# CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. F. G. JACOBS

présentées le 10 novembre 1993 *

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

1. Cette affaire vient devant la Cour par le biais d'un pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt rendu par le Tribunal de première instance le 12 décembre 1991 dans l'affaire Hilti/Commission [1] (ci-après « l'arrêt »). L'arrêt a rejeté le recours d'Hilti en annulation d'une décision de la Commission par laquelle celle-ci constatait qu'Hilti occupait dans la CEE une position dominante sur le marché des pistolets de scellement ainsi que des clous et des chargeurs adaptés à ces pistolets et qu'elle avait abusé de cette position au sens de l'article 86 du traité [2]. La décision lui a imposée une amende de 6 millions d'écus et lui a ordonnée de mettre fin aux abus constatés.

2. Les plaintes qui ont conduit à l'ouverture de la procédure à l'encontre d'Hilti avaient été adressées à la Commission par Bauco(UK) Ltd et par Profix Distribution Ltd (appelée alors « Eurofix »). Bauco et Profix sont toutes deux intervenues au soutien de la Commission dans la procédure devant le Tribunal de première instance. En vertu des articles 114 et 115 du règlement de procédure de votre Cour, Bauco et Profix étaient donc toutes deux en droit de présenter un mémoire en réponse au pourvoi d'Hilti. Cependant, seule Bauco a fait usage de cette possibilité.

3. Les pistolets de scellement fabriqués par Hilti sont un moyen technologiquement avancé de procéder à des fixations sûres dans l'industrie du bâtiment. Les pistolets forment, en combinaison avec des chargeurs, des cartouches et des clous, un système de « fixation à charge propulsive » (ou système « FCP ») qui tire des clous dans différents matériaux selon les exigences requises; toutefois, un tel système n'est pas adapté à tous les types de matériaux. Les cartouches fournissent la puissance explosive du système et chaque chargeur contient un certain nombre de cartouches qui permettent d'utiliser le pistolet de manière répétée sans avoir besoin de le recharger. Les clous qui sont compatibles avec les pistolets fabriqués par Hilti sont fabriqués et fournis par elle comme par d'autres entreprises. Bauco et Profix sont deux de ces fabricants indépendants de clous

* Langue originale: l'anglais.

1 — Arrêt Hilti/Commission, T-30/89, Rec. 1991, p. II-1439.

2 — Décision de la Commission 88/138/CEE du 22 décembre 1987, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/30.787 et 31.488 — Eurofix-Bauco/Hilti), JO 1988, L 65, p. 19.

pouvant être utilisés dans les pistolets de scellement d'Hilti. Dans la suite des présentes conclusions, toutes les références aux « chargeurs » et aux « clous » désigneront les composants destinés à être utilisés dans les pistolets de scellement fabriqués par Hilti. Dans sa décision, la Commission se réfère à ces composants comme aux « produits consommables ».

4. L'article 86, paragraphe 1, du traité dispose que:

« Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. »

Le présent pourvoi est limité aux passages de l'arrêt du Tribunal de première instance qui confirment les conclusions de la Commission selon lesquelles Hilti occupait une position dominante dans le marché commun. Ainsi actuellement, Hilti ne conteste pas qu'à supposer qu'elle occupait une telle position, le comportement constaté par la Commission dans sa décision équivaudait à un abus. Hilti ne conteste pas non plus actuellement que le comportement en question puisse avoir affecté le commerce entre les Etats membres.

5. Le comportement abusif allégué par la Commission consistait dans l'exercice par Hilti de sa puissance sur le marché, en tant que producteur de pistolets de scellement, de chargeurs et de clous, de manière à empêcher l'accès et la pénétration sur le marché des clous des producteurs de clous indépendants, ou de porter préjudice d'une autre manière à leurs activités. Toutefois, un tel comportement ne sera contraire à l'article 86 que si Hilti occupe effectivement une position dominante sur au moins un des marchés en question.

6. Afin d'établir l'existence d'une position dominante au sens de l'article 86, il est nécessaire d'identifier le ou les marché(s) pertinent(s) sur le(s)quel(s) s'exerce cette domination. Comme votre Cour l'a déclaré dans l'affaire Continental Can [3], au point 32 de l'arrêt:

« Attendu que, dans l'appréciation de la position dominante [de la requérante] ..., la délimitation du marché en cause est d'une importance essentielle, les possibilités de

3 — Arrêt Europemballage et Continental Can/Commission, 6/72, Rec. 1973, p. 215. Voir pareillement l'arrêt L'Oréal, 31/80, Rec. 1980, p. 3775, point 25, et l'arrêt AKZO/Commission, C-62/86, Rec. 1991, p. I-3359, point 51.

concurrence ne pouvant être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause, en vertu desquelles ces produits seraient particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et seraient peu interchangeables avec d'autres produits. »

De plus, aux fins d'une telle appréciation, il convient d'examiner non seulement l'éventail des produits concernés (dénommé le « marché des produits en cause »), mais également l'étendue géographique du marché. Selon Hilti, la décision de la Commission est erronée en ce qui concerne l'identification des marchés des produits en cause, et Hilti forme à présent un pourvoi à l'encontre des passages de l'arrêt du Tribunal de première instance qui confirment les conclusions de la Commission concernant la définition de ces marchés. Néanmoins, Hilti ne conteste pas actuellement la détermination par la Commission du marché géographique en cause.

7. Dans sa décision, la Commission a identifié trois marchés distincts des produits en cause sur lesquels elle a constaté l'existence d'une position dominante d'Hilti: le marché des pistolets de scellement, celui des chargeurs et celui des clous à utiliser dans les pistolets. Selon le point 74 de la décision, Hilti a abusé de ses positions dominantes sur ces marchés afin d'empêcher la concurrence effective que pourraient lui livrer de nouveaux concurrents sur le marché des clous.

8. Délimiter un marché des produits en cause afin d'établir l'existence d'une position dominante au sens de l'article 86 du traité est une opération complexe qui implique à la fois des constatations de fait et l'appréciation de ces faits à la lumière de principes économiques et de critères juridiques [4]. Dans le cadre d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt du Tribunal de première instance, formé conformément à l'article 168 A, paragraphe 1, du traité, votre Cour doit bien sûr se limiter à l'examen des points de droit. Nous rappellerons que l'article 51, paragraphe 1, du statut de la Cour de justice dispose que:

« Le pourvoi devant la Cour est limité aux questions de droit. Il peut être fondé sur des moyens tirés de l'incompétence du tribunal,

4 — Voir notamment l'étude dans Whish, *Competition Law* (seconde édition, Londres 1989), pp. 278 à 287.

d'irrégularités de procédure devant le tribunal portant atteinte aux intérêts de la partie requérante ainsi que de la violation du droit communautaire par le tribunal. »

9. Bien qu'il soit clair que cette limitation s'applique à tous les pourvois formés devant votre Cour à l'encontre d'un arrêt du Tribunal de première instance, dans le cas de pourvois formés dans les affaires de concurrence qui trouvent leur origine dans des décisions de la Commission constatant des infractions aux articles 85 et 86 du traité [5], des facteurs particuliers peuvent être pertinents. Notamment, il convient de remarquer que, dans de telles affaires, le Tribunal de première instance a lui-même eu pour tâche de contrôler la légalité d'une décision de la Commission fondée, d'une part, sur des constatations de faits, et d'autre part, sur une appréciation économique éventuellement complexe. Des questions telles que celles qui sont soulevées dans la présente affaire, portant sur la délimitation du marché en cause et sur l'existence d'une position dominante sur ce marché, exigent l'application de critères à propos desquels des économistes peuvent être en désaccord. Il convient de noter que le contrôle juridictionnel de ces questions est plus limité qu'en ce qui concerne les pures questions de fait: l'exactitude des faits matériels sur lesquels la Commission s'est fondée peut toujours être contrôlée par le Tribunal de première instance, alors que son contrôle sur les questions d'appréciation économique se limite normalement à vérifier que la Commission ne s'est pas rendue coupable d'une erreur manifeste d'appréciation ou d'un abus de pouvoir [6]. Comme nous le verrons plus en détail ci-dessous, la question se pose alors de savoir dans quelle mesure l'appréciation de faits matériels par le Tribunal de première instance peut elle-même être contrôlée par votre Cour [7].

