CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GEORGES COSMAS

présentées le 16 mai 2000 *

Table des matières

I — Introduction I-11372

II — Les faits et la procédure I-11372

III — La nécessité d'éviter des décisions contradictoires des juridictions nationales et des institutions communautaires I-11376

A — Quand y a-t-il risque de décisions contradictoires? I-11376

a) Observations générales I-11376

b) Dans la présente affaire I-11377

B — La jurisprudence de la Cour relative à l'éventualité de décisions contradictoires I-11378

C — La spécificité de l'affaire en cause I-11379

IV — La suite à réserver aux questions préjudicielles posées I-11380

A — Observations préalables I-11380

a) L'objet du litige au principal I-11380

b) Les questions préjudicielles posées I-11381

B — L'examen de la validité de la décision 98/531 par le biais d'une question préjudicielle est-il en l'espèce possible? I-11383

a) Observations introductives I-11384

b) L'identité des parties dans la procédure au principal est un obstacle au renvoi d'une question préjudicielle relative à la validité de la décision 98/531 ..... I-11385

c) Les problèmes, en général, que pose l'examen, dans le cadre de la procédure de l'article 177 du traité, de la validité d'une décision communautaire telle que celle qui est en cause I-11389

C — Conclusions I-11391

V — En ce qui concerne la deuxième question préjudicielle I-11392

A — Le prix des glaces et la compatibilité des accords concernés avec les dispositions de l'article 86 du traité I-11392

* Langue originale: le grec.

B — Les clauses d'exclusivité litigieuses et l'article 85, paragraphe 1, du traité ... I-11394

a) L'arrêt Delimitis ... I-11394

b) La transposition de la jurisprudence Delimitis dans la présente affaire ... I-11395

c) En ce qui concerne la justification objective des clauses d'exclusivité en cause ... I-11400

C — Les clauses d'exclusivité litigieuses et l'article 86 du traité ... I-11403

VI — La troisième question préjudicielle ... I-11407

VII — Conclusions ... I-11409

VIII — Conclusion ... I-11409

I — Introduction

1. Dans la présente affaire, la Cour est invitée à répondre à trois questions préjudicielles, posées par la Supreme Court (Irlande) en vertu de l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE). La première question concerne les relations entre les juridictions nationales et les organes administratifs et juridictionnels communautaires dans des cas où se pose un problème ad hoc d'interprétation et d'application des articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité CE (devenus articles 81, paragraphe 1, CE et 82 CE). Les deux questions suivantes concernent la compatibilité avec la réglementation communautaire de clauses contractuelles d'exclusivité, imposées par le producteur et distributeur de glaces aux détaillants, en ce qui concerne l'utilisation des congélateurs que ce distributeur fournit à ses cocontractants.

II — Les faits et la procédure

2. La présente affaire concerne les accords conclus par la société HB Ice Cream Ltd, devenue la société Van Den Bergh Foods Ltd (ci-après «HB»), et relatifs à la distribution en Irlande de glaces de consommation immédiate. La politique de HB dans le cadre de son activité d'entreprise consiste à fournir des congélateurs aux magasins de vente au détail qui distribuent ses glaces à la condition que ces congélateurs soient uniquement utilisés pour ses propres produits (ci-après la «clause d'exclusivité»). HB, qui fait depuis 1974 partie du groupe Unilever, est la plus importante société de production et de distribution de glaces en Irlande et elle occupe la première place sur ce marché, sa part de marché n'ayant jamais été inférieure à 70 %.

3. La société Masterfoods Ltd (ci-après «Masterfoods») est une filiale de la multinationale américaine Mars Inc. et elle a pris pied sur le marché irlandais des glaces en

1989. Durant l'été de cette année, de nombreux détaillants ont commencé à mettre des glaces Mars dans des congélateurs qui leur avaient été fournis par HB. Celle-ci leur a alors demandé de respecter fidèlement la clause d'exclusivité qui figurait dans le contrat relatif aux congélateurs.

4. En mars 1990, Masterfoods a saisi la High Court (Irlande) d'une demande tendant à ce qu'il soit constaté que la clause précitée est contraire aux articles 85 et 86 du traité. HB a demandé à la même juridiction d'interdire à Masterfoods d'inciter les détaillants à mettre des glaces Mars dans des congélateurs de HB. En avril 1990, la High Court a rendu une injonction provisoire en faveur de HB.

5. Le 28 mai 1992, la High Court a rendu un jugement définitif, dans lequel elle rejetait la demande de Masterfoods et interdisait à cette société, par une injonction définitive («permanent order»), d'inciter les détaillants à stocker des glaces Mars dans des congélateurs appartenant à HB. Toutefois, elle a rejeté la demande de dommages et intérêts de HB.

6. Le 4 septembre 1992, Masterfoods a interjeté appel («appeal») du jugement de la High Court devant la Supreme Court. Dans son acte d'appel, elle demandait à la Supreme Court, premièrement, d'annuler le jugement et l'injonction de la High Court, deuxièmement, de déclarer que les clauses d'exclusivité concernées sont illégales et invalides, parce que contraires aux articles 85 et 86 du traité, troisièmement, à titre subsidiaire, d'ordonner la réouverture de la procédure devant la High Court et, quatrièmement, de condamner la partie adverse aux dépens.

7. Il faut faire remarquer que, parallèlement à la procédure devant les juridictions nationales, Masterfoods a déposé le 18 septembre 1991 une plainte à la Commission, en faisant valoir que les clauses d'exclusivité figurant dans l'accord de fourniture de congélateurs, conclu entre HB et les détaillants, étaient contraires aux règles de concurrence communautaires. Le 29 juillet 1993, la Commission a abouti à la conclusion provisoire que le système de distribution de HB violait les articles 85 et 86 du traité et elle a notifié une communication des griefs en ce sens. Elle a mis HB en mesure de proposer des modifications pour son système de distribution de glaces. Le 8 mars 1995, à la suite d'un entretien avec la Commission, HB a soumis des propositions de modifications. Dans un premier temps, la Commission a fait une déclaration dans laquelle elle a fait savoir que, à première vue, les modifications pourraient éventuellement bénéficier d'une exemption. Le 15 août 1995, elle a annoncé son intention de se montrer favorable à l'égard des accords de distribution (modifiés) qui lui avaient été communiqués. Or, par la suite, estimant que ces modifications ne donnaient pas les résultats escomptés sur le marché et tenant compte de la situation du marché à ce moment, elle est revenue sur son intention et a adressé une nouvelle communication des griefs à HB (le 22 jan-

vier 1997). Enfin, le 11 mars 1998, elle a arrêté la décision 98/531/CE [1].

8. Selon l'article 1er de la décision 98/531, «la clause d'exclusivité figurant dans les accords de fourniture de congélateurs conclus en Irlande entre Van den Bergh Foods Limited et des détaillants, applicables aux congélateurs installés dans les points de vente qui sont dotés uniquement d'appareils fournis par Van den Bergh Foods Limited pour le stockage de glaces en conditionnement individuel destinées à une consommation immédiate et qui ne disposent ni de leur propre congélateur ni de congélateur(s) provenant d'un autre producteur de glaces, constitue une infraction aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité».

9. L'article 3 de la décision 98/531 dispose que «le fait que Van den Bergh Foods Limited incite les détaillants irlandais ne disposant pas de leur propre congélateur ni de congélateur(s) provenant d'un autre producteur de glaces à devenir parties à des accords de fourniture de congélateurs soumis à une condition d'exclusivité, en leur proposant de leur fournir des congélateurs pour le stockage de glaces en conditionnement individuel destinées à une consommation immédiate et d'en assurer la maintenance, sans que cela n'occasionne aucun frais direct pour eux, constitue une infraction aux dispositions de l'article 86 du traité».

1 — Décision de la Commission du 11 mars 1998 relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité (affaires n° IV/34.073, n° IV/34.395 et n° IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited [notifiée sous le numéro C(1998) 292] (JO L 246, p. 1).

10. Le 21 avril 1998, HB a formé un recours devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes et a demandé l'annulation de la décision de la Commission (affaire T-65/98).

11. Le 16 juin 1998, la Supreme Court a décidé par voie d'ordonnance de surseoir à statuer dans la procédure pendante devant elle et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Eu égard à l'arrêt et aux ordonnances de la High Court d'Irlande du 28 mai 1992, à la décision de la Commission des Communautés européennes du 11 mars 1998 et aux recours en annulation et en suspension de cette dernière décision formés par Van den Bergh Foods Limited au titre des articles 173, 185 et 186 du traité instituant la Communauté économique européenne (ci-après le 'traité CE'),

a) le devoir de coopération loyale avec la Commission, tel qu'interprété par la Cour de justice, impose-t-il à la Supreme Court de surseoir à statuer en l'espèce jusqu'à ce que le Tribunal de première instance se soit prononcé sur le recours qui a été formé devant lui contre la décision précitée de la Commission, voire jusqu'à ce que la Cour de justice se soit prononcée sur l'éventuel pourvoi dont elle pourrait être saisie?

b) une décision de la Commission, adressée à un particulier (et qui fait l'objet d'un recours en annulation et en suspension formé par ce particulier), constatant que son contrat de fourniture de congélateurs est contraire à l'article 85, paragraphe 1, et/ou à l'article 86 du traité CE, empêche-t-elle ce particulier de demander la confirmation d'un arrêt en sens contraire, rendu par une juridiction nationale en sa faveur concernant des questions identiques ou similaires au regard des articles 85 et 86 du traité, lorsque ledit arrêt fait l'objet d'un recours formé devant la juridiction nationale qui se prononce en dernier ressort?

Les questions 2 et 3 ne se posent que si la question 1, sous a), appelle une réponse négative.

2) Eu égard au contexte juridique et économique dans lequel s'inscrivent les contrats de fourniture de congélateurs en cause sur le marché des glaces alimentaires à emballage simple destinées à la consommation immédiate, une pratique par laquelle un fabricant et/ou fournisseur de glaces met un congélateur à la disposition d'un détaillant sans aucune contrepartie directe — ou use d'autres méthodes pour amener ce détaillant à accepter le congélateur — à condition que celui-ci n'y conserve pas d'autres glaces que celles fournies par ce fabricant et/ou fournisseur enfreint-elle les dispositions des articles 85, paragraphe 1, et/ou 86 du traité CE?

3) L'article 222 du traité CE s'oppose-t-il à tout recours au titre des articles 85 et 86 du traité CE contre des accords d'exclusivité portant sur des congélateurs?»

12. En outre, dans le cadre du litige pendant devant le Tribunal à la suite du recours formé le 21 avril 1998 par HB, le président de cette juridiction (le Tribunal) a, par ordonnance du 7 juillet 1998 [2], sursis à l'exécution de la décision attaquée de la Commission jusqu'à la décision définitive sur le recours dans cette affaire (T-65/98).

13. Par ordonnance du 28 avril 1999, le président de la cinquième chambre du Tribunal, faisant application de l'article 47, troisième alinéa, du statut CE de la Cour de justice, a suspendu la procédure dans l'affaire T-65/98 jusqu'au prononcé de l'arrêt de la Cour dans la présente affaire.

2 — Affaire Van den Bergh Foods/Commission (T-65/98 R, Rec. p. II-2641).

III — La nécessité d'éviter des décisions contradictoires des juridictions nationales et des institutions communautaires

14. Le problème central que pose la présente affaire est à l'évidence qu'il faut éviter des décisions contradictoires entre les juridictions nationales et les institutions communautaires dans le cadre de l'interprétation et de l'application des articles 85 et 86 du traité. Ce risque existe parce que, ainsi que la Cour l'a observé dans l'arrêt Delimitis [3], pour certaines questions réglées par les articles 85 et 86 du traité — notamment celle de savoir si un comportement d'entreprise doit être considéré comme conforme aux articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité —, la Commission a non pas une compétence exclusive, mais une compétence qu'elle partage avec les juridictions nationales.

A — *Quand y a-t-il risque de décisions contradictoires?*

a) Observations générales

15. En ce qui concerne la question de savoir quand il y a contradiction ou risque de contradiction entre, d'une part, une décision de la Commission par laquelle les articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité sont appliqués à un litige déterminé et, d'autre part, une décision d'une juridiction nationale sur le même problème, il est nécessaire de faire les observations préalables suivantes:

16. Pour constater qu'une telle contradiction existe, il ne suffit pas que le problème juridique soulevé devant les juridictions nationales et celui qui occupe la Commission soient connexes [4]. Il ne suffit pas non plus qu'il y ait similitude du problème juridique lorsqu'il n'existe pas d'identité absolue quant au cadre juridique et factuel du litige qui occupe la Commission et les juridictions nationales [5]. La décision de la Commission peut certes fournir des indications importantes [6] quant à la manière adéquate d'interpréter les articles 85, paragraphe 1, et 86; il n'existe toutefois pas dans cette hypothèse, d'un point de vue strictement juridique, de risque de décisions contradictoires. Ce risque n'existe que lorsque la chose jugée qui apparaît ou apparaîtra par la décision de la juridiction nationale est contraire aux motifs ou au

3 — Arrêt du 28 février 1991 (C-234/89, Rec. p. I-935, points 43 à 46). Voir également les arrêts du 6 février 1967, Brasserie de Haecht (48/72, Rec. p. 77), et du 30 janvier 1974, BRT (127/73, Rec. p. 51).

4 — Par exemple lorsque les juridictions nationales examinent la légalité d'une clause d'exclusivité pour l'utilisation de congélateurs pour glaces et que la Commission se prononce sur un accord d'exclusivité concernant l'utilisation d'un réseau de distribution de journaux.

5 — Par exemple lorsque les juridictions nationales examinent la légalité d'un accord d'exclusivité concernant l'utilisation d'un congélateur pour glaces entre une société déterminée et les détaillants 1, 2 et 3 en Irlande, alors que la Commission contrôle un accord similaire concernant les mêmes produits sur le même marché entre une autre société et les détaillants 4, 5 et 6.

6 — Voir points 20 et 21 de la communication de la Commission relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du traité CEE (93/C 39/05, JO 1993, C 39, p. 6).

dispositif de la décision de la Commission [7]. Il faut dès lors examiner chaque fois les limites de la chose jugée par la décision de la juridiction nationale et le contenu de la décision de la Commission.

b) Dans la présente affaire

17. Il faut tout d'abord souligner, dans la présente affaire, que l'objet du jugement de la High Court semble à première vue identique à celui de la décision de la Commission: il s'agit d'apprécier la compatibilité avec les articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité de la clause d'exclusivité contenue dans des accords concernant des congélateurs, conclus entre HB et les détaillants de glaces en Irlande. Cela ne veut toutefois pas dire que, dans la mesure où ces décisions aboutissent à des conclusions opposées, elles sont totalement contradictoires.

18. Plus précisément, en ce qui concerne la constatation que les clauses d'exclusivité litigieuses, imposées par HB, n'étaient pas, par leurs effets sur la concurrence, contraires aux articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité, le jugement de la High Court s'est fondé sur des données et des appréciations se situant, du point de vue temporel, dans une époque antérieure à la date de ce jugement, c'est-à-dire antérieure à 1992. Or, les effets juridiques qui découlent du jugement de la High Court s'étendent manifestement au-delà de cette date. La High Court a rendu une injonction définitive imposant le respect des clauses d'exclusivité concernant les congélateurs de HB et interdisant à la société Masterfoods d'inciter les détaillants à violer ces clauses d'exclusivité.

19. La décision de la Commission est principalement fondée sur une enquête de marché effectuée en 1996 [8]; elle tient aussi compte du fait que les accords pour la fourniture de congélateurs, proposés par HB aux détaillants, ont été modifiés après 1995. La décision de la Commission est claire dans son dispositif: les clauses contractuelles d'exclusivité quant à l'utilisation des congélateurs fournis par HB aux détaillants sont invalides parce qu'elles sont contraires aux articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité; HB doit «mettre fin immédiatement» [9] aux infractions visées et en informer les détaillants, dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la décision [10].

20. On peut tirer les deux conclusions suivantes de ce qui précède. En premier

7 — Nous ne nions pas que, lorsqu'il existe une similitude plus évidente entre l'objet de la décision de la Commission et celui de la décision de la juridiction nationale, l'adoption de solutions contradictoires par ces deux entités ne favorise pas l'application uniforme du droit communautaire. Il ne s'agit toutefois pas de cas de contradiction pure entre la décision communautaire et la décision nationale. Une interprétation différente, selon laquelle ce risque de décisions contradictoires serait délimité de manière large, aboutirait à une contrainte excessive pour le juge national.

8 — Voir points 28 à 38 de la décision 98/531.

9 — Article 4 de la décision 98/531.

