faire en sorte qu'il propose à Philip Morris l'achat de son portefeuille d'actions Rothmans « at the same average cash price per equity share as applies to Rembrandt's shares ». En l'occurrence, les cartes sont carrément découvertes: la conscience d'être exposée à des « relances » continuelles de la part de Philip Morris, l'importance considérable de la part qu'il faut acheter (quasiment 70 % des voix Rothmans!), la circonstance que le paiement doit avoir lieu au comptant, sont autant de facteurs destinés à dissuader tout tiers — même le plus motivé — d'entamer ou de conclure la négociation.

Nous pourrions encore développer ce sujet et nous arrêter notamment sur les effets non moins pervers que produit le droit de désignation attribué à Philip Morris; mais un tel examen nous ferait sortir du cadre de cette affaire. Il appartient à l'organe de surveillance d'établir si les clauses en question sont contraires à l'article 85, paragraphe 1, ou, *vice versa*, ne restreignent pas la concurrence avec les autres entreprises qui forment l'oligopole. Et que l'on ne dise pas qu'il n'a pas veillé à le faire parce que les engagements obtenus des contractants lui avaient garanti le caractère anodin de ces clauses; en effet, la défenderesse elle-même a admis que ces engagements — pris, de surcroît, *après* la conclusion de l'accord — n'ont pas pesé sur ses convictions quant à la légalité dudit accord.

En conclusion, il ne saurait y avoir de doute sur le fait que la défenderesse a manqué à l'obligation qui lui est imposée par l'article 190. La décision litigieuse doit donc être annulée pour défaut de motivation en ce qui concerne l'existence d'une des conditions à laquelle est subordonnée la compatibilité d'un accord entre entreprises avec l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE.

10. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous vous proposons d'accueillir les recours formés par la British-American Tobacco Company Ltd et par la Reynolds Industries Incorporated contre la Commission des Communautés européennes et tendant à annuler la décision du 22 mars 1984 relative au dossier n° IV/30.342 et IV/30.926. En application de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, les dépens sont mis à la charge de la Commission, partie qui succombe. Chacune des parties intervenantes supportera ses propres frais.