10. La compétence actuelle du Tribunal de première instance en matière de concurrence a été exercée à l'origine par votre Cour en application des articles 173 et 175 du traité, et a été transférée au Tribunal de première instance par la décision du Conseil, du 24 octobre 1988, instituant un Tribunal de première instance des Communautés européennes [8]. Il résulte clairement de son préambule que le Tribunal de première instance a été institué pour que lui soit confiée, plutôt qu'à la Cour de justice, la tâche d'examiner des questions de fait complexes. Ainsi, la décision du 24 octobre 1988 expose tout d'abord que l'article 168 A du traité habilite le Conseil à adjoindre à la Cour de justice un Tribunal de première instance « appelé à

5 — Sur l'application de cette limitation aux pourvois dans les affaires de fonctionnaires, voir par exemple les arrêts Tuner/Commission, C-115/90 P, Rec. 1991, p. I-1423; Vidrányi/Commission, C-283/90 P, Rec. 1991, p. I-4339; Hochbaum/Commission, C-107/90 P, Rec. 1992, p. I-157; V/Parlement, C-18/91 P, Rec. 1992, p. I-3997.

6 — Voir l'arrêt Remia/Commission, 42/84, Rec. 1985, p. 2545, point 34.

7 — Voir ci-dessous les points 46 à 49.

8 — Décision du Conseil 88/591/CECA, CEE, Euratom, JO 1988, L 319, p. 1.

exercer d'importantes fonctions judiciaires ». Elle expose en outre que « pour les recours nécessitant un examen approfondi de faits complexes, l'institution d'un double degré de juridiction est de nature à améliorer la protection juridictionnelle des justiciables »; et elle déclare que « pour maintenir la qualité et l'efficacité du contrôle juridictionnel dans l'ordre juridique communautaire, il y a lieu de permettre à la Cour de justice de concentrer son activité sur sa tâche essentielle, qui est d'assurer une interprétation uniforme du droit communautaire ». Finalement, elle déclare qu'il est nécessaire de « transférer au tribunal la compétence pour connaître en première instance de certaines catégories de recours exigeant fréquemment l'examen de faits complexes », y compris les recours formés par des personnes physiques ou morales en matière de concurrence. La décision du Conseil du 8 juin 1993 [9] reprend certaines de ces considérations en ce qui concerne le transfert au Tribunal de première instance, dans la plupart des cas avec effet au 1er août 1993 [10], d'autres catégories de recours formés par des personnes physiques ou morales.

11. Comme le conseil de la Commission l'a fait valoir lors de l'audience, il est clair que l'intention n'était pas simplement de faire du Tribunal de première instance une juridiction intermédiaire entre la Commission et votre Cour, mais bien plutôt de lui confier une partie importante de la compétence de cette dernière. Ainsi, il est significatif que l'article 3 de la décision du 24 octobre 1988 parle d'« exercice » par le Tribunal de première instance des compétences conférées à la Cour de justice par les traités, et que le préambule se réfère, comme nous venons de le voir, à un « transfert » de compétences au Tribunal de première instance.

12. Il nous semble donc, qu'au moins dans les affaires de concurrence, il convient d'interpréter strictement l'exigence de l'article 51 du statut selon laquelle les pourvois portés devant la Cour de justice sont limités aux questions de droit. Par conséquent, c'est sur cette base que nous passons maintenant à l'examen des différents moyens soulevés par Hilti à l'appui de son pourvoi.

**Les moyens soulevés par Hilti à l'appui du pourvoi**

13. Hilti invoque sept moyens à l'appui de son pourvoi, lesquels peuvent être brièvement résumés comme suit:

1) Aux points 66 et 67 de l'arrêt, le Tribunal de première instance a déduit à tort l'exis-

9 — Décision du Conseil 93/350/Euratom, CECA, CEE, JO 1993, L 144, p. 21.

10 — Pour les affaires de dumping et de subvention, l'entrée en vigueur de la décision est reportée à une date que le Conseil fixera en statuant à l'unanimité: voir l'article 3.

tence de marchés distincts pour les chargeurs et les clous, du fait qu'il existait depuis les années 60 des producteurs indépendants de clous destinés à être utilisés dans les pistolets de scellement et du fait que les chargeurs et les clous sont spécifiquement fabriqués, et achetés par les utilisateurs, pour une seule marque de pistolets. Le Tribunal de première instance n'a pas appliqué le critère approprié permettant de définir le marché des produits en cause concernant les pièces détachées ou les composants, et a ignoré la question de la substituabilité de la demande entre différents systèmes de fixation.

2) Au point 69 de l'arrêt, le Tribunal de première instance est parvenu à la conclusion selon laquelle les systèmes FCP constituent un marché des produits en cause sans quantifier le nombre de cas dans lesquels d'autres systèmes de fixation peuvent être substitués à ces systèmes FCP.

3) Aux points 70 et 71 de l'arrêt, le Tribunal de première instance a confirmé à tort une conclusion de la Commission selon laquelle les autres systèmes de fixation n'étaient pas aisément interchangeables avec les systèmes FCP, alors que cette conclusion se fondait exclusivement sur une description des différentes caractéristiques des produits en question et était donc insuffisamment motivée.

4) De manière similaire, au point 71 de l'arrêt, le Tribunal de première instance a confirmé à tort la conclusion concernant l'absence d'interchangeabilité, conclusion fondée sur la coexistence de différentes méthodes de fixation pendant une longue période.

5) En rejetant, au point 74 de l'arrêt, les éléments de preuve produits par Hilti tendant à démontrer l'interchangeabilité existant entre les différents systèmes de fixation, le Tribunal de première instance a mal interprété la question juridique de la charge de la preuve.

6) Aux points 73 et 76 de l'arrêt, le Tribunal de première instance a conclu à tort que les conclusions de la Commission étaient corroborées, ou du moins non réfutées, par certains des éléments de preuve produits par Hilti, à savoir un rapport préparé par un certain M. Yarrow, une étude menée par un institut privé dénommé Rosslyn Research et une analyse économétrique d'un certain Pr Albach.

7) Le Tribunal de première instance a omis de tenir compte de tous les éléments de preuve pertinents invoqués par Hilti.