10 — Article 5 de la décision 98/531.

lieu, le dispositif de la décision de la Commission n'est pas fondé sur une appréciation du même cadre factuel que celui qui a occupé le juge irlandais [11]. Il est théoriquement possible que la clause d'exclusivité dans des contrats concernant des congélateurs, qui existaient et étaient appliqués avant 1992, ne soit pas contraire aux règles de concurrence communautaires — comme la High Court l'a jugé —, mais qu'il en aille différemment pour les contrats postérieurs à 1992, sur lesquels a porté le contrôle de la Commission. En deuxième lieu, les deux décisions sont manifestement contradictoires par leurs effets juridiques, à tout le moins à partir de la date d'adoption et de notification de la décision de la Commission. Plus précisément, selon la décision de la Commission, la clause d'exclusivité en question cesse automatiquement de s'appliquer le 11 mars 1998 parce qu'elle est contraire aux règles de concurrence communautaires. En revanche, l'injonction définitive de la High Court, qui continue de s'appliquer après le 11 mars 1998, impose le respect de ladite clause d'exclusivité.

21. Par conséquent, il s'agit d'un cas de contradiction partielle entre le jugement de la High Court et la décision de la Commission [12]. Cette contradiction est conditionnée par l'application de la décision de la Commission, étant donné que, par l'ordonnance de son président, le Tribunal a ordonné le sursis à l'exécution de cette décision [13]. En outre, il existe un risque que la Supreme Court rende un arrêt allant à l'encontre de la décision de la Commission, en se basant sur les motifs du jugement en première instance de la High Court ou sur de nouveaux éléments ou de nouvelles appréciations. Nous examinerons cette éventualité dans le point suivant de notre analyse.

B — *La jurisprudence de la Cour relative à l'éventualité de décisions contradictoires*

22. Nous avons déjà dit que, dans l'arrêt Delimitis [14], la Cour avait signalé le risque que les juridictions nationales et la Commission adoptent des décisions contradictoires dans le cadre de l'application des règles de concurrence communautaires. Elle a aussi souligné que des décisions contradictoires sont contraires au principe général de sécurité juridique et « doivent, dès lors, être évitées lorsque les juridictions nationales se prononcent sur des accords ou pratiques qui peuvent encore faire l'objet d'une décision de la Commission » [15].

23. La Cour a ensuite jugé utile de fournir au juge national certaines orientations sur

11 — Il l'aurait été si la Commission avait fondé sa décision sur la situation telle qu'elle a existé sur le marché des glaces en Irlande pendant la période 1990-1992 et sur la part de marché détenue par les entreprises concernées pendant cette même période.

12 — Voir également le point 7 de l'ordonnance précitée du président du Tribunal, du 7 juillet 1998.

13 — Voir note 2, ci-dessus.

14 — Arrêt précité dans la note 3.

15 — Ibidem, point 47.

la manière de traiter cette situation. Si la solution quant à l'application des dispositions communautaires litigieuses est évidente, le juge national peut poursuivre la procédure [16]. En revanche, lorsqu'un risque de contradiction entre le jugement du juge national et la décision à intervenir de la Commission se présente dans le cadre de l'application des articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité, «un sursis à statuer ou l'adoption de mesures provisoires est également à envisager» [17]. En outre, la Cour a souligné que la juridiction nationale pouvait s'informer auprès de la Commission sur l'état d'avancement du contrôle communautaire ou demander son assistance pour les difficultés qu'elle rencontre dans l'application des articles concernés du traité [18]. Enfin, la juridiction nationale peut surseoir à statuer dans l'affaire pendante devant elle et saisir la Cour d'une demande préjudicielle au titre de l'article 177 du traité [19].

24. Il faut faire remarquer que l'affaire Delimitis concernait le cas où une juridiction nationale devait se prononcer sur l'application des articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité à un moment où la Commission s'était saisie du même problème mais n'avait pas rendu de décision à cet égard. En outre, lorsque la Cour invite à utiliser la voie procédurale de l'article 177 du traité, elle le fait à un stade de la procédure où le juge national ne conteste pas la légalité d'un acte déjà rendu de la Commission. En d'autres termes, le juge national est invité, par les questions préjudicielles qu'il pose à la Cour, à soulever un problème d'interprétation de dispositions de droit communautaire, et non, éventuellement, un problème de validité d'une décision individuelle de la Commission. Ce problème surgit dans la présente affaire, sur les spécificités de laquelle il nous semble utile d'insister.

C — *La spécificité de l'affaire en cause*

25. La présente affaire n'est pas entièrement couverte par les conclusions auxquelles la Cour est parvenue dans l'arrêt Delimitis. Sa spécificité et sa difficulté résident dans les éléments suivants:

En premier lieu, ainsi que nous l'avons déjà dit, la contradiction entre le jugement de la juridiction de première instance irlandaise et la décision déjà arrêtée de la Commission n'est pas simplement éventuelle; elle est manifeste et imminente [20]. La contradiction aurait déjà existé si le Tribunal de première instance n'avait pas ordonné le sursis à l'exécution de la décision de la Commission [21]. En outre, les décisions de la Commission et de la juridiction irlandaise seront

16 — Ibidem, point 50.

17 — Ibidem, point 52.

18 — Il s'agit d'une application du principe de l'obligation de coopération de la Commission avec les autorités nationales au titre de l'article 5 du traité CE (devenu article 10 CE).

19 — Arrêt Delimitis, précité dans la note 3, point 54.

20 — Faisons encore remarquer que, dans la présente affaire, le juge national a estimé que les clauses d'exclusivité en cause sont conformes aux règles de concurrence communautaires, alors que la Commission a adopté un point de vue exactement inverse. Les conséquences de l'existence de points de vue opposés seraient moins graves pour l'équilibre de la structure juridique communautaire si c'était le juge national qui avait adopté un point de vue défavorable à l'égard des clauses d'exclusivité et si la Commission les avait jugées conformes aux articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité.

21 — Voir ci-dessus, note 12.

contradictoires si, dans le cadre de la procédure au principal, la Supreme Court adopte des points de vue contraires à ceux formulés dans la décision 98/531. Cela peut arriver si la Supreme Court estime, premièrement, que les motifs et le dispositif du jugement de la High Court sont corrects ou, deuxièmement, que les motifs du jugement de première instance sont erronés mais que le dispositif est correct sur la base d'autres éléments.

En deuxième lieu, le problème de la légalité de la décision de la Commission est pendant devant le Tribunal. Dans le cas où celui-ci rejette le recours formé devant lui et où la Supreme Court confirme la décision contraire de la High Court, la primauté du droit communautaire sera doublement affectée par les juridictions irlandaises [22].

En troisième lieu, la présente affaire pourrait amener la Cour à se prononcer sur les relations entre les voies de recours des articles 173 du traité CE (devenu, après modification, article 230 CE) et 177 du traité, ainsi que sur les relations entre la Cour et le Tribunal.

En quatrième lieu, une des parties dans la procédure au principal, la société HB, qui défend le jugement en première instance de la High Court, est également le destinataire de la décision de la Commission et a formé un recours devant le Tribunal contre celle-ci. À cet égard, sa partie adverse dans la procédure au principal, la société Masterfoods, est intervenue devant le Tribunal dans le cadre de la procédure qui a été ouverte par le recours de HB. Ce fait peut éventuellement influencer la réponse à donner à la première question préjudicielle.

IV — La suite à réserver aux questions préjudicielles posées

A — *Observations préalables*

a) L'objet du litige au principal

26. Il faut tout d'abord se demander quel est l'objet de la procédure pendante devant la Supreme Court. Sans qu'il faille entrer dans les détails du droit procédural irlandais, nous constatons que la juridiction de renvoi s'efforce d'examiner le bien-fondé tant des motifs que du dispositif du jugement rendu en première instance. Le bien-fondé des appréciations de la High Court quant à la compatibilité des clauses d'exclusivité litigieuses avec les articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité sera tout d'abord examiné à la lumière des données de fait et de droit sur lesquelles la juridiction irlandaise de première instance a été

22 — D'une part, parce que les points de vue de l'autorité administrative communautaire compétente (la Commission) n'auront pas été respectés; d'autre part, parce qu'on n'aura pas respecté la compétence des juridictions communautaires — le Tribunal et, en cas de pourvoi, la Cour — pour se prononcer sur la légalité des actes des autorités communautaires et imposer leur respect.

invitée à se prononcer. La décision 98/531 n'a, par la force des choses, aucune incidence sur cette appréciation de la Supreme Court.

27. Inversement, les conséquences juridiques du jugement rendu en première instance par la juridiction irlandaise, pour autant qu'elles continuent d'exister après l'entrée en vigueur de la décision 98/531, sont directement contraires à celle-ci. Par conséquent, *quel que soit le bien-fondé des motifs du jugement rendu en première instance par la High Court, à l'époque où il l'a été*, il est évident que, si ce jugement continuait d'être appliqué après l'entrée en vigueur de la décision de la Commission, il aurait été contraire à cette décision si le Tribunal n'avait pas ordonné le sursis à l'exécution de celle-ci. La Supreme Court ne peut pas méconnaître cette réalité, dans la mesure où, dans son propre arrêt, elle se prononcera en dernière instance sur la confirmation ou l'annulation du dispositif du jugement de la High Court après le 11 mars 1998. En outre, eu égard au fait que la Supreme Court est invitée à se prononcer sur une décision judiciaire rendue en première instance et contenant une injonction définitive, elle doit, pour autant que l'ordre juridique interne le lui permet, tenir compte de la situation juridique et factuelle telle qu'elle s'est formée jusqu'au moment de son propre jugement. Dans ce cas, elle ne peut pas méconnaître l'existence et le contenu de la décision 98/531.

b) Les questions préjudicielles posées

28. La première question a trait au fait que la décision 98/531, qui est en contradiction avec le dispositif du jugement rendu en première instance par la juridiction irlandaise, a déjà été attaquée devant le Tribunal. Cela suffit-il pour que le juge national soit obligé d'attendre la fin de la procédure d'annulation avant de statuer définitivement sur le litige pendant devant lui? Le fait que la société HB, qui défend le jugement rendu en première instance, soit également la partie qui a attaqué la décision 98/531 par la voie de recours de l'article 173 du traité a-t-il une importance? Les deux autres questions concernent des problèmes de fond, à savoir l'interprétation correcte et l'application des articles 85, paragraphe 1, 86 et 222 du traité CE (devenu article 295 CE).

29. En ce qui concerne la première question préjudicielle, il convient de faire la remarque préalable suivante. Si la solution du litige national n'est pas influencée par la validité de la décision 98/531, elle ne peut en aucun cas dépendre de l'issue de la procédure d'annulation de cette décision, pendante devant le Tribunal. Cette éventualité est concevable, à titre d'hypothèse, si, ainsi qu'il a été observé, le jugement de la High Court n'est pas nécessairement, par son dispositif, en contradiction avec la décision de la Commission, dès lors qu'il est fondé sur des faits différents. Toutefois, peut-on, dans la pratique, réellement statuer sur le litige au principal sans aucunement se demander si la décision litigieuse de la Commission est correcte et doit être respectée? Il faudra établir une distinction entre les deux cas suivants.

30. i) Supposons que, sur la base de l'interprétation que la Cour donnera dans le cadre des deuxième et troisième questions préjudicielles, la Supreme Court soit

amenée à conclure que, eu égard aux faits dont la High Court avait à connaître, son jugement n'était pas fondé en droit en raison d'une interprétation et/ou application erronée des articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité. Dans ce cas, le jugement de première instance sera annulé et cessera de produire des effets juridiques et le problème de la contradiction entre ce jugement et la décision de la Commission ne se posera plus. Si la constatation de la défectuosité du jugement de première instance et l'annulation de l'injonction définitive litigieuse en faveur de HB ont pour effet de mettre fin à la procédure au principal, pendante devant la Supreme Court, nous pensons que la juridiction de renvoi peut parfaitement mettre un terme à son œuvre juridictionnelle sans devoir savoir si la décision 98/531 est ou non valide et sans s'exposer au risque d'un jugement contraire à la décision de la Commission.

31. ii) En revanche, que se passera-t-il dans le cas — qui est aussi le plus probable — où la juridiction de renvoi est invitée, eu égard aux règles de procédure nationales éventuellement applicables, à se prononcer sur le bien-fondé de l'injonction judiciaire définitive en faveur de HB sur la base des faits tels qu'ils se sont déroulés jusqu'au moment où elle rendra son propre jugement? Il existe un cas connexe: celui où la Supreme Court annule l'injonction définitive rendue en première instance et est invitée à statuer au fond, en examinant cette fois si, au moment de cette nouvelle appréciation, les clauses litigieuses de HB sont ou non conformes au droit communautaire. En outre, comment traiter l'éventualité où, eu égard aussi aux réponses aux deuxième et troisième questions préjudicielles, la juridiction de renvoi confirme l'injonction définitive rendue en première instance?

32. Dans toutes ces hypothèses du deuxième cas, nous estimons que la Supreme Court ne peut pas faire abstraction de la décision 98/531, dont elle doit respecter le contenu. Elle ne peut a fortiori pas rendre un jugement en dernière instance par lequel elle confirme le jugementrendu en première instance ou, en tout état de cause, impose le respect des accords concernés, relatifs aux congélateurs, étant donné que cela constituerait de sa part une atteinte directe à la validité de la décision de la Commission et une violation des obligations que l'article 5 du traité impose à l'État membre impliqué [23]. On constate donc que la juridiction de renvoi n'est pas en mesure de statuer définitivement dans la procédure au principal si elle ne sait pas dans quelle mesure la décision 98/531 est ou non valide, question qu'elle n'est pas compétente pour trancher elle-même. Elle a évidemment la possibilité d'attendre l'arrêt du Tribunal sur le recours formé contre la décision 98/531. Toutefois, si elle ne souhaite pas attendre l'issue de la procédure d'annulation devant le Tribunal [24], elle n'a pas d'autre choix que de soulever le problème de la validité de la décision 98/531 en posant à cet égard une question préjudicielle à la Cour [25], *à condi-*

23 — D'ailleurs, la Supreme Court ne doit assurément pas se conformer déjà à la décision de la Commission dans la mesure où il a été sursis à son exécution. Si, malgré cela, la juridiction irlandaise appliquait la décision en cause de la Commission, cette application serait erronée dans la mesure où elle méconnaîtrait, d'une manière contraire aux règles du contentieux communautaire en vigueur, l'ordonnance du président du Tribunal relative au sursis à l'exécution de la décision 98/531 (précitée au point 12).

24 — Nous nous imaginons que la Supreme Court n'a pas l'intention d'attendre l'arrêt du Tribunal, à moins qu'elle n'y soit tenue. Sinon, elle n'aurait pas posé les questions préjudicielles en cause et le Tribunal n'aurait pas été amené à suspendre la procédure pendante devant lui.

25 — Voir, à titre indicatif, les arrêts du 22 octobre 1987, Foto-frost (314/85, Rec. p. 4199); du 9 novembre 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e.a. (C-465/93, Rec. p. I-3761); du 15 avril 1997, Bakers of Nailsea (C-27/95, Rec. p. I-1847), et du 17 juillet 1997, Krüger (C-334/95, Rec. p. I-4517).

tion que cette possibilité existe en l'espèce[26].

33. On peut dès lors se poser la question suivante au sujet du cas où la solution du litige au principal suppose une appréciation de la validité de la décision 98/531. La juridiction de renvoi peut-elle, si elle le souhaite[27], soumettre ce problème à la Cour par la voie de recours de l'article 177 du traité?

B — *L'examen de la validité de la décision 98/531 par le biais d'une question préjudicielle est-il en l'espèce possible?*

34. Dans l'analyse qui va suivre, nous nous efforcerons de répondre aux deux branches

26 — Il y a lieu de rappeler à cet égard une spécificité supplémentaire du présent litige, qui est de nature à modifier les données du problème juridique posé: le sursis à l'exécution de la décision litigieuse de la Commission a été ordonné par le Tribunal. Dans la mesure où ce sursis empêche l'acte en question de produire ses effets, ne donne-t-il pas ipso facto à la juridiction de renvoi la possibilité de trancher le litige pendant devant elle sans mettre en cause la validité de la décision concernée de la Commission? Nous proposons de répondre par la négative à cette question.
Tout d'abord, il est nécessaire d'établir une distinction entre le problème de la validité et de l'existence d'une décision communautaire individuelle, prise par la Commission, et celui de son exécution, c'est-à-dire des effets juridiques qu'elle produit concrètement. Le sursis à l'exécution n'a aucune incidence sur la validité de la décision et ne met pas non plus en cause sa légalité. Il est accordé afin de régler provisoirement certaines situations pour éviter qu'elles ne deviennent difficilement réversibles en cas d'annulation ultérieure de la décision. Celle-ci reste toutefois dans le domaine du droit et elle exprime la volonté de l'organe administratif communautaire compétent, et cela en rapport avec l'application de certaines règles juridiques à des situations concrètes.
Le principe de sécurité juridique, mais aussi celui de la primauté du droit communautaire obligent donc les juridictions nationales non pas évidemment à appliquer cette décision, mais au moins à la respecter. Elles doivent s'abstenir de toute action qui pourrait porter atteinte aux positions juridiques qui s'expriment dans l'acte administratif concret, même lorsqu'il est sursis à son exécution. Nous pensons qu'une telle action pourrait consister dans l'arrêt de la Supreme Court par lequel celle-ci jugerait en dernière instance que l'ordonnance de la High Court continue de s'appliquer aussi à l'avenir.
Cette solution peut surprendre. On pourrait même soutenir qu'elle va à l'encontre de la logique même du sursis à l'exécution, dans la mesure où elle permet à la décision de la Commission de garder un certain caractère obligatoire, alors qu'elle a en fait été mise en suspens. Ces objections dogmatiques méconnaissent toutefois la spécificité du problème en examen, qui ne surgit pas dans le cadre d'un ordre juridique (national ou communautaire) unique, mais touche aux relations entre ces deux ordres juridiques et ne peut pas être traité exclusivement sur la base des principes généraux du droit public national.
Un argument supplémentaire en faveur de la thèse que nous défendons nous est fourni par la jurisprudence Delimitis. Dans cet arrêt, la Cour avait invité les juridictions nationales à s'abstenir de rendre un jugement contraire à la décision de la Commission sur le même problème, fût-ce à un moment où la Commission ne s'est même pas prononcée, c'est-à-dire n'a pas arrêté l'acte administratif. En d'autres termes, le seul fait que la Commission pourrait se prononcer sur une question limite dans une certaine mesure la liberté de la juridiction nationale à l'égard du litige pendant devant elle, et cela au nom de la sécurité juridique et de la primauté du droit communautaire. Il s'enquit que, lorsque la Commission s'est non seulement occupée d'une affaire, mais a aussi rendu une décision dans celle-ci, le juge national doit a fortiori s'abstenir de statuer dans un sens contraire, même lorsque l'acte en question de la Commission fait l'objet d'un sursis à l'exécution.

27 — On ne peut pas déduire des deuxième et troisième questions préjudicielles, qui concernent le fond de l'affaire, que la juridiction de renvoi s'interroge réellement sur la validité de la décision litigieuse de la Commission. Dans la mesure où ce problème est déterminant pour trancher correctement le litige au principal et où le point de vue de la juridiction de renvoi est crucial à cet égard, on pourrait soutenir que la solution la plus appropriée consiste à inviter de nouveau cette juridiction à dire si elle entend contester la validité de la décision 98/531.
La Cour semble en tout cas suivre un raisonnement différent dans son récent arrêt du 7 septembre 1999, De Haan (C-61/98, Rec. p. I-5003). Bien que la juridiction de renvoi n'ait pas soulevé le problème de la validité d'une décision de la Commission, crucial pour la solution du litige, la Cour a jugé nécessaire d'examiner cette question, de manière à «fournir une réponse utile à la solution du litige au principal» (point 47). Elle a encore jugé que «l'examen de la décision de la Commission... est, en outre, conforme au principe d'économie de la procédure, puisque la Cour est, par ailleurs, saisie directement de la question de la légalité de ladite décision dans l'affaire Pays-Bas/Commission (C-157/98), dont la procédure est actuellement suspendue dans l'attente du présent arrêt» (point 49). Sous cet angle, l'affaire De Haan présente des similitudes avec la présente affaire, dans la mesure où la décision litigieuse 98/531 a déjà été attaquée devant le Tribunal, qui a suspendu la procédure dans l'attente de l'arrêt de la Cour.
Il faut toutefois relever certaines différences entre les deux affaires. Dans l'affaire De Haan, la juridiction nationale ne connaissait pas la décision de la Commission lorsqu'elle a rendu son ordonnance de renvoi (point 47); en outre, dans la même affaire, cette décision «a fait l'objet d'observations tant écrites qu'orales» des parties (point 49). En revanche, dans la présente affaire, la Supreme Court n'ignore pas la décision de la Commission, ce que l'on peut clairement déduire de la formulation de la première question préjudicielle. D'autre part, les parties n'ont pas été directement invitées à se prononcer sur la validité de la décision de la Commission.
Bien que l'on puisse faire abstraction de ces problèmes, nous estimons que l'examen de la validité de la décision litigieuse de la Commission se heurte à un autre obstacle, plus important, que nous allons maintenant expliquer.

de la première question préjudicielle, dans l'hypothèse où, pour trancher le litige au principal, il faut au préalable examiner la validité de la décision 98/531.

a) Observations introductives

35. Nous entamerons notre analyse par les deux observations suivantes.

36. En premier lieu, il convient de souligner que, si la juridiction de renvoi décidait par elle-même de suspendre la procédure jusqu'à ce que les organes juridictionnels compétents de la Communauté se soient définitivement prononcés sur la légalité de l'acte litigieux de la Commission, cette solution serait la meilleure pour écarter le risque d'un jugement allant à l'encontre de la décision de la Commission. Or, on ne peut déduire *clairement* ni de l'arrêt Delimitis ni d'une quelconque règle du droit communautaire qu'une juridiction nationale est obligée d'attendre que le recours en annulation au titre de l'article 173 du traité ait été tranché avant de résoudre définitivement le litige pendant devant elle. Bien au contraire, dans l'arrêt Delimitis, la Cour parle d'une possibilité, et non d'une obligation, pour la juridiction nationale de suspendre la procédure nationale afin d'éviter des décisions contradictoires.

37. La présente affaire diffère considérablement du cas d'espèce qui avait occupé le juge dans l'affaire Delimitis [28]. Quoi qu'il en soit, on peut déduire de cet arrêt que, si la juridiction nationale, placée devant le risque d'un jugement allant à l'encontre des thèses de la Commission, met en œuvre la procédure de l'article 177 du traité, d'une part, elle satisfait aux nécessités de la procédure nationale et, d'autre part, elle assure la sauvegarde de la légalité communautaire et de la sécurité juridique [29]. En revanche, la solution selon laquelle il suffit de former un recours contre une décision de la Commission en vertu de l'article 173 du traité pour que la procédure au titre de l'article 177 soit exclue et pour que la juridiction nationale soit obligée de surseoir à statuer jusqu'à la fin de la procédure d'annulation, afin de ne pas risquer de rendre un jugement contraire, semble problématique. À première vue, cette solution semble impliquer une contrainte excessive pour le juge national, et on ne voit pas clairement si cela correspond au partage actuel des compétences entre organes nationaux et communautaires ou si cela est conforme à ce qui est généralement admis en ce qui concerne les relations entre ordre juridique national et communautaire [30].

38. En deuxième lieu, il faut noter que la Cour a aussi eu à connaître dans d'autres affaires de questions préjudicielles soulevant le problème de la validité d'un acte communautaire, qui a déjà été attaqué par un recours en annulation au titre de

28 — Voir ci-dessus, note 3 et points 22 et suiv.

29 — C'est ce que la Commission semble également considérer, aux points 22 et 32 de sa communication relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales, précitée dans la note 6.

30 — Quoi qu'il en soit, à notre avis, il ne suffit pas d'invoquer le principe de la coopération entre les juridictions nationales et la Commission, qui trouve sa source dans l'article 5 du traité, pour que le juge national soit soumis à une obligation générale de surseoir à statuer dans l'affaire principale pour la seule raison qu'un recours contre une décision de la Commission est pendant devant le Tribunal.

l'article 173 du traité. Dans ces cas, la Cour n'a pas estimé qu'il était impossible de poser de telles questions au motif qu'un recours en annulation avait été formé et elle n'a pas non plus exigé des juridictions nationales qu'elles attendent la fin de la procédure de l'article 173 du traité [31]. En revanche, les juridictions communautaires elles-mêmes réagissent à l'existence de deux procédures parallèles, ayant le même objet, en suspendant l'une jusqu'à la clôture de l'autre [32].

39. Si nous nous contentons des considérations générales ci-dessus, nous sommes amené à formuler un principe directeur, selon lequel, même dans des cas où le juge national se trouve devant le risque d'une contradiction avec une décision antérieure de la Commission, contre laquelle un recours en annulation a été formé en vertu de l'article 173 du traité, ce juge n'est pas obligé d'attendre la fin de la procédure d'annulation, bien que, pour trancher le litige au principal, il soit nécessaire qu'il sache si la décision litigieuse de la Commission est ou non valide. Ce problème peut être résolu en posant une question préjudicielle à la Cour.

31 — Selon une pratique constante, la Cour s'en tient à l'appréciation de la juridiction nationale sur le point de savoir si elle est tenue de poser une question préjudicielle concernant la validité de l'acte administratif communautaire. La juridiction nationale est compétente pour apprécier si elle peut attendre la fin de la procédure d'annulation pendante devant le Tribunal ou la Cour ou si elle juge nécessaire d'utiliser la voie de recours que lui offre l'article 177 du traité. Dans le deuxième cas, la Cour répond en règle générale aux questions préjudicielles qui lui sont posées en se prononçant sur la légalité de l'acte communautaire en cause.

32 — Voir article 47, troisième alinéa, du statut CE de la Cour de justice. Il n'est même pas exclu que la priorité soit donnée à la voie procédurale de l'article 177 sur celle de l'article 173. Cette solution est aussi suivie lorsque le recours a été formé devant le Tribunal. Voir, à titre d'exemple, l'arrêt du 17 juillet 1997, Affish (C-183/95, Rec. p. I-4315), et l'ordonnance T-136/98 du Tribunal.

40. Toutefois, nous nous efforcerons maintenant de démontrer que ce principe directeur n'est pas à l'abri de toute contestation. On peut avancer des arguments de poids en faveur de la solution inverse, du moins en ce qui concerne la présente affaire, c'est-à-dire en faveur de l'exclusion, en l'espèce, de la voie procédurale de l'article 177 du traité et de la reconnaissance de l'obligation pour le juge national de suspendre la procédure pendante devant lui dans l'attente de la fin de la procédure d'annulation, pendante devant le Tribunal.

b) L'identité des parties dans la procédure au principal est un obstacle au renvoi d'une question préjudicielle relative à la validité de la décision 98/531

41. La possibilité pour le juge national d'utiliser la procédure du renvoi préjudiciel n'est pas illimitée. La Cour a jugé jusqu'à présent que la mise en cause de la validité d'un acte communautaire par la voie procédurale de l'article 177 du traité est impossible lorsqu'une des parties dans la procédure au principal relève de la catégorie suivante: d'une part, elle est le destinataire de l'acte communautaire en question, qu'elle pourrait assurément attaquer valablement en annulation en vertu de l'article 173 du traité, mais elle a été privée de ce droit procédural en raison de l'expiration du délai imparti par le dernier alinéa de cet article; d'autre part, elle est la partie dans la procédure au principal qui tirera un avantage de la mise en cause de la validité de cet acte par la voie d'une question préjudicielle.

42. Cette jurisprudence constante [33] favorise le renforcement du respect correct des règles de procédure communautaires et, partant, de la sécurité juridique. Plus précisément, adopter la solution contraire reviendrait à reconnaître à la partie relevant de la catégorie précitée «la faculté de contourner le caractère définitif qui, en vertu du principe de sécurité juridique, doit s'attacher à une décision après l'expiration du délai de recours prévu par l'article 173» [34].

43. Les données de la présente affaire diffèrent de celles sur lesquelles la Cour s'est penchée dans la jurisprudence précitée. La société HB est la partie dans la procédure au principal qui a un intérêt à ce que la décision 98/531 soit déclarée invalide à la suite d'une question préjudicielle posée à cet égard par la Supreme Court. Or, la même société, en tant que destinataire de la décision communautaire en question, a déjà attaqué cette décision devant le Tribunal en demandant son annulation. Il convient encore de faire remarquer que la partie adverse dans la procédure au principal, la société Masterfoods, a déposé la plainte sur la base de laquelle la Commission a rendu la décision litigieuse et est intervenue en faveur de la validité de cette décision devant le Tribunal.

44. La Cour ne semble pas avoir eu à connaître directement de ce cas exceptionnel. À première vue, toutefois, reconnaître la possibilité d'un renvoi préjudiciel n'engendre pas en l'espèce les mêmes risques de porter atteinte au caractère obligatoire tant des actes communautaires que des règles de procédure communautaires, risques qui existent de toute évidence dans le cas de la jurisprudence rappelée plus haut. Le seul fait que la décision litigieuse de la Commission a déjà été attaquée devant le Tribunal suffit pour que la situation juridique réglée n'ait pas été consolidée d'une manière absolue et que son destinataire n'ait pas été privé de toute possibilité d'en contester la légalité [35].

33 — Voir les conclusions de l'avocat général Van Gerven dans l'affaire Banks (arrêt du 13 avril 1994, C-128/92, Rec. p. I-1209) et les arrêts du 9 mars 1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, Rec. p. I-833); du 30 janvier 1997, Wiljo (C-178/95, Rec. p. I-585), et du 11 novembre 1997, Eurotunnel e.a. (C-408/95, Rec. p. I-6315).

34 — Point 21 de l'arrêt Wiljo, précité dans la note 33. Dans cet arrêt, la Cour souligne la nécessité d'écarter le risque d'un détournement de procédure et d'une violation des règles de procédure communautaires, bien que, par ce biais, elle restreigne la possibilité pour le juge national de définir les questions préjudicielles qu'il soumet à l'appréciation de la Cour. En d'autres termes, dans ce cas précis, le caractère autonome du renvoi préjudiciel s'en trouve faussé.

35 — L'arrêt du 21 mai 1987, Rau e.a. (133/85 à 136/85, Rec. p. 2289), semble également se prononcer en faveur de la possibilité de contester la légalité de la décision litigieuse de la Commission dans le cadre de la procédure nationale et, par extension, de la possibilité de poser une question préjudicielle à cet égard. Il semble résulter de cet arrêt qu'une personne qui a la possibilité d'attaquer un acte communautaire dans les délais en vertu de l'article 173 du traité peut contester la légalité de cet acte dans le cadre d'une procédure nationale. Nous formulons certaines réserves sur la question de savoir dans quelle mesure la solution qui a été suivie dans l'arrêt Rau e.a. est encore valable à la suite de l'arrêt TWD Textilwerke Deggendorf (précité dans la note 33), mais aussi à la suite de la création du Tribunal de première instance. Or, indépendamment de cela, les données de l'arrêt Rau e.a. ne sont pas identiques à celles de la présente affaire. Le cas d'une personne qui est partie à une procédure nationale et dispose théoriquement d'un locus standi pour attaquer un acte communautaire devant le Tribunal est traité différemment de celui d'une partie dans une procédure nationale qui a déjà formé un recours ou est déjà intervenue dans une procédure d'annulation dans le cadre de l'article 173 du traité. Ainsi que nous l'expliquerons ci-après, la participation simultanée aux deux procédures est une situation spécifique, qui devra être examinée séparément.

45. Nous pensons malgré tout que, dans ce cas particulier, il est préférable d'admettre qu'il n'est pas possible de mettre indirectement en cause la validité de l'acte communautaire par le biais d'une question préjudicielle. Contrôler la validité d'un acte communautaire dans le cadre de deux procédures parallèles en vue de protéger, en dernière analyse, les intérêts de parties qui participent aux deux procédures nous semble contraire au principe de bonne administration de la justice [36].

46. Ce raisonnement est tout d'abord basé sur la constatation que des situations dans lesquelles les mêmes parties soulèvent exactement le même problème juridique dans le cadre de deux procédures judiciaires parallèles, totalement indépendantes entre elles, sont dues aux défauts d'un système juridictionnel. De telles situations ne sont pas souhaitables, non seulement parce que l'œuvre juridictionnelle s'en trouve alourdie, mais aussi parce qu'il en résulte une aggravation du risque de décisions contradictoires ou, à tout le moins, un risque d'altération des règles de procédure et d'exercice abusif des voies de recours [37].