14. Dans la suite des présentes conclusions, nous examinerons l'un après l'autre ces sept moyens soulevés à l'appui du pourvoi. Il convient cependant de remarquer que dans certains cas les questions soulevées au titre de moyens particuliers se recoupent, de telle sorte que les moyens ne peuvent pas toujours être examinés isolément.

**Le premier moyen à l'appui du pourvoi**

15. La première question soulevée par le pourvoi est celle de savoir si on peut dire qu'il existe des marchés distincts pour les chargeurs et pour les clous utilisés dans les pistolets d'Hilti, ou si les pistolets et leurs produits consommables doivent être considérés comme constituant un tout indivisible. Hilti fait valoir que le Tribunal de première instance a omis d'appliquer une règle permettant de déterminer s'il existe un marché séparé pour la fourniture des pièces détachées d'un produit, règle dont elle prétend qu'elle a été établie par la Cour dans l'affaire Hugin [11]. Il est bien entendu évident qu'une argumentation selon laquelle une règle juridique a été ignorée ou mal interprétée soulève un point de droit qui peut faire l'objet d'un examen sur pourvoi par votre Cour.

11 — Arrêt Hugin/Commission, 22/78, Rec. 1979, p. 1869.

16. L'affaire Hugin portait sur le refus par Hugin Cash Registers Ltd de livrer des pièces détachées pour ses caisses enregistreuses à une autre entreprise, Liptons. Hilti se réfère notamment au point 5 de l'arrêt Hugin, où la Cour a déclaré:

« Pour trancher ce différent, il faut, en premier lieu, déterminer le marché concerné. ... La question est donc de savoir si la fourniture de pièces de rechange constitue un marché spécifique ou si elle fait partie d'un marché plus large. Pour répondre à cette question, il faut déterminer la catégorie de clients demandeurs de ces pièces. »

La Cour a conclu qu'il existait un marché distinct des pièces de rechange parce qu'il existait des entreprises indépendantes, spécialisées dans l'entretien et la réparation des caisses enregistreuses, et dans la vente et la remise en état d'appareils usagés, lesquels nécessitaient eux-mêmes des pièces détachées, de telles entreprises constituant une catégorie distincte de celle des acheteurs

de machines: voir le point 7 de l'arrêt Hugin. D'après Hilti, le raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire Hugin démontre que les clous ne peuvent être considérés comme formant un marché de produits distinct de celui des pistolets de scellement dans lesquels ils sont utilisés, que s'il est constaté que les acquéreurs de ces clous sont différents de ceux des pistolets.

17. Toutefois, il nous semble que l'affaire Hugin ne justifie pas une telle conclusion. Dans ce cas, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire, il était nécessaire de prendre en considération la catégorie formée par les clients qui avaient besoin de pièces détachées. En premier lieu, Hugin avait le monopole de la fourniture des pièces détachées en question. En outre, ces pièces exigeaient le service d'un technicien spécialisé pour les mettre en place et leur valeur était de peu d'importance par rapport au coût de l'entretien et des réparations: les utilisateurs de caisses enregistreuses ne se manifestaient donc pas sur le marché en tant qu'acheteurs de pièces détachées. Ainsi, si les seuls clients de ces pièces avaient été les acheteurs de caisses enregistreuses eux-mêmes, il est clair qu'il n'y aurait pas eu de marché des pièces détachées distinct de celui des machines et du marché de la prestation des services d'entretien et de réparation des machines: voir le point 6 de l'arrêt de la Cour.

18. Cependant, comme le soulignent Bauco et la Commission, l'arrêt Hugin ne doit pas être interprété comme établissant une règle quelconque selon laquelle, pour qu'il existe un marché distinct des pièces détachées ou des autres composants, les acheteurs de ces pièces doivent être distincts des acheteurs de l'équipement auquel elles sont destinées. Dans l'affaire Hugin, plutôt que de poser une telle règle, la Cour avait simplement tranché la question de savoir s'il existait un marché des produits en cause pour les pièces détachées compte tenu des circonstances particulières de cette affaire. La présente affaire est en fait fort différente de l'affaire Hugin. Les pièces achetées pour être utilisées dans les pistolets de scellement d'Hilti ne sont pas des pièces détachées exigeant le service d'un technicien spécialisé, mais plutôt des produits consommables pour pistolets, qui sont destinés à être utilisés par toute personne capable de se servir du pistolet. En outre, ces produits consommables ne sont pas seulement fournis par Hilti elle-même, mais également par des producteurs indépendants qui fabriquent des clous destinés à être utilisés dans les pistolets d'Hilti. Comme le Tribunal de première instance l'observe au point 67 de son arrêt, ces circonstances constituent en elles-mêmes un indice sérieux de l'existence d'un marché distinct pour les clous. Ainsi, contrairement à la situation qui prévalait dans l'affaire Hugin, les utilisateurs de pistolets participent directement au marché en tant qu'acheteurs de clous, et il est sans conséquence que les acquéreurs des clous ne constituent pas un groupe distinct des acheteurs de pistolets.

19. Il est exact qu'afin de qualifier les marchés pour les clous et pour les chargeurs de marchés en cause sur lesquels Hilti est en

position dominante, il peut être nécessaire d'examiner la situation d'Hilti sur les marchés qui sont étroitement liés à ceux des chargeurs et des clous. Comme nous l'avons vu, dans sa décision, la Commission a identifié le marché des pistolets de scellement comme un marché des produits en cause sur lequel Hilti détenait également une position dominante. Si Hilti domine un tel marché, il est clair que cela ne peut qu'également contribuer à renforcer sa position sur les marchés des composants, tels que les chargeurs et les clous. Réciproquement, la position d'Hilti sur ces derniers marchés sera plus faible si les systèmes FCP se trouvent en concurrence avec des systèmes non FCP sur un marché plus large, comprenant les deux types de système, et sur lequel Hilti n'est pas dominante.

20. La question se pose donc de savoir si les systèmes FCP constituent bien un marché des produits en cause sur lequel Hilti détient une position dominante, et qui est distinct du marché des systèmes de fixation pris globalement. Cela peut ne pas être le cas s'il existe un degré significatif de substituabilité entre les différents systèmes. En conséquence, dans son premier moyen à l'appui de son pourvoi, Hilti soulève également la question de la substituabilité entre les différents systèmes de fixation. Cependant, puisqu'un certain nombre des autres moyens d'Hilti à l'appui de son pourvoi soulèvent également la même question, notamment le deuxième, le troisième, le quatrième et le cinquième, nous l'examinerons en même temps que ceux-ci.

**Le deuxième moyen à l'appui du pourvoi**

21. Comme nous l'avons vu, la Commission a constaté qu'Hilti occupait une position dominante sur les marchés des clous et des chargeurs comme sur celui des pistolets de scellement. Actuellement, Hilti ne conteste pas les conclusions de la Commission concernant ses importantes parts de marché dans les secteurs des clous, des chargeurs et des pistolets de scellement, et les autres avantages, tels que la protection due au brevet et un système de distribution bien organisé, qui, du point de vue de la Commission, ont servi à maintenir et à renforcer sa position sur ces marchés.