47. Dans la présente affaire, la procédure nationale devant la Supreme Court oppose des parties qui participent déjà à la procédure d'annulation devant le Tribunal. En ce qui concerne en particulier HB, qui risquerait de subir injustement un préjudice si l'acte litigieux de la Commission — à supposer qu'il s'avère illégal — était appliqué dans la procédure nationale, cette partie est protégée de manière efficace contre ce risque: premièrement, HB a fait usage des droits procéduraux que lui confère l'article 173 du traité en formant un recours devant le Tribunal; deuxièmement, l'acte litigieux de la Commission fait l'objet d'un sursis à exécution, ce qui exclut

36 — La solution spécifique que nous proposons, eu égard aux données de la présente affaire, n'exclut pas du tout le cas où est reconnue à une juridiction nationale la possibilité de mettre en cause la légalité d'une décision communautaire par le biais d'une question préjudicielle, alors même que cette décision a déjà été attaquée par la procédure de l'article 173 du traité. Plus précisément, lorsque des parties à la procédure nationale sont des personnes ne bénéficiant pas (ou dont il n'est pas certain qu'elles bénéficient) du locus standi pour attaquer directement l'acte communautaire litigieux devant le Tribunal — cas qui est aussi le plus fréquent —, il serait peut-être injuste que ces personnes dépendent, pour leur protection juridictionnelle, de l'évolution de la procédure d'annulation qui est pendante et dont elles ne peuvent pas influencer l'issue. Par exemple, si le requérant au titre de l'article 173 du traité n'invoque pas les moyens d'annulation appropriés ou se désiste de son recours, il se peut que l'acte attaqué, bien qu'illégal, ne soit pas annulé par les juridictions communautaires; cette situation peut causer un préjudice à des tiers affectés par les effets défavorables que l'acte communautaire produit à leur détriment sans qu'ils puissent s'opposer à son exécution. Par conséquent, s'il est interdit de poser une question préjudicielle relative à la légalité de l'acte litigieux, les parties dans la procédure au principal qui ne peuvent pas attaquer cet acte devant le Tribunal ne pourront pas non plus se défendre d'une manière adéquate contre cet acte illégal, comme elles le pourraient si elles persuadaient le juge national de mettre en œuvre la procédure de renvoi préjudiciel et déposaient ensuite des observations devant la Cour.
Toutefois, même la solution de la réponse à une question préjudicielle portant sur la validité d'un acte communautaire faisant déjà l'objet d'un recours en annulation, en particulier dans les cas où les parties dans la procédure au principal ne bénéficient pas d'un locus standi pour utiliser la voie de recours de l'article 173 du traité, se heurte à des problèmes pratiques graves, que nous exposerons dans un point suivant de notre analyse (voir ci-après, points 49 et suiv.).

37 — C'est la raison pour laquelle les règles relatives à la litispendance et à la compétence de chaque système contentieux visent, entre autres, à écarter de telles situations, non seulement en prévoyant que chaque litige doit être jugé par une autorité judiciaire précise, mais aussi en empêchant jusqu'à la possibilité de soumettre de nouveau un litige déjà pendant devant les juridictions.

l'éventualité qu'il soit appliqué directement par le juge irlandais [38].

48. En outre, reconnaître à HB ainsi qu'à Masterfoods la possibilité d'obtenir que la validité de la décision 98/531 soit examinée par le biais d'une question préjudicielle posée par la Supreme Court à la Cour créerait, à notre avis, un risque de détournement de la procédure. Tant la requérante que la partie intervenante devant le Tribunal seraient mises en mesure de transférer à la Cour la tâche de se prononcer sur la validité de la décision litigieuse de la Commission, éludant ainsi la procédure d'annulation. Nous ne pensons pas que, du point de vue de la procédure, on puisse accepter une telle situation, qui mettrait ou serait de nature à mettre indirectement certaines parties en mesure de choisir la voie de recours communautaire selon laquelle la légalité d'une décision d'une institution communautaire sera jugée [39]. Cela n'est pas conforme à une administration efficace de la justice. Nous pensons donc que, eu égard aux conditions spécifiques de la présente affaire, il est préférable d'exclure la possibilité que la validité de la décision 98/531 soit mise en cause par le biais d'une question préjudicielle posée par la Supreme Court [40].

38 — Cette deuxième remarque a une importance toute particulière. Si le Tribunal n'avait pas ordonné le sursis à l'exécution de la décision de la Commission, le renvoi d'une question préjudicielle par le juge national aurait éventuellement outre l'intérêt de soulever de nouveau le problème de la validité de cette décision, encore un autre intérêt pratique; il permettrait au juge national de suspendre lui-même l'application de l'acte communautaire, conformément à ce qui a été jugé dans l'arrêt Atlanda Fruchthandelsgesellschaft e.a., précité dans la note 25.

39 — Le risque existe qu'une des parties dans la procédure d'annulation devant le Tribunal estime que ses intérêts sont mieux servis si elle provoque le renvoi préjudiciel d'une question concernant la légalité de l'acte déjà attaqué en annulation, de sorte que cette partie privilégie le contrôle de légalité au titre de l'article 177 du traité par rapport au contrôle de pleine juridiction au titre de l'article 173 du traité. Or, dans ce cas, le comportement de cette partie a un caractère dilatoire et abusif et il conduit à fausser les règles de procédure communautaires. Nous ne disons évidemment pas que tel est le cas en l'espèce; toutefois, le risque d'un détournement de la procédure existe, du moins théoriquement.

40 — On pourrait opposer à cette argumentation que la solution proposée entraîne un retard dans la procédure nationale, qui est indépendante de la procédure d'annulation communautaire, et que la compétence du juge national pour déterminer quand il est nécessaire d'obtenir une réponse à une question préjudicielle pour trancher le litige pendant devant lui s'en trouve affectée.
Exclure en l'espèce la possibilité de poser une question préjudicielle revient effectivement à obliger le juge national à attendre la fin de la procédure devant le Tribunal avant de rendre un jugement définitif. Il n'est pas courant que la Cour s'immisce dans la question de la nécessité et de l'utilité de poser une question préjudicielle, parce que cela touche à la compétence du juge national pour traiter les affaires dont il est saisi. Quoi qu'il en soit, il découle de la jurisprudence relative à la recevabilité des questions préjudicielles que cette compétence n'est pas absolue, mais qu'elle est, dans certains cas exceptionnels, limitée par la Cour. D'ailleurs, ce n'est pas in abstracto, mais sur la base des données du litige concret qu'est appréciée la nécessité d'assister le juge national en matière de droit communautaire. Par conséquent, si, comme c'est le cas en l'espèce, il faut déduire de manière certaine de ces données qu'il n'est pas utile, mais plutôt «dangereux» du point de vue de la procédure, de répondre à une question préjudicielle portant sur la validité de la décision 98/531, précisément parce que les parties dans la procédure au principal peuvent et doivent rechercher la protection juridictionnelle appropriée devant le Tribunal qu'elles ont déjà saisi, on ne peut pas accepter que, malgré cela, le juge national ait le droit de soumettre la question préjudicielle concernée à la Cour.
En ce qui concerne l'éventuel retard que cause l'exclusion de la possibilité de poser une question préjudicielle, combinée avec l'obligation d'attendre la fin de la procédure d'annulation, il faut souligner ce qui suit. Ce retard équivaut non pas à un déni de justice de la part du juge national, mais à une suspension provisoire de la procédure nationale. De tels reports ne servent évidemment pas l'administration efficace de la justice. Ils peuvent toutefois être nécessaires, surtout lorsque les relations entre les deux ordres juridiques (communautaire et national) ainsi que la relation entre les juridictions nationales et les juridictions communautaires s'en trouvent affectées. D'ailleurs, la Cour a évoqué l'éventualité de tels retards dans l'affaire Delimitis, précitée, lorsqu'elle a invité le juge national à examiner dans quelle mesure il est nécessaire de suspendre la procédure nationale et de régler provisoirement les relations juridiques entre les parties dans l'affaire au principal pendant la durée de l'examen de l'affaire dans le cadre de la procédure administrative communautaire. Les mêmes observations valent aussi, a fortiori, lorsque l'évolution parallèle de l'affaire confronte la juridiction nationale non pas à l'autorité administrative, à savoir la Commission, mais à l'autorité judiciaire compétente de l'ordre juridique communautaire, à savoir le Tribunal. Enfin, le retard causé n'est pas tellement important. Même si l'on admettait qu'il est possible de poser une question préjudicielle dans des cas tels que celui de l'espèce, la juridiction nationale devrait de toute façon surseoir à statuer dans le litige au principal dans l'attente d'une réponse de la Cour aux questions préjudicielles. Évidemment, il est généralement plus rapide de donner une telle réponse que de statuer sur un recours au titre de l'article 173 du traité. Toutefois, le gain en temps que l'on peut réaliser en éludant la procédure de l'article 173 du traité ne justifie de nouveau pas une telle solution, et cela pour les raisons que nous avons déjà analysées.

c) Les problèmes, en général, que pose l'examen, dans le cadre de la procédure de l'article 177 du traité, de la validité d'une décision communautaire telle que celle qui est en cause

49. Il nous paraît indispensable d'exposer quelques considérations supplémentaires afin d'expliquer pourquoi, à notre avis, il est difficile d'examiner la validité de décisions, telles que la décision en cause, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel au titre de l'article 177, alors qu'une procédure de recours est pendante contre le même acte.

50. Nous entamerons notre raisonnement par la question suivante. Une décision de la Commission peut-elle être considérée comme légale par la Cour, qui l'a appréciée dans les limites du contrôle qu'elle peut effectuer en vertu de l'article 177 du traité, et être annulée par le Tribunal, qui a par exemple relevé une erreur en fait, dans le cadre du contrôle de pleine juridiction que cet organe juridictionnel peut exercer? Dans ce cas, c'est-à-dire si le Tribunal relève dans la décision une erreur qui échappe au contrôle que la Cour peut exercer, l'arrêt d'annulation sera tout à fait correct, alors qu'il sera en contradiction totale avec les réponses données par la Cour aux questions préjudicielles. Si cette hypothèse est valable, l'éventualité même de l'apparition d'une telle situation non souhaitable, décrite ci-dessus, de décisions contradictoires des juridictions communautaires devra dissuader la Cour d'examiner la validité de la décision de la Commission par le biais de réponses aux questions préjudicielles concernées.

51. Ce risque nous semble réel. Il ne pourrait être écarté que si, pour autant qu'elle décide d'examiner la validité d'une décision de la Commission dans le cadre d'une réponse à une question préjudicielle, la Cour était en mesure de le faire par le même contrôle juridique que celui que le Tribunal effectue dans le cadre de l'article 173 du traité. Cela ne nous semble pas possible.

52. Nous nous référons tout d'abord à la différence entre la procédure de l'article 177 du traité et celle de l'article 173. Dans le premier cas, la Cour a une approche purement juridique. Sa compétence est limitée à l'interprétation et à l'appréciation de la légalité des actes réglementaires et individuels des institutions communautaires [41]. En revanche, la voie procédurale de l'article 173 du traité peut conduire la juridiction communautaire à examiner des questions de fond, telles que la constatation et l'appréciation d'éléments de fait [42].

41 — Sous cet angle, sa compétence se rapproche de la compétence d'annulation sur pourvoi, qui lui a également été conférée.

42 — Remarquons encore que la position des parties dans la procédure d'annulation au titre de l'article 173 du traité diffère clairement de celle des parties qui déposent des observations dans le cadre de la procédure de l'article 177. Les moyens, les allégations et les arguments qu'elles développent dans la procédure d'annulation influencent l'issue de celle-ci, alors que les observations qu'elles déposent dans le cadre de la procédure de l'article 177 du traité jouent un rôle nettement moins important.
Nous pouvons encore ajouter la remarque suivante à ce que nous avons dit plus haut: le juge du fond, visé à l'article 173 du traité, dispose de pouvoirs étendus quant à la réunion des éléments de preuve en vue d'établir les faits pertinents de l'affaire; en revanche, lorsqu'elle répond à une question préjudicielle, la Cour est en principe liée par les faits décrits par la juridiction de renvoi dans son ordonnance; ces faits ne sont pas nécessairement ceux sur lesquels est basé l'acte communautaire dont la validité est mise en cause.

53. Les différences entre les deux procédures n'ont pas une grande importance pratique lorsque le contrôle juridictionnel porte sur la validité d'un acte réglementaire de la Communauté, tel qu'un règlement ou une directive. L'appréciation de la légalité de ces actes se limite principalement à l'exercice d'un contrôle de pure légalité, sans qu'il soit nécessaire d'examiner des questions relevant du contentieux de pleine juridiction. En revanche, dans le cas des actes administratifs individuels, tels que celui dont il s'agit en l'espèce, l'exercice d'un contrôle de pleine juridiction est essentiel pour assurer une protection juridictionnelle efficace.

54. En outre, la décision de la Commission qui nous occupe dans la présente affaire présente une particularité supplémentaire. Elle concerne l'application, dans un cas déterminé, des dispositions des articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité. En d'autres termes, elle implique des appréciations techniques et économiques complexes, dont l'exactitude requiert un contrôle exhaustif du fond de l'affaire par une autorité judiciaire spécialisée. C'est entre autres pour répondre à ce besoin que le législateur constitutionnel communautaire a été amené à créer le Tribunal de première instance. En statuant de manière systématique sur des recours en annulation de décisions de la Commission, analogues à celle qui est en cause en l'espèce, cette juridiction est parvenue à approfondir et à renforcer le contrôle juridictionnel de ces décisions, contribuant ainsi à l'amélioration du système communautaire de protection juridictionnelle [43].

55. En conclusion, nous pensons que l'action juridictionnelle est plus efficace dans le cadre du contrôle d'annulation, tant devant la Cour que devant le Tribunal, d'actes administratifs individuels tels que celui qui est en cause en l'espèce qu'elle ne l'est dans le cadre de la réponse à des questions préjudicielles posées en vertu de l'article 177 du traité [44]. D'ailleurs, il ne serait pas raisonnable de modifier la nature de la procédure de l'article 177 du traité de

43 — Ainsi que la Cour l'a souligné dans le récent arrêt du 17 décembre 1998, Baustahlgewebe/Commission (C-185/95 P, Rec. p. I-8417), «l'adjonction à la Cour du Tribunal et l'institution d'un double degré de juridiction, d'une part, visaient à améliorer la protection juridictionnelle des justiciables, notamment pour les recours nécessitant un examen approfondi de faits complexes, et, d'autre part, avaient pour but de maintenir la qualité et l'efficacité du contrôle juridictionnel dans l'ordre juridique communautaire».

44 — Nous ne voulons pas, par cette observation, sous-estimer l'importance de la procédure de renvoi préjudiciel. Ainsi que l'avocat général Jacobs l'a affirmé dans ses conclusions dans l'affaire Extramet Industrie/Conseil (arrêt du 16 mai 1991, C-358/89, Rec. p. I-2501), il existe des catégories de litiges juridiques qu'il est préférable, en raison de leur nature et de leurs particularités, de soumettre à une appréciation juridictionnelle qui est assurée par la voie du recours en annulation — et cela, évidemment, dans les cas où cela est possible du point de vue de la procédure — que de les soumettre à la Cour par le biais de la procédure de l'article 177 du traité (conclusions de l'avocat général Jacobs du 21 mars 1991), «un renvoi par un tribunal national au sujet de la validité d'un règlement ne fournit pas toujours à la Cour une occasion aussi favorable d'examiner le problème qu'un recours direct contre l'institution qui l'a adopté...» (point 73). À tout le moins, il n'est logiquement et juridiquement pas conséquent de soutenir dans ces cas particuliers que la procédure de l'article 177 du traité peut se substituer à celle de l'article 173.

manière à en faire une copie fidèle de celle de l'article 173 [45].

D — *Conclusions*

56. L'analyse que nous venons d'effectuer conduit aux conclusions suivantes.

57. La juridiction de renvoi n'est pas obligée de suspendre la procédure pendante devant elle et d'attendre la fin de la procédure d'annulation pour la seule raison qu'un recours a été formé devant le Tribunal contre la décision 98/531. Toutefois, une telle obligation existe si la solution du litige au principal suppose que le juge national sache si la décision en question est ou non valide, dans la mesure où ce problème ne peut pas être soumis à la Cour par la voie de recours de l'article 177 du traité pour les raisons que nous avons développées plus haut. En tout état de cause, la juridiction de renvoi ou la juridiction à laquelle l'affaire sera éventuellement renvoyée aux fins d'un jugement au fond doit éviter de rendre un arrêt qui irait à l'encontre de la décision 98/531, à moins que cette décision n'ait été annulée par la juridiction communautaire [46].

58. Cette constatation étant faite, il faut s'interroger sur la suite à donner aux deuxième et troisième questions préjudicielles. Il nous semble probable que la Supreme Court ne soit pas en mesure de

45 — Dans le cas hypothétique où la Cour agirait comme juge d'annulation dans le cadre de la réponse à une question préjudicielle, l'existence même du Tribunal serait mise en cause. Plus précisément, dans la mesure où une partie peut directement saisir la Cour en vertu de l'article 177 du traité et obtenir un contrôle juridictionnel d'une étendue identique à celui qu'elle obtiendrait devant le Tribunal, il est évident qu'elle préférera éluder la procédure de l'article 173 du traité, échappant ainsi à l'éventualité d'un pourvoi contre l'arrêt d'annulation.
Nous ne nous attarderons pas davantage sur les arguments ci-dessus, dont il semble en tout cas que l'on puisse déduire que la Cour doit examiner d'une manière générale s'il est utile de répondre à une question préjudicielle qui soulève le problème de la validité d'une décision de la Commission en matière d'application des articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité dans une affaire déterminée, alors que cette même décision a fait l'objet d'un recours en annulation devant le Tribunal. Ainsi que nous l'avons exposé plus haut, malgré les insuffisances éventuelles du contrôle juridictionnel effectué dans le cadre de la réponse à une question préjudicielle, l'appréciation de la validité d'actes administratifs communautaires par cette voie procédurale peut constituer le seul moyen de protection juridictionnelle pour les personnes qui ne disposent pas, en vertu de l'article 173 du traité, du locus standi pour attaquer directement cet acte devant le Tribunal.
Nous pensons toutefois qu'il n'est pas nécessaire de résoudre ce problème épineux dans la présente affaire. La particularité de celle-ci, qui se situe au niveau de la personne des parties dans la procédure au principal, suffit à justifier notre point de vue, à savoir que la Supreme Court ne peut pas soulever le problème de la validité de la décision 98/531 devant la Cour.

46 — La question suivante se pose: la juridiction irlandaise est-elle dans l'incapacité de mettre en cause la validité de la décision 98/531 uniquement pendant la durée de la procédure d'annulation devant le Tribunal ou doit-elle attendre la fin de la procédure de pourvoi?
A cet égard, il faut faire la distinction suivante. Si l'arrêt du Tribunal n'est pas attaqué par un pourvoi de HB ou de Masterfoods, il n'est pas possible de contester l'exactitude de cet arrêt dans le cadre de la procédure nationale. Du point de vue juridictionnel, il ne serait pas correct, par application de la jurisprudence TWD Textilwerke Deggendorf (voir ci-dessus, note 33), qu'une des parties dans la procédure devant le Tribunal qui a été privée du droit de former un pourvoi puisse attaquer indirectement l'arrêt rendu en première instance devant les juridictions nationales.
En revanche, si un pourvoi a déjà été formé contre l'arrêt rendu en première instance, un renvoi préjudiciel par le juge irlandais mettant en cause les allégations du Tribunal présente moins de problèmes pratiques. Nous avons expliqué précédemment que la réponse aux questions préjudicielles relatives à l'étendue et aux éléments du contrôle juridictionnel présente des similitudes avec la procédure de pourvoi. La Cour peut, sous certaines conditions, trancher simultanément les deux affaires. Toutefois, pour les raisons que nous avons déjà analysées, il faut de nouveau se demander dans quelle mesure il est approprié de permettre aux sociétés HB et Masterfoods, d'une part, d'engager la procédure de pourvoi et, d'autre part, de mettre en cause le bien-fondé de l'arrêt du Tribunal dans le cadre d'une question préjudicielle déférée par le juge irlandais.
En tout état de cause, nous préférons à ce stade ne pas chercher à résoudre ce problème particulier, c'est-à-dire celui de savoir dans quelle mesure le juge irlandais peut ou non poser des questions préjudicielles aussi longtemps que la procédure de pourvoi est pendante.

trancher le litige pendant devant elle avant la clôture de la procédure d'annulation pendante devant le Tribunal, étant donné que la question de la validité de la décision 98/531 semble avoir un caractère préalable par rapport à la solution du litige au principal. Si c'est effectivement le cas, il est superflu de répondre à ces deux questions préjudicielles; dans la mesure où la Cour n'a pas à se pencher sur le problème de la validité de la décision 98/531, qui — pour les raisons que nous avons déjà exposées — ne peut pas être soulevé par la juridiction de renvoi, cette réponse n'est pas utile pour trancher le litige au principal.

59. Il n'est toutefois pas exclu que la Supreme Court ait posé les questions concernées afin d'apprécier le bien-fondé des motifs du jugement rendu en première instance par la High Court, uniquement en se fondant sur le cadre factuel et juridique sur la base duquel il a été rendu. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les seuls éléments de fait qui ont été soumis à la Cour dans l'ordonnance de renvoi sont ceux qui avaient été constatés en première instance par la High Court. Nous pensons que cet aspect particulier de l'affaire peut être examiné en l'espèce, dans le cadre des réponses aux deuxième et troisième questions préjudicielles. Nous n'entendons évidemment pas examiner l'exactitude du contenu de la décision 98/531 ni prendre en considération des éléments opposés à cette décision.

V — En ce qui concerne la deuxième question préjudicielle

60. La deuxième question soulève le problème de la compatibilité des clauses d'exclusivité concernées avec les articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité.

A — *Le prix des glaces et la compatibilité des accords concernés avec les dispositions de l'article 86 du traité*

61. Avant d'examiner les allégations des parties qui ont déposé des observations dans la présente procédure, il nous semble nécessaire d'insister sur le problème particulier suivant, soulevé par le gouvernement suédois.

62. Les éléments suivants semblent ressortir des faits constatés par la juridiction de première instance irlandaise: à l'époque litigieuse, sur laquelle le contrôle juridictionnel était centré, le prix de vente des glaces de HB aux détaillants était un prix unique, peu importe que ces détaillants aient ou non conclu les accords de fourniture de congélateurs en cause avec HB. Par conséquent, le prix de vente des glaces était censé inclure, outre le prix de la glace, le coût du congélateur et le coût de son entretien. Si l'on admet cela, cette politique de facturation globale, combinée avec l'obligation de respecter la clause d'exclusivité litigieuse quant à l'utilisation des congélateurs, a introduit des discriminations entre les détaillants. Ceux qui avaient des congélateurs à eux étaient soumis à une charge pour un service dont ils ne bénéficiaient pas; en outre, le coût de la fourni-

ture, sans contrepartie (sans même une contrepartie symbolique), des congélateurs de HB aux autres détaillants était répercuté sur eux.

63. Eu égard à la position dominante que la société HB détenait sur le marché [47], nous pensons que ce comportement de ladite société — toujours à supposer que les faits se sont déroulés de cette façon — enfreignait l'article 86, sous c), du traité. Cette disposition qualifie d'exploitation abusive d'une position dominante le fait d'« appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence » [48]. Dans le présent cas d'espèce, les détaillants qui ne souhaitent pas s'approvisionner en congélateurs auprès de HB ni se soumettre aux clauses d'exclusivité en cause subissent un désavantage évident au niveau de la concurrence par rapport à ceux qui concluent des contrats de fourniture de congélateurs avec HB [49]. D'ailleurs, la Commission a également abouti à cette conclusion dans la communication des griefs qu'elle a adressée en 1993 à la société HB. Même HB semble avoir admis indirectement que sa politique commerciale était contraire aux règles de concurrence, puisqu'elle a modifié son comportement en 1995 en introduisant un système de facturation différentielle, selon que le détaillant s'approvisionne ou non, outre en glaces, aussi en congélateurs auprès d'elle [50].

64. Par conséquent, l'exploitation abusive de position dominante par HB, décrite ci-dessus, est contraire à l'article 86 du traité dès lors qu'elle peut affecter le commerce entre les États membres [51]. En outre, les clauses d'exclusivité litigieuses, combinées

47 — Voir ci-après, points 90 et suiv.

48 — La Cour est habituellement confrontée à des cas dans lesquels la discrimination consiste à imposer un prix différent pour le même produit ou le même service. Voir, à titre d'exemple, l'arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission (85/76, Rec. p. 461). Dans la présente affaire, c'est exactement le contraire qui se produit: le même prix est imposé pour des situations différentes, de telle sorte qu'une catégorie de partenaires commerciaux est avantagée au détriment d'une autre catégorie.

49 — En d'autres termes, il y a un comportement abusif de la part de HB, qui crée une situation de concurrence déloyale. Cette observation suffit, à notre avis, pour que ce comportement soit considéré comme contraire à l'article 86 du traité, sans qu'il faille examiner de surcroît dans quelle mesure il y a également atteinte à la libre concurrence du fait de la fermeture du marché.

50 — HB rembourse aux détaillants qui ne s'approvisionnent pas en congélateurs auprès d'elle une somme forfaitaire, censée correspondre au coût de l'achat ou de l'entretien dont elle est dispensée du fait qu'elle ne fournit pas de congélateurs.

51 — Il convient de faire remarquer que l'atteinte au commerce intracommunautaire est une condition d'application de l'article 86 du traité qui est en règle générale interprétée de manière large par la doctrine et la jurisprudence. Cette atteinte ne doit pas être sensible, directe ou actuelle, mais il suffit qu'elle soit indirecte ou potentielle (arrêts du 13 juillet 1966, Consten et Grundig/Commission, 56/64 et 58/64, Rec. p. 429, et du 6 mars 1974, Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents Corporation/Commission, 6/73 et 7/73, Rec. p. 223).
Dans la présente affaire, il faut faire les observations suivantes: s'il est constaté, selon ce qui est dit ci-dessus, que HB a eu un comportement abusif, la situation suivante apparaît sur le marché: du fait de la position dominante de HB, la plupart des détaillants irlandais achètent des glaces à HB, peu importe qu'ils s'approvisionnent en même temps aussi en congélateurs auprès de cette société ou non. Ces détaillants se répartissent en deux catégories. D'une part, il y a ceux qui sont liés par la clause d'exclusivité et ne peuvent donc pas s'approvisionner et stocker des glaces provenant de producteurs, nationaux ou étrangers, autres que HB; ces détaillants bénéficient d'un avantage concurrentiel grâce au comportement abusif de HB. D'autre part, il y a les détaillants qui, outre les glaces de HB, pourraient aussi acheter des produits similaires auprès d'autres producteurs, nationaux ou étrangers; ces détaillants subissent un désavantage au niveau de la concurrence par rapport aux premiers.
Par conséquent, par son comportement, HB obtient les résultats suivants: en premier lieu, par sa position dominante, elle traite avec la plupart des détaillants irlandais. En deuxième lieu, par son comportement abusif, elle réussit à placer dans une situation concurrentielle défavorable les détaillants qui traitent avec elle et qui pourraient aussi s'approvisionner en glaces auprès d'autres producteurs, étrangers ou non. Elle empêche ainsi les fournisseurs étrangers d'accéder au marché irlandais des glaces de consommation immédiate. Cette dernière remarque suffit, à notre avis, pour soutenir que la politique en cause de HB, consistant, d'une part, à vendre les glaces à un prix unique et, d'autre part, à imposer une clause d'exclusivité pour les congélateurs qu'elle fournit, est de nature à affecter le commerce intracommunautaire.

avec la politique de facturation unique des glaces, violaient la disposition communautaire précitée et leur respect ne pouvait pas être imposé par voie judiciaire.

B — *Les clauses d'exclusivité litigieuses et l'article 85, paragraphe 1, du traité*

65. Nous sommes invités à examiner dans quelle mesure une série de contrats d'exclusivité violent l'article 85, paragraphe 1, du traité [52].

a) L'arrêt Delimitis

66. Le cheminement juridique par lequel le problème en cause sera examiné a été tracé par l'arrêt Delimitis, précité [53].

67. La Cour a jugé qu'un accord d'exclusivité dont tant le fournisseur que le détaillant tirent des avantages n'est pas en soi contraire au droit communautaire de la concurrence; «il convient toutefois de vérifier s'ils n'ont pas pour effet de l'empêcher, de la restreindre ou d'en fausser le jeu» [54]. Pour apprécier un tel accord, il faut prendre en considération «le contexte économique et juridique au sein duquel celui-ci se situe et où il peut concourir, avec d'autres, à un effet cumulatif sur le jeu de la concurrence». Cet effet cumulatif ne constitue qu'«un élément parmi d'autres» en rapport avec une altération éventuelle du jeu de la concurrence et ses conséquences sur le commerce interétatique.

68. L'examen des effets cumulatifs d'un accord et d'accords similaires requiert tout d'abord une délimitation du marché en cause. Pour apprécier si l'existence de plusieurs contrats d'exclusivité entrave l'accès au marché ainsi délimité, il faut ensuite examiner «la nature et l'importance de

52 — La particularité de la présente affaire consiste dans le fait que la clause d'exclusivité ne concerne pas la fourniture du produit litigieux (HB n'interdit pas la fourniture de glaces d'une autre marque aux détaillants), mais dans l'utilisation du congélateur pour le stockage de produits (HB interdit le stockage des produits d'une autre marque dans ses congélateurs). Or, de nouveau, si les accords en question ont pour objet d'entraver, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché des glaces et sont susceptibles d'affecter le commerce interétatique, ils sont interdits en vertu de l'article 85, paragraphe 1, du traité. L'existence d'un lien entre ces accords, relatifs à l'usage exclusif des congélateurs utilisés pour le stockage des glaces, et les conditions de concurrence existant sur le marché même des glaces ressort de l'arrêt Langnese-Iglo/Commission (arrêt du 8 juin 1995, T-7/93, Rec. p. II-1533). Dans cet arrêt, le Tribunal a examiné la légalité d'une décision de la Commission en ce qui concerne la compatibilité avec l'article 85 de contrats de fourniture exclusive, conclus entre des producteurs de glaces et des détaillants vendant des glaces destinées à la consommation «sur la voie publique». Examinant dans quelle mesure il existait, en dehors de ces contrats, encore d'autres facteurs importants qui contribuaient à la fermeture du marché, la Commission a constaté que l'accès de nouveaux concurrents sur le marché était rendu plus difficile par l'existence d'un système de concession d'un grand nombre de congélateurs mis à la disposition des détaillants, en contrepartie de quoi ceux-ci s'engagent à utiliser les congélateurs exclusivement pour le stockage des produits du fournisseur. Le Tribunal a estimé que «c'est à juste titre que la Commission a considéré qu'il s'agit là d'un élément contribuant à rendre plus difficile l'accès au marché. En effet, cette circonstance a nécessairement pour conséquence que tout nouveau concurrent arrivant sur le marché doit soit convaincre le détaillant d'échanger le congélateur installé par la requérante pour un autre, ce qui implique une renonciation au chiffre d'affaires réalisé avec les produits de l'ancien fournisseur, soit obtenir que le détaillant accepte d'installer un congélateur supplémentaire, ce qui peut se révéler impossible, notamment en raison d'un manque d'espace dans les petits points de vente...» (point 108).

53 — Cet arrêt concernait des contrats d'exclusivité pour la fourniture de bière, conclus entre un fournisseur (une brasserie) et un revendeur (restaurant ou débit de boissons). Le premier accordait au second certains avantages financiers et économiques, tels que l'octroi de prêts bonifiés, la location d'espaces, la fourniture d'équipements; le deuxième s'engageait à s'approvisionner en bière exclusivement chez le premier et à ne pas vendre de produits concurrents dans son établissement.

54 — Arrêt Delimitis, précité dans la note 3, point 13.

l'ensemble de ces contrats». L'incidence de ces contrats sur l'accès au marché dépend, notamment, du nombre de points de vente liés en vertu des contrats d'exclusivité par rapport au nombre de débits de boissons qui ne le sont pas, de la durée des engagements souscrits, ainsi que des quantités du produit concerné qui sont commercialisées par «les points de vente liés» par rapport aux quantités vendues par les distributeurs non liés [55]. La Cour indique que «l'existence d'un faisceau de contrats similaires [il s'agit des contrats d'exclusivité [56]], même si son incidence sur les possibilités d'accès au marché est importante, ne saurait cependant suffire à elle seule pour conclure que le marché en cause est inaccessible, dans la mesure où elle ne constitue qu'un élément, parmi d'autres, du contexte économique et juridique dans lequel un contrat doit être apprécié» [57].

69. La Cour souligne ensuite qu'il convient d'examiner «s'il existe des possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau de contrats» [58].

70. S'il résulte de cette analyse que le réseau des contrats litigieux entraîne, comme «effet cumulatif», la fermeture du marché à l'encontre de nouveaux concurrents, nationaux et étrangers, la responsabilité de cette fermeture et les interdictions énoncées par l'article 85, paragraphe 1, doivent être imputées aux opérateurs qui «y contribuent de manière significative» [59]. Pour examiner cette dernière question, qui est celle de savoir dans quelle mesure certains contrats d'exclusivité contribuent à produire l'effet cumulatif de fermeture du marché, il faut apprécier «la position des parties contractantes sur le marché» [60]. Celle-ci est déterminée, sur la base de la part de marché du fournisseur sur ce marché, par le nombre de points de vente qu'il contrôle par rapport au nombre total de points de vente et par la durée des contrats concernés.