22. Cependant, pour établir l'existence d'une position dominante, il est nécessaire de démontrer que l'entreprise en cause jouit d'une position de puissance économique « qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs » [12]. Comme nous l'avons déjà mentionné, Hilti fait valoir que sa capacité à agir de manière indépendante sur le marché des clous était affectée par le fait que les systèmes FCP font partie d'un marché plus large, celui des systèmes de fixation en général. Ainsi, même si les clous, les chargeurs et les pistolets de scellement sont

12 — Arrêt United Brands/Commission, 27/76, Rec. 1978, p. 207, point 65.

considérés comme des marchés distincts, ils peuvent ne pas être des marchés « en cause » aux fins de l'établissement de l'existence d'une position dominante, puisque les utilisateurs des pistolets de scellement d'Hilti peuvent avoir la possibilité d'opter pour un changement en faveur d'autres systèmes de fixation qui ne nécessitent pas l'achat de chargeurs ou de clous. Hilti fait valoir qu'en omettant de prendre en compte le haut degré d'une telle « substituabilité de la demande » entre les différents systèmes, la Commission s'est trompée dans sa définition des marchés des produits en cause.

23. Ainsi, Hilti fait valoir que le Tribunal de première instance a commis une erreur de droit en confirmant la conclusion de la Commission selon laquelle les systèmes FCP et les autres systèmes de fixation ne sont pas aisément substituables entre eux. Dans ses différents moyens à l'appui de son pourvoi, Hilti présente un certain nombre d'arguments sur la question de la substituabilité.

24. En premier lieu, dans son deuxième moyen à l'appui de son pourvoi, Hilti allègue que le Tribunal de première instance a omis de procéder à des constatations quantifiant le nombre de cas dans lesquels les systèmes FCP ne peuvent pas aisément être remplacés par d'autres types de systèmes de fixation. Hilti se réfère notamment à la déclaration figurant au point 69 de l'arrêt selon laquelle:

« Les caractéristiques propres aux systèmes de fixation à charge propulsive, telles qu'elles sont énumérées au point 62 de la décision, sont de nature à faire que le choix se porte de manière évidente sur eux dans un certain nombre de cas. »

Hilti soutient qu'à défaut de constater que le nombre de ces cas est supérieur à quelques-uns, ou est même supérieur à un nombre insignifiant, le Tribunal de première instance n'est pas en droit d'en déduire que les systèmes FCP et les autres systèmes de fixation ne sont pas interchangeables.

25. Cependant, il semblerait que cette argumentation soit contredite par les termes mêmes du point 69, qui poursuit:

« ... Il ressort, en effet, du dossier que, *dans de nombreux cas*, il n'existe pas d'alternative réaliste ni pour l'ouvrier qualifié qui exécute un travail sur un chantier, ni pour le technicien qui est appelé à déterminer à l'avance les méthodes de fixation qui seront utilisées dans une situation déterminée. » (souligné par nous)

De plus au point 71 de l'arrêt, le tribunal déclare que les constatations de la Commission:

« ... ne laissent subsister aucun doute sérieux sur le fait qu'il existe, dans la pratique, *toute une diversité de situations*, dont certaines privilégient par nature l'utilisation d'un système de fixation à charge propulsive, tandis que d'autres privilégient celle d'un ou plusieurs autres systèmes de fixation. » (souligné par nous)

Il nous semble que ces passages indiquent que le Tribunal de première instance a procédé à une constatation de fait selon laquelle il y a un nombre significatif de cas dans lesquels il n'existe qu'un degré peu élevé de substituabilité de la demande entre les différents systèmes. En conséquence, il convient de rejeter l'argumentation présentée par Hilti dans son second moyen à l'appui de son pourvoi.

**Les troisième et quatrième moyens à l'appui du pourvoi**

26. Le Tribunal de première instance a fondé ses conclusions selon lesquelles les systèmes FCP et les autres systèmes de fixation ne font pas partie du même marché des produits en cause, sur l'examen des éléments de preuve suivants: i) les caractéristiques qualitatives différentes des produits en question, telles que décrites par la Commission; ii) la coexistence de différents systèmes de fixation sur le marché pendant une période prolongée; iii) le rapport d'expertise préparé par M. Yarrow; et iv) l'étude de l'institut Rosslyn Research. En outre, le Tribunal de première instance a examiné et rejeté les conclusions de l'analyse économétrique effectuée par le Pr Albach.

27. Dans son troisième moyen à l'appui de son pourvoi, Hilti fait valoir que le Tribunal de première instance s'est trompé, aux points 70 et 71 de son arrêt, en fondant ses conclusions relatives au marché des produits en cause uniquement sur les différences entre les caractéristiques des systèmes de fixation en question. De manière similaire, dans le quatrième moyen à l'appui de son pourvoi, Hilti soutient que le Tribunal de première instance s'est trompé au point 71 de son arrêt en déduisant de la coexistence des systèmes FCP et non FCP pendant une période prolongée, la conclusion que les différents systèmes n'étaient pas interchangeables (et qu'ils ne font donc pas partie du même marché des produits en cause). Il nous semble toutefois que ces arguments dénaturent le raisonnement suivi par le Tribunal de première instance. Comme nous l'avons vu, celui-ci est parvenu à ses conclusions concernant le marché des produits en cause sur le fondement d'un certain nombre de constatations qui doivent être examinées ensemble. Il serait donc erroné de critiquer le Tribunal de

première instance pour avoir fondé ses conclusions sur l'une quelconque des constatations prise isolément.

28. Néanmoins, il convient d'examiner la question de savoir si, lorsqu'il est parvenu à ses conclusions, le Tribunal de première instance a pris en compte tous les facteurs pertinents. S'il s'avère que des facteurs pertinents n'ont pas été pris en considération, le Tribunal de première instance aura commis une erreur de droit en fondant ses conclusions sur une motivation insuffisante. Il est clair que le fait de ne pas prendre en compte des facteurs pertinents dans la recherche d'une conclusion juridique, constitue en soi une erreur de droit qui peut justifier l'annulation de l'arrêt. Il convient de remarquer que, dans un tel cas, votre Cour ne procède pas à un contrôle des constatations de fait effectuées par le Tribunal de première instance, mais examine plutôt la question de savoir s'il a été procédé à des constatations suffisantes pour fonder la conclusion juridique qui en est tirée. En outre, il nous semble que la détermination des marchés des produits en cause, aux fins de la constatation d'une position dominante, doit être considérée comme constituant une conclusion juridique plutôt qu'une pure constatation de fait.

29. Dans son troisième moyen à l'appui du pourvoi, Hilti soutient que le raisonnement suivi aux points 70 et 71 de l'arrêt est contraire à des principes établis de droit communautaire relatifs à la définition du marché en cause. Hilti se réfère notamment à l'affaire Michelin [13], où, au point 37 de son arrêt, votre Cour a déclaré:

« Comme la Cour l'a itérativement souligné, ..., aux fins de l'examen de la position, éventuellement dominante, d'une entreprise sur un marché déterminé, les possibilités de concurrence doivent être appréciées dans le cadre du marché regroupant l'ensemble des produits qui en fonction de leurs caractéristiques sont particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et sont peu interchangeables avec d'autres produits. Il y a cependant lieu d'observer que la détermination du marché en cause sert à évaluer si l'entreprise concernée a la possibilité de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective et de se comporter, dans une mesure appréciable, indépendamment de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs. On ne saurait donc, à cette fin, se limiter à l'examen des seules caractéristiques objectives des produits en cause, mais il faut également prendre en considération les conditions de concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché. »

Hilti soutient que la Commission et le Tribunal de première instance « ne se sont pas fondés sur de telles constatations nécessaires ».