71. En résumé, un contrat d'exclusivité est interdit s'il est constaté, premièrement, que l'ensemble des contrats similaires a pour effet cumulatif de fermer le marché, eu égard aussi au contexte économique et juridique plus général dans lequel ils s'appliquent, et, deuxièmement, que le contrat en cause contribue de manière significative à ce résultat.

b) La transposition de la jurisprudence Delimitis dans la présente affaire

72. Nous sommes tout d'abord invités à examiner la nature et l'importance de

55 — Ibidem, point 19.

56 — Cette remarque est ajoutée par nous.

57 — Arrêt Delimitis, précité dans la note 3, point 20.

58 — Ibidem, point 21. La Cour cite des critères tels que, en premier lieu, les réglementations relatives à l'acquisition de sociétés de production et l'établissement de points de vente, en deuxième lieu, le nombre minimal de points de vente nécessaire pour l'exploitation rentable d'un système de distribution, en troisième lieu, la présence de grossistes et de réseaux indépendants de distribution et, en quatrième lieu, les conditions de concurrence existant sur le marché concerné. En ce qui concerne ce dernier critère, elle considère comme éléments déterminants le nombre et la taille des producteurs présents sur le marché, le degré de saturation de celui-ci et la fidélité des consommateurs aux marques existantes.

59 — Arrêt Delimitis, précité dans la note 3, point 24.

60 — Ibidem, point 25.

l'ensemble des contrats de fourniture de congélateurs, contenant une clause d'exclusivité et conclus entre les sociétés qui fournissent les glaces et les détaillants[61]. Ces contrats sont courants en Irlande. Bien qu'ils ne soient pas en soi contraires à l'article 85, paragraphe 1, du traité, ils sont susceptibles de restreindre la concurrence, dans la mesure où ils excluent de certains points de vente les produits d'autres concurrents.

73. Il faut tout d'abord se demander quelles sont les caractéristiques des points de vente. Il ressort de ce que la High Court a constaté dans son jugement attaqué devant la Supreme Court que la majorité des points de vente est constituée par les détaillants[62]; ils assurent aussi la majeure partie des ventes. En outre, une très petite partie des détaillants disposent de leurs propres congélateurs, c'est-à-dire de congélateurs dans lesquels ils peuvent stocker des glaces de différentes marques[63]. La grande majorité des détaillants ne disposent que d'un ou de deux congélateurs destinés à l'usage exclusif d'un fournisseur. La limitation du nombre de congélateurs semble être une conséquence du manque de place dans les magasins des détaillants et de l'absence d'un intérêt commercial de la part de ces détaillants; ceux-ci n'attendent aucune augmentation substantielle de leurs bénéfices de l'acquisition d'un congélateur supplémentaire, même si cela n'est pas impossible en pratique[64]. En ce qui concerne la société HB, selon les données fournies par la juridiction de renvoi, elle contrôle environ 12 000 congélateurs sur les 18 000 qui existent sur le marché en cause. La juridiction irlandaise de première instance a calculé qu'environ 80 % des congélateurs qui se trouvent dans des petits magasins de détail sont contrôlés par HB.

74. Nous pensons que les contrats de fourniture de congélateurs aux détaillants affectent sensiblement les possibilités d'accès d'un nouveau concurrent sur le marché. Puisqu'il n'est pas ou guère probable que le détaillant puisse être convaincu de remplacer un congélateur existant ou d'installer un congélateur supplémentaire (lui appartenant ou d'une autre marque), il y a tout lieu de croire que les points de vente contrôlés par un fournisseur au moyen des clauses d'exclusivité sont de facto liés à celui-ci. Puisque les points de vente pour lesquels des accords relatifs à des congélateurs et contenant une clause d'exclusivité ont été conclus sont beaucoup plus nombreux que ceux qui disposent de «congélateurs libres», il est évident que la majeure partie des points de vente en Irlande sont de facto liés à un fournisseur.

61 — Le premier souci de celui qui applique le droit consiste à délimiter le marché du produit et le marché géographique. Il résulte de la formulation de la deuxième question préjudicielle que la juridiction de renvoi semble considérer comme marché en cause celui des glaces en conditionnement individuel et de consommation immédiate en Irlande.

62 — Il s'agit surtout des petites épiceries, des kiosques et des stations-service. Ils représentent environ 9 000 points de vente sur un total de 10 279 (enquête de marché effectuée en 1990).

63 — La principale raison pour laquelle le nombre de propriétaires de congélateurs est faible est le coût d'acquisition et d'entretien, ainsi que la facilité d'acquérir un congélateur auprès d'un fabricant de glaces, même si cette acquisition implique l'acceptation de la clause d'exclusivité.

64 — Sur ce point, il conviendrait encore d'examiner dans quelle mesure le marché concerné est saturé en congélateurs. En d'autres termes, si le nombre de congélateurs déjà installés a atteint quasiment un maximum, on ne peut pas s'attendre à ce que les détaillants aient un intérêt à installer des congélateurs supplémentaires dans leurs magasins.

75. En ce qui concerne en particulier le cas de HB, celle-ci bénéficie encore d'un avantage supplémentaire à cause de la place qu'elle occupe sur le marché. C'est le producteur de glaces qui a la plus grande gamme de produits et qui jouit de la plus grande popularité. Par conséquent, les détaillants — qui, ainsi qu'il a été dit, n'ont habituellement pas de congélateurs à eux — ont tout intérêt, lorsqu'ils décident de vendre des glaces, à s'adresser à HB; celle-ci leur assure, en raison de sa position sur le marché, un chiffre d'affaires qui est censé être plus élevé. Aussi n'ont-ils pratiquement pas les moyens de renoncer aux congélateurs de HB pour les remplacer par des congélateurs à usage exclusif d'une autre marque. Enfin, on ne s'attend pas à ce que l'acquisition d'un congélateur supplémentaire pour vendre des glaces d'une autre marque augmente sensiblement les bénéfices des détaillants; les glaces de HB continueront de représenter l'essentiel des ventes du magasin. Tout cela a aussi été confirmé par la juridiction de première instance irlandaise.

76. En ce qui concerne les possibilités pour de nouveaux concurrents d'accéder au réseau de distribution existant et, partant, au marché en cause, HB expose une série d'arguments pour démontrer que les accords concernés n'ont pas pour effet cumulatif de fermer le marché à de nouveaux concurrents. Elle soutient que, pour appliquer correctement l'article 85, paragraphe 1, à la présente affaire, il faut déterminer le «seuil d'accès minimal au marché» à laisser aux nouveaux concurrents. Si cet accès minimal est assuré en l'espèce, les clauses d'exclusivité litigieuses ne sont pas contraires aux règles de concurrence communautaires.

77. Nous ne sommes pas en désaccord avec ce raisonnement. Toutefois, le grand nombre de points de vente qui sont de facto liés en raison des clauses d'exclusivité relatives à l'utilisation de congélateurs constitue un indice important — que la juridiction de renvoi est invitée à vérifier — de ce que la restriction de la concurrence, due au faisceau d'accords, est tellement grave que le seuil (minimal) nécessaire d'accès au marché n'existe pas. Cette constatation n'est pas infirmée par le fait que certains concurrents, tels que Mars, réussissent malgré ces restrictions à conquérir une faible part de marché. En outre, on ne saurait valablement soutenir — comme HB essaie de le faire — que, pour accéder au marché de la fourniture de glaces en Irlande, le nouveau fournisseur de glaces doit veiller à créer son propre «parc de congélateurs», de manière à s'assurer le contrôle de certains points de vente. Cette approche semble justifier les contraintes supplémentaires imposées sur le marché en les présentant comme une condition de sa libération. Or, il convient de souligner que le marché concerné est celui de la fourniture de glaces de consommation immédiate et non un marché unique de fourniture de glaces et de congélateurs[65]. Enfin, HB fait remarquer avec raison que les accords d'exclusivité ne sont pas considérés comme contribuant à la fermeture du marché d'une manière

65 — Le fonctionnement correct des règles de concurrence ne permet pas de forcer les fabricants de glaces à fournir des congélateurs pour pouvoir opérer sur le marché des glaces. La concurrence entre les marques ne doit pas être remplacée par la concurrence pour l'accès aux magasins de détail.

contraire aux règles de concurrence communautaires si les nouveaux fournisseurs de glaces ont la possibilité de recourir à d'autres méthodes pour consolider leur position sur le marché. Il n'est pas évident qu'une telle possibilité existe sur le marché irlandais des glaces [66], cette question relevant de toute façon de la compétence de la juridiction de renvoi [67].

78. Il ressort de cette analyse que — pour autant que les éléments factuels et juridiques, appréciés ci-dessus, sont exacts — le faisceau de contrats relatifs à des congélateurs qui comportent une clause d'exclusivité, conclus entre des fournisseurs de glaces en Irlande et des détaillants, a pour effet cumulatif l'altération des saines conditions de concurrence sur le marché en cause et la fermeture de celui-ci. Le système des clauses d'exclusivité, tel qu'il fonctionne en l'espèce, semble donner un avantage excessif au fournisseur qui a la plus grande part de marché, rendre pratiquement impossible l'accès de nouveaux fournisseurs (en particulier des petits et moyens fournisseurs, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas une vaste gamme de produits et ne sont pas en mesure d'assumer le coût de la création d'un réseau de congélateurs) et nuire en dernière analyse au consommateur, parce qu'il ne favorise pas la concurrence par la qualité et le prix des produits. Nous ne contestons pas que ce système puisse d'une certaine manière être considéré comme servant les intérêts des parties aux accords litigieux concernant les congélateurs ni qu'il peut avoir un impact positif sur le marché [68]; toutefois, même si l'on admet cela, cela ne supprime pas les conséquences négatives et destructrices pour la libre concurrence, équivalant à une fermeture du marché.

79. Il reste à examiner dans quelle mesure la clause de minimis, énoncée dans l'arrêt Delimitis, trouve à s'appliquer, c'est-à-dire si les accords concernant en particulier les congélateurs de HB «contribuent de manière significative» [69] à produire sur le marché les effets négatifs qui sont indiqués plus haut. Nous pensons qu'il faut répondre par l'affirmative à cette question, à tout le moins sur la base des éléments exposés dans le jugement rendu en première instance par la juridiction irlandaise. HB est partie à l'immense majorité de ces contrats. Cette société se présente comme le fournis-

66 — Selon l'arrêt Delimitis, on pourrait considérer comme autres moyens d'accéder au marché l'adjonction de nouveaux points de vente, la création d'un réseau de distribution rentable ou l'utilisation d'un système existant d'intermédiaires indépendants. Quoi qu'il en soit, il ne ressort pas du dossier qu'il existe en Irlande un commerce de gros indépendant pour les glaces de consommation immédiate qui permettrait à des nouveaux fournisseurs d'accéder à la distribution. En outre, si le marché en cause est effectivement saturé par le nombre des points de vente et le nombre total des congélateurs installés, il est évident que les solutions de rechange, offertes aux nouveaux opérateurs (en particulier les petits et moyens opérateurs), sont particulièrement limitées. Nous ne pensons pas que la solution proposée par HB, à savoir l'achat d'autres entreprises disposant d'un réseau de distribution et déjà installées, puisse être considérée comme une solution de rechange; à supposer même que cette possibilité existe, le coût de l'accès au marché serait très probablement dissuasif pour les opérateurs intéressés. D'autre part, on ne pourrait pas considérer qu'il serait conforme aux règles de concurrence communautaires de permettre aux opérateurs déjà installés de verrouiller le marché d'une manière telle que la seule perspective d'accès d'un nouveau concurrent consiste dans l'achat d'un des concurrents existants; il n'y a alors plus de libre concurrence.
Il faut encore examiner si la position de force occupée par les fournisseurs de glaces existants et leur réputation auprès des consommateurs constituent un obstacle insurmontable pour les nouveaux venus.

67 — La juridiction de renvoi examinera ce problème à la lumière du point 21 de l'arrêt Delimitis, précité dans la note 3.

68 — Voir ci-après, points 85 et suiv.

69 — Arrêt Delimitis, précité dans la note 3, point 24.

seur consacré le plus important sur le marché, elle a depuis longtemps consolidé cette position, elle dispose du plus important réseau de congélateurs et, par ce biais, elle vend ses produits dans la plupart des points de vente. Nous répétons que, selon les évaluations faites par la juridiction de première instance irlandaise, deux tiers des congélateurs existant dans les points de vente en Irlande ont été fournis par HB sur la base des accords d'exclusivité et que 80 % des magasins de détail sont de facto liés à HB.

80. Ces observations ne sont pas infirmées par les objections de HB.

81. Cette société renvoie tout d'abord au critère de la durée des clauses d'exclusivité, que la Cour utilise dans l'arrêt Delimitis. Elle prétend que, contrairement aux faits en cause dans l'arrêt Langnese-Iglo/Commission [70], les accords litigieux d'utilisation exclusive de congélateurs sont librement conclus par les détaillants et peuvent être dénoncés à leur gré, sans qu'elle leur impose des contraintes supplémentaires. Cet élément plaide — selon HB — en faveur de la conformité de ces accords avec l'article 85, paragraphe 1, du traité.

82. Ce point de vue ne recueille pas notre accord. Il est en tout cas utile d'examiner la durée réelle des accords. Si la durée moyenne est longue et si l'on constate une réticence des détaillants à les dénoncer à bref délai, on ne peut pas soutenir que la possibilité de les «dénoncer à leur gré», telle qu'elle est prévue, suffit pour que l'on puisse estimer que ces accords n'entraînent pas une fermeture du marché qui soit contraire à l'article 85, paragraphe 1.

83. HB prétend encore que, pour déterminer correctement comment ses contrats contribuent à la fermeture du marché, il est nécessaire de faire la distinction suivante. Il ne faut pas inclure, dans l'ensemble des points de vente qui échappent à la libre concurrence parce qu'ils sont de facto liés à HB, les détaillants qui, tout en ne disposant que d'un ou de plusieurs congélateurs de HB, ne sont pas intéressés par la vente de glaces d'une autre marque pour des raisons purement commerciales, en particulier en raison de la faible demande de la part des consommateurs pour des glaces autres que celles de HB.

84. Ce raisonnement, sur lequel la High Court semble essentiellement s'être basée, ne recueille pas notre assentiment. Les effets d'un contrat restreignant la concurrence doivent être appréciés objectivement, indépendamment des raisons pour lesquelles les parties contractantes concluent ce contrat restrictif. La circonstance que les tiers sont dans une large mesure exclus du

70 — Précité dans la note 52.

marché peut en principe être constitutive d'une violation de l'article 85, paragraphe 1, du traité, même si le détaillant qui accepte la clause d'exclusivité déclare à un moment donné qu'il n'est pas intéressé par un accroissement du nombre de ses fournisseurs. Par conséquent, pour déterminer correctement les effets restrictifs des contrats litigieux concernant les congélateurs sur la concurrence, eu égard à l'analyse que nous avons faite ci-dessus, il faut considérer comme dépendants de facto de HB tous les points de vente qui ne disposent que de congélateurs de HB et ne vendent de ce fait pas de glaces d'une autre marque.

c) En ce qui concerne la justification objective des clauses d'exclusivité en cause

85. HB prétend que les clauses litigieuses limitent la concurrence d'une manière négligeable, et parfaitement légale parce que cette limitation est justifiée objectivement. Elle invoque à cet effet l'arrêt Pronuptia [71] et la théorie de la justification objective de certains comportements contractuels qui, pour cette raison, sortent du champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité.

86. Plus précisément, HB fait valoir que les accords par lesquels elle concède l'utilisation des congélateurs et prend en charge leur entretien, sans contrepartie directe, procurent un avantage tant à elle-même qu'aux détaillants qui contractent avec elle. Par exemple, ils permettent de réduire le coût global de la vente de glaces [72], d'améliorer la distribution des produits [73] et d'augmenter le nombre de points de vente des produits [74].

87. En outre, HB soutient que la clause d'exclusivité, qui est insérée dans les contrats précités, est nécessaire pour le bon fonctionnement du système et ne comporte que des restrictions de concurrence négligeables et légales. Elle fait remarquer que, sans cette clause, l'organisation correcte du marché des glaces de consommation immédiate et la distribution adéquate de ces produits seraient compromises. Les fournisseurs garantissent par ces clauses un meilleur accès à leurs produits, ont une certaine latitude pour prendre en charge le coût des congélateurs parce qu'ils escomptent un meilleur chiffre d'affaires, contrôlent mieux les conditions d'hygiène et de conservation des glaces, assurent plus facilement la publicité et la promotion en général de leurs produits et sont protégés contre un comportement abusif de leurs concurrents [75], en sauvegardant leurs droits de propriété sur les congélateurs. Tout cela

71 — Arrêt du 28 janvier 1986 (161/84, Rec. p. 353).