13 — Arrêt Michelin/Commission, 322/81, Rec. 1983, p. 3461.

30. L'affaire Michelin portait sur le marché des pneus neufs de remplacement pour poids lourds, c'est-à-dire pour camions, bus et véhicules analogues. Il était admis par Michelin et par la Commission que les pneus d'*origine* fournis avec le véhicule ne devaient pas être pris en considération, comme la Cour l'a fait observer au point 38 de son arrêt:

« En effet, en raison de la structure particulière de la demande caractérisée par les commandes directes des producteurs d'automobiles, la concurrence s'exerce, dans ce domaine, selon des règles et facteurs totalement différents. »

Cela illustre le principe selon lequel même des produits présentant des qualités identiques peuvent être considérés comme appartenant à des marchés différents lorsqu'on prend en considération la structure de la demande. En ce qui concerne le marché des pneus de *remplacement*, la Cour a fait trois observations (voir les points 39 à 41 de l'arrêt): tout d'abord, en ce qui concerne les exigences des utilisateurs, les pneus pour poids lourds ne sont pas interchangeables avec ceux destinés aux voitures de tourisme et aux camionnettes; deuxièmement, en ce qui concerne la structure de la demande, les acheteurs de pneus pour poids lourds, lesquels sont principalement des utilisateurs professionnels, peuvent être distingués de l'acheteur moyen de pneus de voitures de tourisme ou de camionnettes; et enfin:

« (il y a lieu de souligner, ...) l'absence d'élasticité de l'offre entre les pneus pour poids lourds et les pneus de tourisme en raison des différences importantes dans les techniques de production et les installations et outillages nécessaires à cet effet. »

Par « élasticité de l'offre », la Cour entendait le degré de réponse de l'offre d'un produit aux modifications de son prix. Ainsi l'élasticité de l'offre entre deux produits est une mesure du degré de la substituabilité de l'offre des produits entre eux: c'est-à-dire, du degré de possibilité qu'ont les fabricants ou les fournisseurs du premier produit de passer à la production ou à la livraison du second. Sa pertinence à l'égard de l'existence d'une position dominante sur le marché du produit

est claire: même lorsqu'un producteur dispose d'une importante part sur ce marché, il ne pourra pas agir de manière indépendante des autres producteurs lorsqu'il fixe ses prix, si le fait d'agir ainsi aurait pour conséquence d'attirer sur le marché d'autres fournisseurs qui pourraient proposer des prix moins élevés. Il convient cependant de remarquer que dans certains cas, une part de marché très importante équivaudra, en elle-même, à une barrière à l'entrée, puisqu'il peut être difficile pour d'autres fournisseurs de satisfaire rapidement la demande de ceux qui désireraient se détourner de l'entreprise détenant la part la plus considérable [14].

31. Votre Cour a expressément examiné la structure de l'offre dans un certain nombre d'autres affaires, y compris les affaires Hoffmann-La Roche [15], United Brands [16], et Continental Can [17]. Il peut bien sûr exister des cas où ce point n'est pas litigieux, ou dans lesquels la réponse est évidente, par exemple lorsque l'offre du produit ou du service en question est réservée, par la législation interne, à une entreprise particulière. Dans de telles circonstances, il est clair qu'il ne peut pas exister de sources alternatives d'approvisionnement affectant la concurrence sur le marché du produit [18].

Cependant, la structure de l'offre sera normalement pertinente pour établir l'existence d'une position dominante. Il est exact qu'il ne sera pas toujours approprié de traiter la question dans le contexte de la détermination du marché en cause. Il apparaît que la Cour n'a examiné la structure de l'offre en relation avec cette question que lorsqu'elle traitait spécifiquement de l'élasticité de l'offre entre différents produits. Par contraste, les barrières générales à l'entrée sur le marché ou à sa pénétration ont été traitées sous l'intitulé concernant « la situation de l'entreprise sur le marché en cause » ou « la structure des marchés en cause » [19]. Il apparaît toutefois que la question devra habituellement être traitée soit en relation avec la définition des marchés en cause, soit en relation avec la force de la position de l'entreprise sur ces marchés.

32. Dans la suite des présentes conclusions, nous examinerons séparément la question de la demande de systèmes de fixation et celle de l'offre. Le Tribunal de première instance est parvenu à certaines conclusions sur le marché envisagé sous l'angle de la demande et il s'agit ici de savoir si, comme Hilti l'allègue, il s'est trompé en parvenant à ces conclusions. Toutefois, en ce qui concerne la structure de l'offre, le Tribunal de première instance ne semble pas avoir établi ses propres conclusions.

14 — Voir l'arrêt Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. 1979, p. 461, point 41.

15 — Citée à la note 14; voir les points 33, 34 et 48 de l'arrêt.

16 — Précitée à la note 12; voir le point 122 de l'arrêt où cette question est toutefois examinée sous le titre concernant la *position* d'United Brands sur le marché en cause plutôt que sous celui de la *définition* du marché en cause.

17 — Précitée à la note 3; voir les points 33 à 36 de l'arrêt.

18 — Voir par exemple l'arrêt General Motors/Commission, 26/75, Rec. 1975, p. 1367; l'arrêt British Leyland/Commission, 226/84, Rec. 1986, p. 3263; l'arrêt Höfner et Elser, C-41/90, Rec. 1991, p. I-1979.

19 — Voir la note 16 précitée, et également l'arrêt Hoffmann-La Roche, précité à la note 14, points 33 et 34.

**1) La demande de systèmes de fixation**

33. S'agissant de la demande concernant les différents systèmes de fixation, le Tribunal de première instance a fondé ses conclusions sur deux constatations de fait principales: la description par la Commission des différentes caractéristiques qualitatives des produits en cause, et le fait que les différents systèmes de fixation ont coexisté pendant une longue période. Comme nous l'avons déjà vu, dans son troisième moyen à l'appui de son pourvoi, Hilti soutient que le fait de constater que les systèmes FCP présentent des traits spécifiques qui les distinguent des autres systèmes, ne pouvait suffire en lui-même à fonder la conclusion qu'en tire la Commission et qui a été confirmée par le Tribunal de première instance, selon laquelle les systèmes ne sont pas substituables entre eux. De manière analogue, dans son quatrième moyen à l'appui de son pourvoi, Hilti soutient que le fait de constater que les différents systèmes ont coexisté pendant une période prolongée, ne pouvait pas, en lui-même, justifier la conclusion selon laquelle les systèmes ne seraient pas interchangeables, une déduction dont Hilti prétend qu'elle est contenue dans la seconde phrase du point 71 de l'arrêt.

34. Il est toutefois clair que la seconde phrase du point 71 doit être lue dans le contexte de l'argumentation exposée aux points 69 à 72. Le point 70 déclare que la description par la Commission, au point 62 de sa décision, des caractéristiques des systèmes FCP, est assez claire et convaincante pour justifier les conclusions que la Commission en tire. Puis, les points 71 et 72 de l'arrêt poursuivent ainsi:

« Ces constatations ne laissent subsister aucun doute sérieux sur le fait qu'il existe, dans la pratique, toute une diversité de situations, dont certaines privilégient par nature l'utilisation d'un système de fixation à charge propulsive, tandis que d'autres privilégient celle d'un ou plusieurs autres systèmes de fixation. Comme le relève la Commission, le fait que plusieurs procédés de fixation différents continuent de représenter, chacun, pendant de longues périodes, une part importante de la demande totale en matière de fixation tend à montrer qu'il n'existe qu'une substituabilité relativement faible entre les différents systèmes de fixation.

Il convient d'ajouter que, dans de telles circonstances, la Commission était en droit de baser ses conclusions sur des raisonnements tenant compte des caractéristiques qualitatives des produits en cause. »

On voit donc, comme nous l'avons déjà fait remarquer, que le Tribunal de première instance a fondé sa conclusion relative à la substituabilité de la demande sur les deux constatations ci-dessus prises conjointement, plutôt que sur chacune d'entre elles prise

individuellement. Ainsi, le Tribunal de première instance a déclaré, au point 72 de l'arrêt, que « dans de telles circonstances », la Commission était en droit de fonder ses conclusions sur les caractéristiques qualitatives des produits, lorsque les circonstances en question incluent manifestement la coexistence de différents systèmes de fixation pendant une longue période. Contrairement à ce que soutient Hilti dans le quatrième moyen à l'appui de son pourvoi, le Tribunal de première instance ne s'est donc pas fondé sur la constatation, prise isolément, d'une coexistence.

35. D'ailleurs, il nous semble que le Tribunal de première instance était en droit de fonder ses conclusions concernant la demande sur ces deux facteurs pris conjointement. Bien que, comme nous l'avons vu, Hilti critique le raisonnement suivi par le Tribunal de première instance en ce qui concerne la substituabilité de la demande, elle ne désigne elle-même aucun autre facteur affectant la demande de systèmes de fixation qui aurait dû être pris en compte. Nous en concluons donc qu'il ne saurait être reproché au Tribunal de première instance de ne pas avoir tenu compte d'un facteur pertinent concernant la substituabilité de la demande, ou de tout autre facteur relatif à la demande.

36. Nous rappellerons qu'en plus des deux facteurs mentionnés ci-dessus, le Tribunal de première instance a également pris en compte certains éléments de preuve émanant d'experts, produits par Hilti, concernant la demande de systèmes de fixation, à savoir le rapport de M. Yarrow, l'étude du Rosslyn Research et l'analyse économétrique du Pr Albach. Dans ses cinquième et sixième moyens à l'appui de son pourvoi, Hilti tente de démontrer que le Tribunal de première instance a traité ces éléments de preuve supplémentaires d'une manière contraire aux principes juridiques, ou d'une manière manifestement erronée sur le plan de la motivation. Nous examinerons ci-dessous ces arguments. Il convient cependant d'examiner en premier la question de savoir si le Tribunal de première instance a omis de traiter une question pertinente relative à l'offre de systèmes de fixation.

**2) La structure de l'offre**

37. Contrairement à ce qu'il en est de la demande, le Tribunal de première instance ne semble pas être parvenu à une conclusion sur la question de la substituabilité de l'offre entre les différents systèmes de fixation, bien que cette question ait été soulevée devant lui. Il est exact que l'arrêt résume les arguments des parties sur la question de la substituabilité de l'offre; le Tribunal de première instance n'exprime cependant pas d'avis propre sur la question. L'arrêt ne débat de la structure de l'offre en relation avec l'un des marchés en cause qu'aux

points 66 et 67: mais ceux-ci portent non pas sur la question de savoir si les systèmes FCP forment un marché des produits en cause, mais sur celle, toute différente, de savoir si les marchés des chargeurs et des clous sont distincts de celui des pistolets de scellement.

38. Toutefois, Hilti n'a pas soulevé la question de la substituabilité de l'offre dans son pourvoi. Il est exact qu'elle se fonde sur la phrase de l'arrêt Michelin qui déclare qu'« il faut également prendre en considération les conditions de concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché ». Mais, dans ses mémoires écrits, Hilti n'a mentionné nulle part spécifiquement la question de la substituabilité de l'offre. La Commission ne l'a pas non plus abordée séparément dans son mémoire en réponse, pas plus que Bauco. L'absence de toute argumentation spécifique sur la question laisse à penser qu'on n'a pas considéré qu'elle avait été explicitement soulevée dans le pourvoi, et qu'en conséquence, il ne convient pas que votre Cour la traite.

39. Nous en concluons donc qu'Hilti n'a identifié aucune question pertinente relative soit à la structure de l'offre, soit à la structure de la demande, soit aux conditions de concurrence sur le marché, que le Tribunal de première instance aurait omis de prendre en considération dans son arrêt. Les conclusions d'Hilti selon lesquelles le Tribunal de première instance aurait omis de procéder à toutes les constatations nécessaires pour définir les marchés en cause doivent en conséquence être rejetées.

40. Nous ajouterons que si nous avions conclu que l'arrêt était entaché d'erreur sous l'un de ces aspects, cela n'aurait pas eu pour conséquence l'annulation de la décision de la Commission, mais le renvoi de l'affaire au Tribunal de première instance, conformément à l'article 54 du statut.

**Le cinquième moyen à l'appui du pourvoi**

41. Dans son cinquième moyen à l'appui de son pourvoi, Hilti conteste l'affirmation du point 74 de l'arrêt selon laquelle les « éléments de preuve produits par la partie requérante ne sont pas de nature à affaiblir les constatations faites par la Commission ». Elle fait valoir qu'elle devait seulement présenter des éléments de preuve proposant une autre explication aux constatations de la Commission; elle n'avait pas à produire des éléments de preuve qui les « affaiblir(aient) ». Hilti conclut que, dans ce paragraphe, le Tribunal de première instance met en oeuvre une « répartition juridiquement incorrecte de la charge de la preuve ».

42. Au soutien de cette conclusion, Hilti se réfère au point 63 de la décision de la Commission, où celle-ci conclut que:

« ... Il n'est donc pas concevable que de légères variations dans le prix des pistolets de scellement, des clous et/ou des cartouches provoqueraient un déplacement immédiat et sensible de la demande en faveur ou au détriment d'autres procédés de fixation ».

Hilti prétend que l'utilisation du terme « concevable » indique que la Commission fondait sa constatation sur une simple supposition. Elle fait valoir que pour réfuter une simple supposition, il suffit d'établir des circonstances qui donnent un éclairage différent aux faits établis par la Commission: voir le point 16 de l'arrêt de la Cour dans l'affaire CRAM et Rheinzink [20].

43. Cependant, à notre avis, un examen de la motivation figurant aux points 63 à 65 de sa décision ne vient pas étayer l'affirmation selon laquelle la Commission aurait basé ses conclusions sur une simple supposition. Aux points 61 et 62 de la décision, la Commission décrit de manière assez détaillée les facteurs qui peuvent affecter le choix d'une méthode de fixation dans des circonstances particulières, et les caractéristiques techniques qui distinguent les systèmes FCP des autres méthodes de fixation. C'est sur le fondement de ces considérations qu'au point 63, la Commission est parvenue à la conclusion que les systèmes de fixation FCP et les autres systèmes de fixation ne peuvent être considérés comme faisant partie du même marché concerné. Comme la Commission l'explique dans ce paragraphe:

« ... Le choix du meilleur procédé de fixation à utiliser dans le cas d'espèce s'effectue en fonction de l'application spécifique prévue sur un chantier donné .... Etant donné que les facteurs qui orientent ce choix sont très nombreux et que les éléments de fixation constituent normalement une part très faible des coûts de construction, il y a tout lieu de penser que les prix des éléments des divers procédés de fixation ne sont pas le critère exclusif ou primordial dans le choix de la méthode à mettre en oeuvre pour un travail donné. *Il n'est donc pas concevable* que de légères variations dans le prix des pistolets de scellement, des clous et/ou des cartouches provoqueraient un déplacement immédiat et sensible de la demande en faveur ou au détriment d'autres procédés de fixation. » (souligné par nous).