72 — Les détaillants évitent la dépense importante qu'impliquent pour eux l'achat et l'entretien d'un congélateur. En tant que filiale d'Unilever, HB achète en gros les congélateurs aux fabricants à des prix nettement plus favorables que ceux qu'obtiendraient des acheteurs isolés. En outre, l'absence de facturation distincte pour les congélateurs et les glaces simplifie les transactions.

73 — HB contrôle mieux les conditions de distribution et de conservation de ses produits et obtient une meilleure couverture géographique du marché.

74 — De nombreux détaillants refuseraient d'assumer le risque commercial inhérent à l'achat ou à la location et à l'entretien de congélateurs pour glaces en raison du caractère marginal de cette activité. HB prétend que la fourniture et l'entretien gratuits des congélateurs constituent dans de nombreux cas le seul moyen d'obtenir que certains points de vente offrent des glaces.

75 — Ces derniers bénéficieraient d'un avantage concurrentiel indu s'ils pouvaient vendre leurs glaces en utilisant les congélateurs de HB.

est obtenu, selon les allégations de HB, sans restriction excessive de la concurrence.

88. Nous observerons ce qui suit sur cette argumentation:

En premier lieu, nous constatons que le critère de la justification objective est difficile à interpréter et à appliquer dans la pratique; on peut même se demander dans quelle mesure il constitue un critère apte à rendre compte du sens des dispositions communautaires en matière de concurrence [76]. Il n'est cependant pas tout à fait absent de la jurisprudence de la Cour [77].

En deuxième lieu, contrairement au cas sur lequel la Cour s'était penchée dans l'affaire Pronuptia, dans la présente affaire la clause d'exclusivité ne semble pas constituer une condition objectivement nécessaire pour le fonctionnement d'un système dont le maintien tel quel est totalement justifié. D'une part, nous admettons que les contrats de fourniture de congélateurs aux détaillants présentent des avantages pour les parties et pour le consommateur; toutefois, cela ne veut pas dire que l'existence et le fonctionnement correct du marché des glaces de consommation immédiate en Irlande dépendent de ces clauses [78]. D'autre part, et c'est ce qui est le plus important, la clause d'exclusivité qui accompagne la fourniture d'un congélateur n'est pas une condition sine qua non de la conclusion de contrats relatifs à des congélateurs. En dépit des allégations en sens contraire de HB, rien ne prouve que la mise en place par les fournisseurs de glaces d'un réseau de distribution comportant la fourniture de congélateurs aux détaillants ne peut pas exister sans fourniture gratuite d'un congélateur, combinée avec une clause d'exclusivité quant à son utilisation [79].

76 — Dans nos conclusions du 15 juillet 1997 dans l'affaire Montecatini/Commission (arrêt du 8 juillet 1999, C-235/92 P, Rec. p I-4539) (point 45), nous avions fait état de nos réserves à l'égard de la possibilité de transposer le principe, d'origine américaine, de la «rule of reason» dans l'ordre juridique communautaire, en particulier en ce qui concerne l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité.

77 — Outre l'arrêt Pronuptia, précité dans la note 71, nous renvoyons à nos conclusions dans l'affaire France/Ladbroke Racing et Commission (arrêt du 16 mai 2000, C-83/98 P, Rec. p. I-3271), dans lesquelles nous avons fait référence au critère de la justification objective du contrôle des aides d'État. Voir également les arrêts du 8 juin 1982, Nungesser/Commission (258/78, Rec. p. 2015), et du 6 octobre 1982, Coditel e.a. (II) (262/81, Rec. p. 3381).

78 — C'est ce que démontre également le fait que HB est en mesure de distribuer aussi ses produits avec succès dans des points de vente où il n'y a pas de congélateurs à elle.

79 — Rien ne prouve que la pratique actuelle est nécessaire pour que le réseau de distribution des glaces fonctionne en Irlande. On ne peut nullement déduire des allégations de HB que la suppression de l'exclusivité pour l'utilisation des congélateurs bouleversera les données à un point tel que, d'une part, il ne sera plus possible de conclure des accords concernant les congélateurs avec les détaillants et, d'autre part, le marché en sera affecté d'une manière irréversible en raison de l'effondrement du système de distribution et de la perte des points de vente. Le lien de causalité entre la suppression de l'exclusivité et le bouleversement du système n'est pas prouvé à suffisance de droit.
En ce qui concerne la protection du droit de propriété de HB sur les congélateurs, nous ferons remarquer que l'attribution d'un congélateur sans contrepartie, combinée avec l'obligation d'accepter la clause d'exclusivité, ne constitue pas le seul moyen d'atteindre ce but, mais relève d'un choix effectué par HB pour des raisons commerciales. Au lieu d'incorporer le coût des congélateurs dans le prix des glaces, on aurait pu imaginer d'autres méthodes permettant d'amortir l'investissement dans les congélateurs; la mise à la charge des détaillants d'un loyer spécifique pour l'utilisation de congélateurs est une des solutions possibles (voir ci-après, points 105 et suiv.).
Cette solution pourrait aboutir à ce qu'un certain nombre de détaillants renoncent à vendre des glaces. L'étendue de la perte de certains points de vente n'est en tout état de cause pas certaine. Les détaillants supporteraient en outre le coût de la location du congélateur, mais achèteraient les glaces à un prix inférieur (puisque le coût du congélateur ne serait plus compris dans le prix de la glace) et pourraient accroître leur activité commerciale en utilisant aussi le congélateur pour le stockage et la conservation d'autres produits. Indépendamment de cela, la perte de points de vente ne légitime pas à elle seule les restrictions que comportent les clauses d'exclusivité litigieuses pour la concurrence.

En troisième lieu, nous pensons que, même si l'on admet que certaines restrictions de la concurrence pourraient être justifiées par le maintien d'un mécanisme qui fonctionne tout à fait dans l'intérêt du marché et des opérateurs, ces restrictions ne peuvent pas dépasser une limite qui peut être définie par application du principe de proportionnalité [80]. Par conséquent, dans la mesure où, selon l'analyse que nous avons faite ci-dessus, on constate sur la base de l'appréciation globale du cadre juridique et factuel dans lequel les contrats litigieux de HB s'insèrent qu'ils contribuent de manière importante, avec d'autres contrats similaires, à l'effet négatif cumulatif sur la concurrence, de manière à fermer le marché, ces accords sont, en dépit des éléments positifs que HB a relevés, contraires à l'article 85, paragraphe 1, du traité. Premièrement, par la gravité des conséquences négatives pour la concurrence, les restrictions en question excèdent une limite déterminée, au-delà de laquelle elles ne peuvent plus être considérées comme justifiées [81]. Deuxièmement, ainsi que nous l'avons déjà exposé, il n'est pas prouvé que les restrictions en question, dues aux contrats d'exclusivité litigieux, sont indispensables pour atteindre le but qu'ils poursuivent, fût-il légitime [82].

89. En conclusion, il faut répondre comme suit à la première branche de la deuxième question préjudicielle: eu égard aux données juridiques et factuelles du marché en cause, un accord ou une pratique tel que celui dont il s'agit dans l'affaire au principal est contraire à l'article 85, paragraphe 1, du traité lorsque trois conditions sont réunies: premièrement, en combinaison avec les accords ou pratiques similaires sur le même marché, il empêche de facto l'accès d'autres concurrents à une partie particulièrement importante des points de vente existants, conduisant ainsi à une fermeture du marché; deuxièmement, il contribue sensiblement à cette fermeture; troisièmement, cette restriction de la

80 — On prétend souvent que la jurisprudence Pronuptia permet de considérer un accord ou une pratique comme conforme à l'article 85, paragraphe 1, du traité sans qu'il faille apprécier dans quelle mesure il restreint la concurrence, et cela pour la seule raison qu'il constitue une condition nécessaire de fonctionnement d'un système qui n'est, en soi, pas contraire à l'article 85, paragraphe 1. Nous ne sommes pas d'accord avec cette approche. Si les restrictions en question de la concurrence sont particulièrement graves, elles ne peuvent pas être qualifiées de «complémentaires» ou «négligeables». La jurisprudence Pronuptia cherche à améliorer l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité et elle n'offre pas une échappatoire pour se soustraire à l'application de ces dispositions.
Il est dès lors nécessaire de trouver un équilibre entre le bien que constitue la libre concurrence, qui est affectée par l'accord ou la pratique litigieuse, et le bien que celui-ci vise à protéger. La volonté d'atteindre des buts légitimes ne justifie pas toujours la distorsion des conditions de concurrence, surtout lorsque cette distorsion est grave. En outre, il faudra se demander, en appliquant les critères du principe de proportionnalité (caractère approprié, nécessité, proportionnalité au sens strict), si l'accord ou la pratique en question n'affecte pas la concurrence d'une manière excessive.

81 — Dans nos conclusions dans l'affaire Montecatini/Commission, précitée dans la note 76, nous avons déjà soutenu une thèse connexe quant à l'impossibilité de justifier des restrictions particulièrement graves de la concurrence par la «rule of reason», qui semble être adoptée tant par le juge communautaire que par le juge américain de la concurrence. Dans le même arrêt, la Cour a affirmé ce qui suit: «À cet égard, il suffit de constater que, à supposer même que la 'rule of reason' ait sa place dans le cadre de l'article 85, paragraphe 1, du traité, elle ne peut en aucun cas exclure l'application de cette disposition dans le cas d'une entente impliquant des producteurs qui détenaient la quasi-totalité du marché communautaire et concernant des objectifs de prix, la limitation de la production et la répartition du marché. Le Tribunal n'a donc commis aucune erreur de droit en considérant que le caractère patent de l'infraction s'opposait en tout état de cause à l'application de la 'rule of reason'» (point 133).

82 — Il est évident que, si les données de fait et de droit du marché étaient différentes, les allégations de HB quant à l'utilité des clauses d'exclusivité auraient plus de poids et pourraient justifier cette utilité à la lumière de l'article 85, paragraphe 1, du traité.

concurrence est de nature à affecter le commerce interétatique [83].

C — *Les clauses d'exclusivité litigieuses et l'article 86 du traité*

90. La position d'une entreprise sur le marché peut être qualifiée de « dominante » lorsqu'elle permet à cette entreprise d'empêcher une concurrence effective et de se comporter d'une manière largement indépendante par rapport à ses concurrents, ses clients et les consommateurs [84]. Des parts de marché importantes constituent, en principe et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve d'une position dominante [85].

91. La part de HB sur le marché irlandais des glaces à conditionnement individuel et de consommation immédiate fluctue depuis de nombreuses années autour des 70 %, et plus. Cette donnée, combinée avec d'autres paramètres [86], conduit forcément à la conclusion que HB détient une position dominante sur ce marché [87].

92. L'exploitation abusive d'une position dominante, interdite par l'article 86, est « une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise... qui sont 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 déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale... au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché » [88]. Une entreprise qui détient une position dominante ne peut pas « éliminer un concurrent et renforcer ainsi sa position en utilisant des moyens autres que ceux qui s'inscrivent dans le cadre d'une saine concurrence » [89]. En ce qui concerne l'application correcte de l'article 86, la Cour estime que « le champ d'application matériel de la responsabilité particulière pesant sur une entreprise dominante doit être apprécié au regard des circonstances spécifiques de chaque espèce, démontrant un affaiblissement de la concurrence » [90]. En ce qui concerne les contrats d'exclusivité, il

83 — Dans la mesure où l'on constate une fermeture du marché à un point tel que de nouveaux fournisseurs de glaces ne peuvent pas avoir accès à des points de vente, quelle que soit la situation géographique et la provenance des produits de ce fournisseur, il nous semble probable que le commerce interétatique s'en trouvera affecté. Ladite restriction de la concurrence rend plus difficile l'accès de concurrents étrangers au marché irlandais.

84 — Voir arrêts du 14 février 1978, United Brands/Commission (27/76, Rec. p. 207), et Hoffmann-La Roche/Commission, précité dans la note 48.

85 — Voir arrêt Hoffmann-La Roche/Commission, précité dans la note 48, point 41, ainsi que arrêts du 3 juillet 1991, AKZO/Commission (C-62/86, Rec. p. I-3359, point 60), et du 2 mars 1994, Hilti/Commission (C-53/92 P, Rec. p. I-667).

86 — Absence d'un autre concurrent de taille égale, acceptation par les consommateurs, contrôle d'une grande partie des points de vente, accès au savoir-faire et autres avantages découlant de sa participation au groupe multinational Unilever.

87 — La juridiction de première instance irlandaise a également abouti à cette conclusion.

88 — Voir arrêt Hoffmann-La Roche/Commission, précité dans la note 48 (point 91).

89 — Voir arrêt AKZO/Commission, précité dans la note 85 (point 70).

90 — Voir arrêt du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission (C-333/94 P, Rec. p. I-5951, point 24).

existe une jurisprudence constante selon laquelle «le fait, pour une entreprise se trouvant en position dominante, de lier — fût-ce sur demande — des acheteurs par une obligation ou une promesse de se fournir, pour la totalité ou pour une partie considérable de leurs besoins, exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive de cette position» [91].

93. La société HB propose aux détaillants l'arrangement suivant: elle leur offre (sans contrepartie directe de leur part) des congélateurs pour lesquels elle assume elle-même les frais d'acquisition et d'entretien; toutefois, elle pose comme condition l'utilisation exclusive de ces congélateurs pour y stocker uniquement ses propres produits. Elle incite de la sorte les détaillants qui n'ont pas de congélateurs, soit en propre soit d'un autre fournisseur, à conclure avec elle des contrats de fourniture comportant une clause d'exclusivité. Nous avons déjà expliqué que les détaillants qui concluent de tels contrats n'acceptent en général pas de remplacer leurs congélateurs HB par des congélateurs d'un autre fournisseur ou par des congélateurs leur appartenant et ne sont pas non plus disposés à installer des congélateurs supplémentaires [92]. Par conséquent, les points de vente qui sont concernés par les contrats litigieux deviennent de facto des points de vente exclusive des produits de HB. Il découle de cette analyse que le pourcentage de ces points de vente est particulièrement élevé et qu'il semble atteindre 80 % des petits magasins [93].

94. Cela renforce la position dominante de HB et affaiblit encore plus une concurrence qui est de toute façon déjà faible en raison de la position dominante de HB. D'une manière plus générale, la politique litigieuse de HB n'est pas conforme aux conditions d'une saine concurrence dans la fourniture de produits de consommation: en premier lieu, il devient difficile aux autres fournisseurs, concurrents de HB, d'accéder à ce marché et d'y consolider leur position; en deuxième lieu, la liberté des détaillants pour choisir leurs fournisseurs sur la base des avantages qu'ils offrent en est affectée; en troisième lieu, la liberté des consommateurs pour choisir les produits en question sur la base de leur qualité et de leur prix en est affectée. En d'autres termes, à aucun des niveaux du marché, la concurrence entre les glaces en conditionnement individuel et de consommation immédiate n'est fonction des caractéristiques de ces produits, mais elle dépend de la mesure dans laquelle les points de vente en question sont ou non de facto liés à HB. En conclusion, nous pensons que ce comportement de HB est constitutif d'un abus de position dominante.

95. L'exactitude de cette conclusion n'est pas infirmée par les allégations de HB.

91 — Voir arrêts Hoffmann-La Roche/Commission, précité dans la note 48 (point 89), et AKZO/Commission, précité dans la note 85 (point 149). Dans son arrêt du 1er avril 1993, BPB Industries et British Gypsum/Commission (T-65/89, Rec. p. II-389, point 68), le Tribunal a jugé que, «lorsque, comme en l'espèce, un opérateur dispose d'une forte position sur le marché, la conclusion de contrats de fourniture exclusive concernant une proportion importante des achats constitue une entrave inacceptable à l'entrée sur ce marché».

92 — Voir ci-dessus, points 74 et 75.

93 — Voir ci-dessus, point 73.

96. Cette partie prétend tout d'abord que la conclusion de contrats concernant les congélateurs qui comportent une clause d'exclusivité constitue une pratique constante des fournisseurs sur le marché concerné qui ne s'écarte pas d'une saine concurrence mais qui, au contraire, a un effet positif sur les conditions de concurrence. D'ailleurs, une interdiction éventuelle de ces contrats au motif qu'ils sont contraires à l'article 86 du traité obligerait HB à nuire à ses propres intérêts, ce qui n'est pas possible [94]. HB invoque également l'arrêt Bronner [95], dont elle déduit qu'une entreprise détenant une position dominante n'est pas obligée d'ouvrir le système de distribution de ses produits à la concurrence, même contre une rétribution raisonnable, dès lors que, premièrement, le refus d'accès n'a pas pour effet d'empêcher la concurrence de la part de l'entreprise qui demande cet accès, que, deuxièmement, ce refus d'accès peut être justifié objectivement et que, troisièmement, il existe une solution de rechange, actuelle ou potentielle. Enfin, HB prétend, d'une part, que les accords en question ne portent pas atteinte aux conditions de concurrence parce qu'ils ne lui assurent une exclusivité que pour un pourcentage négligeable des points de vente et, d'autre part, que son comportement est en tout cas objectivement justifié.