Il apparaît que l'affirmation de la Commission selon laquelle il « n'est pas concevable » que de légères variations de prix puissent conduire à un déplacement immédiat et

20 — Affaires jointes 29 et 30/83, CRAM et Rheinzink/Commission, Rec. 1984, p. 1679.

sensible de la demande entre les procédés de fixation, est présentée comme un corollaire de la conclusion à laquelle elle était déjà parvenue en se fondant sur des éléments de preuve, et selon laquelle le choix d'une méthode de fixation ne dépend pas de manière critique du prix des éléments du système, c'est-à-dire du prix des pistolets de scellement, des chargeurs ou des clous. Il est donc inexact de dire que cette affirmation n'est qu'une simple supposition ou spéculation: il s'agit plutôt d'une conclusion à laquelle la Commission est parvenue en se fondant sur des éléments de preuve. Pour mettre en doute une telle conclusion, il aurait été nécessaire qu'Hilti, au cours de la procédure devant le Tribunal de première instance, soit démontre que les éléments de preuve sur lesquels s'était fondée la Commission étaient insuffisants pour corroborer une telle conclusion, soit produise d'autres éléments de preuve solides établissant que le prix des éléments d'un système de fixation constitue le facteur crucial dans le choix opéré entre différents systèmes [21].

44. C'est la raison pour laquelle, à notre avis, le Tribunal de première instance a considéré à juste titre qu'il appartenait à Hilti de démontrer que les nouveaux éléments de preuve qu'elle avait invoqués jetaient effectivement des doutes sur les conclusions de la Commission. Il convient donc de rejeter l'argument d'Hilti selon lequel le Tribunal de première instance aurait mis en oeuvre une répartition juridiquement incorrecte de la charge de la preuve.

21 — Voir les remarques de l'avocat général, Sir Gordon Slynn, dans les affaires jointes 100 à 103/80, Musique Diffusion Française/Commission, Rec. 1983, p. 1825, plus précisément pp. 1930-1931.

**Le sixième moyen à l'appui du pourvoi**

45. Dans son sixième moyen à l'appui du pourvoi, Hilti fait en réalité valoir que dans trois cas au moins, le Tribunal de première instance a fait une interprétation erronée des éléments de preuve qui lui étaient soumis. Ce moyen soulève donc la question de savoir si un tel argument soulève un point de droit pouvant être examiné par votre Cour saisie sur pourvoi, ou s'il doit être considéré comme ne concernant que des questions de fait sur lesquelles la décision du Tribunal de première instance est définitive. Comme nous le verrons, il ne fait aucun doute à nos yeux que les arguments d'Hilti touchant ce moyen du pourvoi soulèvent exclusivement des questions de fait qui ne peuvent pas être examinées par votre Cour.

46. Bien sûr, il peut ne pas être toujours aisé de tracer la distinction entre les questions de fait et les questions de droit. Celle-ci fait l'objet d'un débat important dans les systèmes juridiques nationaux; dans son pourvoi, Hilti semble soutenir que votre Cour devrait suivre la pratique de certaines juridictions nationales et considérer que, dans certaines circonstances, les erreurs manifestes de fait équivalent à des erreurs de droit. Cependant, il nous semble que dans le cas de pourvois contre des décisions du Tribunal de première instance, votre Cour peut, à bon droit, adopter un point de vue restrictif de la notion de « violation du droit communautaire par le

Tribunal » visée à l'article 51 du statut. Votre Cour doit éviter de se retrouver dans une situation où, lorsqu'il est allégué qu'une erreur de fait est manifeste, elle aurait à effectuer un nouveau contrôle des constatations de fait. Cela aurait pour effet de compromettre les objectifs poursuivis lors de l'institution du Tribunal de première instance. Pour les raisons que nous avons déjà indiquées, cette considération s'impose tout particulièrement dans les affaires de concurrence où la décision du Tribunal de première instance constitue, en elle-même, un contrôle d'une portée très étendue d'une décision motivée de la Commission [22].

47. Ainsi, lorsque le Tribunal de première instance, sans procéder lui-même à l'examen de nouveaux éléments de preuve ou à des investigations portant sur des faits, contrôle les constatations de fait figurant dans la décision de la Commission ou les déductions que la Commission en a tirées, il nous semble clair que votre Cour ne peut pas entreprendre un autre contrôle des faits constatés par la Commission. Votre Cour ne peut intervenir que s'il ressort de l'arrêt du Tribunal de première instance que cette juridiction a fait une application erronée du droit communautaire en appliquant, par exemple, un critère juridique erroné à une question telle que la définition du marché en cause, ou en fondant ses conclusions juridiques sur une motivation insuffisante. Seule une telle erreur peut équivaloir à une « violation du droit communautaire » aux fins de l'article 51 du statut. Une telle erreur ressortira des termes mêmes de l'arrêt et il suffira que votre Cour contrôle la motivation figurant dans celui-ci.

48. La situation est-elle différente lorsque le Tribunal de première instance recueille lui-même des éléments de preuve, procède à d'autres investigations de fait et, éventuellement, à de nouvelles constatations de fait? Il convient de souligner que toutes les constatations nouvelles de ce type ne sont pas destinées à se substituer à celles de la Commission, mais ne sont effectuées que pour confirmer ou réfuter celles-ci; dans ce cas, le Tribunal de première instance n'agit pas comme une juridiction de première instance qui procède pour la première fois à des constatations, mais elle n'opère de telles constatations qu'afin de contrôler celles de la Commission. Dans un tel cas, le Tribunal de première instance, s'il veut satisfaire à l'exigence de motivation, exposera nécessairement ses propres constatations dans son arrêt et en tirera les déductions pertinentes au soutien de ses propres conclusions. C'est pourquoi, même dans ce cas, le contrôle par votre Cour peut, à bon droit, se limiter à la motivation telle qu'elle figure dans l'arrêt. La motivation doit bien sûr répondre de manière adéquate à l'argumentation des parties et, ce faisant, fera nécessairement apparaître les propres constatations de fait du Tribunal de première instance et les déductions qu'il en a tirées. Par conséquent, votre Cour n'aura pas besoin d'aller au-delà de l'arrêt du Tribunal de première instance pour examiner les éléments de preuve soumis à ce dernier.

22 — Voir les points 9 à 12 ci-dessus.

49. Bien sûr, il peut toujours exister des cas difficiles dans lesquelles votre Cour devra déterminer dans quelle mesure elle est prête à contrôler le raisonnement suivi par le Tribunal de première instance dans son appréciation des faits qui ont été établis. Comme nous l'avons déjà mentionné, il nous semble qu'en matière de concurrence, votre Cour serait en droit d'adopter une conception restrictive de sa compétence sur pourvoi étant donné les objectifs poursuivis par la création du Tribunal du première instance, et le fait que dans les procédures de concurrence, il y aura toujours deux décisions motivées. Cependant, quel que soit le point de vue adopté sur l'étendue de la compétence de votre Cour saisie sur pourvoi, il n'est pas possible qu'on ait eu l'intention de lui demander d'aller au-delà des constatations de fait auxquelles le Tribunal de première instance a procédé dans son arrêt lorsqu'il a contrôlé les constatations de la Commission.

50. C'est en gardant présentes à l'esprit ces considérations que nous examinons maintenant les erreurs alléguées par Hilti dans son sixième moyen à l'appui du pourvoi.

51. La première erreur consiste selon Hilti dans l'affirmation figurant au point 73 de l'arrêt, selon laquelle les conclusions de la Commission sont:

« d'ailleurs corroborées par l'analyse établie par le professeur Yarrow et par l'étude effectuée par l'institut Rosslyn Research, ... en ce que celles-ci relèvent l'existence d'un nombre important d'utilisateurs de pistolets de scellement, qui ne voyaient pas de solution de rechange pouvant réellement se substituer au système de fixation à charge propulsive dans des situations correspondant à la plupart de celles dans lesquelles des pistolets de scellement ont été effectivement utilisés. »

A cette affirmation, Hilti objecte que l'interprétation de l'étude effectuée par l'institut Rosslyn Research est « manifestement erronée » et « repose sur une simple erreur d'arithmétique ». Selon elle, au lieu de révéler l'existence d'un nombre important de tels utilisateurs de pistolets de scellement, l'étude montre que seule une minorité de ceux-ci rencontrent des situations dans lesquelles ils ne peuvent utiliser aucun système alternatif de fixation, et cela, seulement dans une fraction des cas dans lesquels ils utilisent les pistolets de scellement.

52. Hilti critique donc la constatation selon laquelle, sur la base d'un élément de preuve

fourni par une étude particulière, il existe, dans une majorité de cas, un nombre important d'utilisateurs pour lesquels les systèmes FCP ne peuvent pas être remplacés par d'autres systèmes de fixation. Il nous semble qu'il s'agit là d'une pure constatation de fait du Tribunal de première instance. Comme nous l'avons déjà vu, il n'appartient pas à votre Cour d'aller au-delà des constatations de fait exposées dans l'arrêt; au mieux, elle peut examiner le raisonnement suivi par le Tribunal de première instance lorsqu'il tire des conclusions de telles constatations. En conséquence, l'interprétation des résultats de l'étude de l'institut Rosslyn Research est un élément qui demeure de la compétence exclusive du Tribunal de première instance, et ne saurait être contesté sur pourvoi.

53. A notre avis, des considérations identiques s'appliquent à la seconde allégation figurant dans le sixième moyen d'Hilti à l'appui de son pourvoi, laquelle porte sur le point 75 de l'arrêt. Dans ce passage, le Tribunal de première instance critique la méthodologie adoptée dans l'analyse de M. Yarrow et dans l'étude de l'institut Rosslyn Research, faisant valoir que les questions posées dans l'étude aux entreprises de construction:

« ne sont pas de nature à fournir une réponse à la question fondamentale dans cette affaire, à savoir si de faibles mais significatives variations dans le prix des clous sont susceptibles de modifier la demande d'une manière significative. »

A notre avis, l'évaluation de la méthodologie adoptée dans une étude empirique est une matière qui relève de la compétence exclusive du Tribunal de première instance, en tant que juge du fait. Il est clair que la manière appropriée d'élaborer les questions posées aux entreprises de construction lorsqu'on évalue l'incidence du prix dans leur décision d'utiliser un système particulier de fixation, n'est pas une question de droit pouvant faire l'objet d'un examen dans le cadre du présent pourvoi.

54. Enfin, Hilti conteste l'assertion du point 76 de l'arrêt, qui critique la méthodologie suivie au cours de l'étude économétrique du Pr Albach. Il apparaît que les difficultés méthodologiques en question ont été abordées, lors de l'audience, dans une déclaration orale du Pr Albach dont un extrait est cité par Hilti dans son pourvoi. Il nous semble qu'il appartient manifestement au Tribunal de première instance, et à lui seul, d'examiner la question de savoir si les doutes exprimés ont été résolus de manière appropriée par le témoignage donné à l'audience par le Pr Albach.

55. C'est la raison pour laquelle nous sommes parvenus à la conclusion qu'aucun des arguments avancés par Hilti dans son sixième moyen à l'appui de son pourvoi ne peut être considéré comme soulevant une question de droit susceptible d'être examinée dans le cadre d'un pourvoi.

**Le septième moyen à l'appui du pourvoi**

56. Dans son dernier moyen à l'appui de son pourvoi, Hilti fait valoir que le Tribunal de première instance aurait commis une erreur de droit en omettant d'examiner tous les éléments de preuve émanant d'experts qui lui étaient soumis et qui avaient une incidence sur la définition des marchés des produits en cause. Au soutien de cette argumentation, Hilti fait observer que les éléments de preuve avancés par elle ne sont débattus dans l'arrêt que dans trois courts paragraphes qui ne traitent en outre, d'après elle, que de « trois aspects très mineurs » de ces éléments de preuve.

57. Comme nous l'avons déjà vu, le Tribunal de première instance a déclaré que les conclusions de la Commission concernant les marchés des produits en cause étaient corroborées, plutôt que réfutées, par les éléments de preuve émanant d'experts invoqués par Hilti. Cependant, il ne nous semble pas qu'on puisse dire qu'il a méconnu ces éléments de preuve; au contraire, le Tribunal de première instance les a examinés, mais en a tiré des conclusions différentes de celles avancées par Hilti. Au point 4.58 de son pourvoi, Hilti expose ce qu'elle considère comme étant les conclusions les plus pertinentes qui devraient être tirées des éléments de preuve analysés par M. Yarrow et le Pr Albach. Cependant, le fait que le Tribunal de première instance n'en ait pas tiré les mêmes conclusions, n'indique pas qu'il a omis de tenir compte de ces éléments de preuve.

58. C'est pourquoi, selon nous, il convient de rejeter également l'argumentation avancée par Hilti dans le septième moyen à l'appui de son pourvoi. Le pourvoi d'Hilti doit donc être rejeté.

59. Enfin, il convient de remarquer que l'argumentation de Bauco selon laquelle l'amende imposée à Hilti devrait être augmentée, n'a pas à être prise en considération. Il est clair qu'un intervenant devant le Tribunal de première instance ne peut que conclure au soutien ou au rejet, total ou partiel, des conclusions d'une des parties, et que, dans le cadre d'un pourvoi, il n'est pas autorisé à présenter dans son mémoire en réponse des conclusions nouvelles [23]. En conséquence, Bauco n'était pas en droit de conclure à l'augmentation du montant de l'amende, ni dans son intervention d'origine devant le Tribunal de première instance, ni dans son mémoire en réponse dans le cadre du pourvoi.

23 — Voir l'article 116, paragraphe 4, du règlement de procédure du Tribunal de première instance, et l'article 116, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour de justice.

## Conclusion

60. En conséquence, nous sommes d'avis que la Cour devrait:

1) rejeter le pourvoi;

2) condamner Hilti aux dépens, y compris ceux de Bauco.