97. Nous ne contestons pas que les accords concernant les congélateurs constituent une pratique commerciale courante sur le marché en cause et que, d'un certain point de vue, ils sont avantageux pour les cocontractants. Toutefois, cette remarque ne suffit pas pour que les contrats en cause de HB ne soient pas considérés comme contraires à l'article 86 du traité; on pourrait éventuellement accepter leur existence sur des marchés caractérisés par des conditions de concurrence normales, mais pas dans le cas où, comme en l'espèce, la concurrence est déjà affaiblie, précisément à cause de la position dominante de HB. D'ailleurs, les allégations de HB n'infirment pas les constatations faites dans notre analyse ci-dessus, en particulier celle selon laquelle les contrats relatifs aux congélateurs de HB ne permettent pas à la concurrence de fonctionner naturellement, comme il convient dans le cas de la fourniture de biens de consommation.

98. En outre, s'il est vrai que l'application proposée de l'article 86 du traité peut priver HB de la possibilité de bénéficier de tous les avantages qu'elle tire de sa position sur le marché, toutefois, elle ne l'oblige pas à agir contre ses intérêts. Il est parfaitement légitime que la marge dont une société dispose pour ses choix stratégiques soit limitée en vertu de l'article 86, dans la mesure où une entreprise en position dominante a toujours une responsabilité particulière lui imposant de ne pas compromettre par son comportement l'existence d'une concurrence véritable et non faussée sur le marché commun.

94 — HB invoque les conclusions du membre du Tribunal M. Kirschner, qui a exercé les fonctions d'avocat général dans l'affaire Tetra Pak/Commission, (précité dans la note 90, point 63). Dans ces conclusions, il soutient qu'aucune société, même en position dominante, ne peut être contrainte de nuire à ses propres intérêts.

95 — Arrêt du 26 novembre 1998 (C-7/97, Rec. p. I-7791).

99. En outre, les conclusions auxquelles la Cour est parvenue dans l'arrêt Bronner [96] et le principe des «facilités essentielles» n'affectent pas la présente affaire. L'arrêt Bronner concernait le droit d'accès d'un concurrent à un réseau de distribution d'un autre concurrent, détenant une position dominante, lorsque la participation à ce réseau est présentée comme une facilité essentielle pour l'exercice de cette activité et pour l'existence de la concurrence. Le problème central qui nous occupe est différent; il concerne l'altération des conditions de concurrence par une clause d'exclusivité imposée aux détaillants pour la fourniture de produits comme condition d'attribution de congélateurs sans contrepartie directe. Le problème des facilités essentielles ne se pose pas dans la présente affaire [97].

100. En ce qui concerne l'argumentation de HB selon laquelle le pourcentage des détaillants liés par les clauses d'exclusivité litigieuses est négligeable, nous ferons remarquer que les critères sur la base desquels HB effectue ses calculs et aboutit à ladite conclusion ne sont pas corrects. HB ne semble pas inclure dans son analyse les détaillants qui ne possèdent que des congélateurs de HB mais déclarent que, pour des raisons purement personnelles et commerciales, ils ne sont de toute façon pas intéressés par la vente de glaces d'une autre marque. Ainsi que nous l'avons aussi expliqué dans le cadre de notre analyse de l'article 85, paragraphe 1, du traité, il faudra considérer tous les points de vente dans lesquels il n'y a que des congélateurs de HB comme étant de facto liés à HB en raison des accords relatifs à ces congélateurs [98]. Nous rappelons que, sur la base des données fournies par la juridiction de renvoi, 80 % des petits magasins irlandais vendent uniquement des glaces de HB et que, même s'ils le souhaitent, ils ne peuvent pas élargir leur gamme de produits, étant donné qu'ils sont équipés en congélateurs de HB.

101. En ce qui concerne l'argument relatif à la «justification objective» du comportement de HB, nous soulignons tout d'abord que la jurisprudence ne semble pas utiliser expressément cette notion lorsqu'elle interprète l'article 86 du traité. Malgré cela, nous sommes d'accord pour dire que l'on pourrait difficilement admettre qu'un comportement commercial objectivement justifié est aussi un comportement abusif [99]. Le caractère justifié ou non justifié du comportement est apprécié sur la base du principe de proportionnalité [100]. Une société qui détient une position dominante

96 — Précité dans la note 95.

97 — Plus précisément, dans l'arrêt Bronner, précité dans la note 95, la société d'édition qui détenait une position dominante avait créé un réseau de distribution qui n'empêchait pas un concurrent de créer son propre réseau de distribution. En outre, ce réseau n'empêchait pas les détaillants d'acquérir et de vendre d'autres journaux. En revanche, le réseau de distribution créé par HB et comportant les clauses d'exclusivité en cause, d'une part, empêche des concurrents de créer leur propre réseau et, d'autre part, empêche en fin de compte les détaillants de s'approvisionner en produits similaires d'une autre marque.

98 — Voir ci-dessus, point 84.

99 — Sous cet angle, le concept de justification objective apparaît comme un élément à prendre en considération pour déterminer si le comportement d'entreprises qui détiennent une position dominante a ou non un caractère abusif.

100 — En ce qui concerne le sens du principe de proportionnalité dans le cadre de l'article 86, voir l'analyse faite dans ses conclusions par le membre du Tribunal M. Kirschner, qui a exercé les fonctions d'avocat général dans l'affaire Tetra Pak/Commission (précitée dans la note 90, points 67 à 74); ces conclusions contiennent des références jurisprudentielles et doctrinales particulièrement utiles.

n'a pas le droit de soumettre la libre concurrence à des restrictions disproportionnées, même si les buts qu'elle poursuit sont tout à fait légitimes. En ce qui concerne les accords litigieux relatifs aux congélateurs, nous estimons que les répercussions négatives sur le fonctionnement du marché, dont il a été constaté plus haut qu'elles étaient graves, l'étendue des restrictions de la concurrence et l'impossibilité qui en résulte d'assurer les conditions d'une concurrence saine et normale font que le comportement de HB est d'emblée injustifiable [101]. Or, même si l'on n'admet pas cette «présomption d'abus», le comportement concerné de HB n'est pas objectivement justifié, parce qu'il introduit des obstacles et des distorsions à la libre concurrence qui excèdent le but poursuivi et ne sont pas nécessaires pour l'atteindre [102].

102. Nous aboutissons dès lors à la conclusion suivante: une entreprise qui fournit des glaces en conditionnement individuel et de consommation immédiate, qui détient une position dominante sur le marché en cause et qui, en incitant les détaillants à conclure des contrats avec elle pour la fourniture de congélateurs sans contrepartie directe mais à la condition que ces congélateurs soient utilisés exclusivement pour stocker des produits provenant de cette société, parvient, eu égard aux caractéristiques du marché, à s'attacher de facto un grand nombre de points de vente et, en outre, à restreindre une concurrence déjà affaiblie en ne laissant pas le marché fonctionner dans les conditions d'une saine concurrence a violé ses obligations au titre de l'article 86 du traité.

VI — La troisième question préjudicielle

103. La juridiction de renvoi demande dans quelle mesure la protection de la propriété, qui est assurée par l'article 222 du traité, empêche de mettre en cause les contrats litigieux concernant les congélateurs de HB sur la base des articles 85 et 86 du traité.

104. Il convient de répondre par la négative à cette question.

105. Nous rappellerons que le droit de propriété est assuré selon les principes

101 — Nous soulignerons que les conséquences négatives sur la concurrence sont soumises à une limite qui, si une société détenant une position dominante la franchit, a pour effet que son comportement est présumé abusif et injustifié.

102 — HB avance à cet égard une série d'arguments que nous avons déjà examinés dans le cadre de notre analyse concernant l'article 85, paragraphe 1, du traité. Plus précisément, elle estime que les contrats litigieux garantissent une meilleure promotion et disponibilité des produits, réduisent les frais de distribution, élargissent la couverture géographique des produits, permettent un fonctionnement plus efficace du système de distribution, mettent à la disposition des détaillants des congélateurs que, sinon, ils ne seraient pas en mesure d'acquérir, simplifient et facilitent les transactions dans la mesure où le coût du congélateur et des produits est inclus dans le prix global de la glace et sauvegardent les droits de propriété de HB sur les congélateurs.
En ce qui concerne ces arguments, nous ferons remarquer qu'il n'est pas établi que la fourniture d'un congélateur, sans contrepartie directe mais sous réserve de l'exclusivité, constitue le moyen unique et nécessaire pour atteindre ces buts. La suppression de l'exclusivité peut modifier l'ensemble du système des accords concernant les congélateurs et constituer, sous le seul point de vue commercial, une solution moins attrayante mais qui évite l'atteinte très grave aux conditions de concurrence qui résulte des contrats litigieux. Par conséquent, ces contrats sont contraires à l'article 86 du traité.

énoncés dans les Constitutions des États membres; ces règles nationales fondamentales établissent une distinction entre le noyau dur du droit, auquel il est en principe interdit de porter atteinte, et l'exercice de ce droit, qui peut être limité pour des raisons d'intérêt public dans la mesure où cela est nécessaire [103]. Nous ne contestons pas que les articles 85 et 86 du traité occupent une place importante dans l'économie de l'ordre juridique communautaire et servent l'intérêt public consistant à assurer une concurrence non faussée [104]. Par conséquent, il est tout à fait compréhensible que le droit de propriété soit soumis à des restrictions en vertu des articles 85 et 86 du traité, dans la mesure où elles sont nécessaires pour sauvegarder la concurrence. L'article 222 du traité ne peut en aucun cas être utilisé par les opérateurs comme une protection pour échapper à l'application des articles 85 et 86.

106. En l'espèce, les articles 85 et 86 du traité, tels qu'ils ont été interprétés plus haut, ne portent pas atteinte au noyau dur du droit de propriété de HB sur les congélateurs [105], mais ils limitent les clauses contractuelles édictées par HB en ce qui concerne la manière d'utiliser les congélateurs fournis aux détaillants, ces limites étant nécessaires pour sauvegarder les conditions de concurrence sur le marché concerné. Cette société peut rechercher une autre manière de protéger son patrimoine [106] sans imposer les clauses d'exclusivité; or, on ne peut pas invoquer l'article 222 du traité pour éviter de se conformer à ce qu'imposent l'interprétation et l'application correctes des articles 85 et 86.

103 — Voir arrêt du 13 décembre 1979, Hauer (44/79, Rec. p. 3727, point 18).

104 — L'article 3, sous g), du traité CE [devenu, après modification, article 3, paragraphe 1, sous g), CE] prévoit que, pour atteindre les buts de la Communauté, l'action de celle-ci comporte «un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur». Il nous paraît évident que cette action — dans laquelle s'inscrit aussi l'application des articles 85 et 86 — constitue un des aspects de l'intérêt public communautaire.

105 — Tel serait le cas si ces articles obligeaient HB à tolérer que ses congélateurs soient utilisés par des fournisseurs concurrents sans aucune contrepartie. Cette éventualité n'existe pas en l'espèce; HB n'est pas privée du droit de protéger son patrimoine, mais elle ne peut pas le faire par des contrats contraires aux articles 85 et 86.

106 — Elle peut par exemple vendre ou louer les congélateurs aux détaillants. Nous avons déjà souligné (voir ci-dessus, point 79) que la décision de HB d'attribuer les congélateurs, sans contrepartie directe, avec la clause d'exclusivité en cause ne constitue pas le seul moyen de garantir ses droits, découlant de la propriété des congélateurs, mais plutôt une opération de stratégie commerciale. D'autres méthodes peuvent être imaginées pour couvrir le coût de l'investissement dans les congélateurs, même sans la clause d'exclusivité.
HB affirme cependant que la solution de la location n'est pas réaliste, eu égard aux données du marché, alors que la revente des congélateurs lui causerait un préjudice. En admettant que cela soit vrai, cela n'infirme pas la conclusion à laquelle nous avons abouti par notre analyse. D'une part, ce n'est pas parce qu'un opérateur ne peut pas utiliser ses biens comme il le souhaite qu'il est privé de son patrimoine ou qu'il est porté atteinte au noyau dur de ses droits de propriété. D'autre part, le fait qu'il sera éventuellement obligé de subir un préjudice commercial au niveau de l'utilisation de son patrimoine ne suffit pas pour que nous interprétions les articles 85 et 86 du traité CE d'une manière différente; la responsabilité de ce préjudice doit exclusivement lui être imputée, ainsi qu'à son choix de mettre en place une politique commerciale contraire aux règles de concurrence.

VII — Conclusions

107. En conclusion, pour les raisons que nous avons exposées précédemment, notre analyse concernant les deuxième et troisième questions préjudicielles permet de répondre aux questions de droit communautaire qui ont été posées sans examiner le problème de la légalité et de la validité de la décision 98/531. À notre avis, la Cour peut de toute façon parfaitement s'abstenir de répondre à ces questions si elle estime qu'il n'est pas possible de trancher le litige au principal avant d'avoir examiné la validité de la décision 98/531, ce que, ainsi que nous l'avons exposé eu égard à la spécificité de l'affaire, le Tribunal fera dans le cadre du recours en annulation pendant devant lui. Toutefois, si la Cour estime qu'il faut répondre aux deuxième et troisième questions préjudicielles en appréciant également la validité de la décision 98/531, nous nous bornerons à titre subsidiaire à faire remarquer que cette décision, examinée sous l'angle du contrôle de légalité qui peut être effectué dans le cadre de la procédure de l'article 177 du traité, est correcte et que les accords litigieux concernant les congélateurs, conclus par HB et les détaillants irlandais, sont contraires aux articles 85 et 86 du traité.

VIII — Conclusion

108. Eu égard à ce qui précède, nous proposons à la Cour de répondre dans les termes suivants à la première question préjudicielle:

«La juridiction de renvoi n'est pas obligée de suspendre la procédure pendante devant elle et d'attendre la fin de la procédure d'annulation pour la seule raison qu'un recours a été formé devant le Tribunal contre la décision 98/531/CE de la Commission, du 11 mars 1998, relative à une procédure d'application des

articles 85 et 86 du traité (affaires n° IV/34.073, n° IV/34.395 et n° IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) [notifiée sous le numéro C(1998) 292]. Toutefois, une telle obligation existe si la solution du litige au principal suppose que le juge national sache si la décision litigieuse est ou non valide, dans la mesure où ce problème ne peut pas être soumis à la Cour par la voie de recours de l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE), mais sera examiné par le Tribunal dans le cadre de la procédure d'annulation pendante devant lui. À cet égard, la juridiction de renvoi doit éviter de rendre un arrêt qui irait à l'encontre de la décision 98/531, à moins que cette décision ait été annulée par la juridiction communautaire.»

Si la Cour estime qu'il y a lieu d'examiner les deuxième et troisième questions préjudicielles, nous proposons de répondre comme suit:

«Eu égard aux données juridiques et factuelles du marché en cause, un accord ou une pratique tels que ceux dont il s'agit dans l'affaire au principal sont contraires à l'article 85, paragraphe 1, du traité CE (devenu article 81, paragraphe 1, CE) lorsque trois conditions sont réunies: premièrement, en combinaison avec les accords ou pratiques similaires sur le même marché, ils empêchent de facto l'accès d'autres concurrents à une partie particulièrement importante des points de vente existants, conduisant ainsi à une fermeture du marché; deuxièmement, ils contribuent sensiblement à cette fermeture; troisièmement, cette restriction de la concurrence est de nature à affecter le commerce interétatique.

Une entreprise qui fournit des glaces en conditionnement individuel et de consommation immédiate, qui détient une position dominante sur le marché en cause et qui, en incitant les détaillants à conclure des contrats avec elle pour la fourniture de congélateurs sans contrepartie directe, mais à la condition que ces congélateurs soient uniquement utilisés pour stocker des produits provenant de cette société, parvient, eu égard aux caractéristiques du marché, à s'attacher de facto un grand nombre de points de vente et, en outre, à restreindre une

concurrence déjà affaiblie en ne laissant pas le marché fonctionner dans les conditions d'une saine concurrence, a violé ses obligations au titre de l'article 86 du traité CE (devenu article 82 CE).

La protection de la propriété, telle qu'elle est assurée par l'article 222 du traité CE (devenu article 295 CE), ne s'oppose pas à ce que des contrats d'exclusivité, tels que ceux dont la juridiction de renvoi connaît, soient considérés comme contraires aux articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité. »