# CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GIUSEPPE TESAURO

présentées le 16 juin 1994 *

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

1. Une clause, insérée dans le statut d'une coopérative d'achat de produits agricoles, en vertu de laquelle la société peut *exclure* les membres qui participent à des organisations concurrentes de ladite société, est-elle compatible avec les règles de concurrence du traité? Telle est, en substance, la question qui est au centre de la présente procédure.

## Les faits

2. Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA (ci-après la « DLG ») est une société coopérative danoise qui opère dans le secteur agricole. Constituée en 1969, par la fusion de trois associations d'exploitants agricoles, la DLG s'est bornée, dans un premier temps, à distribuer des produits de base pour l'agriculture à des associations locales (elles-aussi de nature coopérative) qui, à leur tour, exerçaient une activité de revente au détail en approvisionnant les agriculteurs. Au fil des ans, l'action de la DLG s'est progressivement diversifiée: l'activité commerciale, en réaction notamment contre des initiatives analogues prises par des sociétés concurrentes de nature non coopérative, s'est étendue à la vente au détail; en outre, l'éventail des prestations fournies par la DLG à ses adhérents s'est peu à peu élargi; il comprend actuellement non seulement la fourniture de différents produits de base (aliments pour animaux, céréales, engrais, produits phytosanitaires, semences, etc.) mais également la prestation d'une vaste gamme de services accessoires: services de transformation et commercialisation de certains produits agricoles (céréales), services financiers et en matière d'assurances, activités de recherche concernant les aliments pour animaux, la qualité et la résistance des espèces végétales.

La DLG comprend actuellement quatre catégories de membres:

— les membres A: exploitants agricoles individuels (environ 21 000);

— les membres B: associations locales d'agriculteurs (jusqu'en 1988, c'est-à-dire avant les modifications statutaires litigieuses, 50 associations locales étaient affiliées à la

* Langue originale: l'italien.

DLG; à la suite des faits de l'espèce au principal, 37 d'entre elles — comme nous le verrons plus en détail ci-après — ont été exclues de la DLG);

— les membres C et D: autres organisations agricoles, de nature et d'objet divers (coopératives de consommation, sociétés anonymes, institutions et associations), différentes de celles faisant partie des membres B.

3. La Landsforeningen af Andels Grovvarefereninger (Union nationale des associations coopératives spécialisées dans la distribution de produits de base pour l'agriculture, qui s'appelle depuis 1991 « Landsforeningen af lokale andel », ci-après la « LAG »), créée en 1975 à l'initiative de certains membres B de la DLG, est une association nationale composée de coopératives locales d'exploitants agricoles spécialisées dans la distribution de produits de base pour l'agriculture.

4. Afin de mieux appréhender les raisons qui sont à l'origine de la création de la LAG, ainsi que les circonstances faisant l'objet de la présente procédure, il nous semble utile de préciser certains éléments relatifs à l'évolution structurelle du système coopératif agricole au Danemark. En effet, au cours des années 70, deux tendances différentes se sont manifestées. D'une part, certaines associations locales d'exploitants agricoles, déjà affiliées à la DLG en qualité de membres B, ont fusionné avec la coopérative par voie d'absorption. Le nombre des associations locales s'est donc progressivement réduit de près de la moitié; en outre, l'incorporation dans la DLG d'une partie des associations opérant à un niveau local a permis à la DLG, ainsi qu'il a déjà été exposé, d'entamer une activité de vente au détail directe de produits de base pour l'agriculture.

D'autre part, un processus de regroupement d'associations locales entre elles s'est également produit au cours de la même période, avec cette conséquence que, du fait de l'augmentation de leur dimension, les associations locales ont de moins en moins dû recourir à la DLG en tant qu'intermédiaire pour l'achat de produits de base.

D'où la menace d'un important conflit d'intérêts à l'intérieur du secteur coopératif agricole au Danemark, avec, d'une part, la propension de la DLG à une intégration complète du processus de distribution, par l'absorption directe des associations locales et, d'autre part, la tendance d'une partie considérable des associations locales, désormais de taille à opérer de façon indépendante sur les marchés, à vouloir préserver leur autonomie commerciale tout en conservant la qualité de membres B de la DLG.

A partir de 1975 (date à laquelle l'obligation imposée aux membres B de la DLG de

s'approvisionner exclusivement auprès de la DLG a été levée), les associations locales ont commencé à effectuer des achats indépendants de produits de base auprès de fournisseurs autres que la DLG. En même temps, l'influence des membres B sur la gestion de la DLG a aussi diminué, puisque le nombre de voix attribuées à ces membres par le statut de la DLG (article 16, paragraphe 3) est proportionnel à la valeur des transactions conclues avec la société.

5. C'est précisément dans ce contexte que s'inscrit la création, en 1975, de la LAG par plusieurs associations locales, membres B de la DLG, qui avaient refusé l'incorporation complète dans la DLG. A l'origine, la LAG était une association professionnelle qui n'exerçait aucune activité de type commercial.

Toutefois, à partir du milieu des années 80, la LAG a entrepris, pour le compte de ses adhérents, des achats en commun de produits de base pour l'agriculture et, notamment, d'engrais et de produits phytosanitaires. Les membres de la LAG ont justifié ces achats parallèles en se fondant sur deux considérations: les prix de vente élevés que la DLG pratiquait à l'égard des associations locales et la concurrence, toujours plus forte, exercée par la DLG au niveau du commerce de détail (c'est-à-dire précisément le secteur dans lequel les associations locales opèrent).

6. Les achats réalisés par les membres B de la DLG par l'intermédiaire de la LAG ont eu pour effet d'affaiblir la situation financière et commerciale de la DLG. D'une part, la réduction du volume et de la valeur des transactions réalisées par la DLG avec une partie de ses membres a pesé sur la structure patrimoniale de la société; d'autre part, comme les prix d'achat des engrais et des produits phytosanitaires varient sensiblement en fonction des quantités demandées, la réduction du montant des achats effectués par la DLG a entraîné une détérioration des conditions commerciales, au détriment de la société et des autres membres.

7. Dans ces conditions, la DLG a décidé, en juin 1988, d'apporter certaines modifications à son statut. En particulier, il a été prévu que:

— la participation, à quelque titre que ce soit, à des associations, sociétés ou autres formes de coopération organisée se trouvant en situation de concurrence avec la DLG dans le domaine du commerce de gros des engrais et des produits phytosanitaires est incompatible avec la qualité de membre de catégorie B ou D;

— les membres qui se trouvent dans une telle situation d'incompatibilité doivent décider, au plus tard le 31 décembre 1988, soit de mettre fin à la participation à des organismes concurrents de la DLG, soit de se retirer de la DLG;

— les membres qui, après l'entrée en vigueur (le 1er janvier 1989) des dispositions précitées, se trouvent en situation d'incompatibilité peuvent être exclus de la DLG par décision de la direction de la société;

— les membres de catégorie B et D conservent la faculté d'effectuer des achats d'engrais et de produits phytosanitaires en dehors de la filière DLG, à condition toutefois que ces achats soient réalisés directement et non moyennant la participation à des organisations concurrentes de la DLG.

En même temps, les dispositions relatives au droit de retrait ont été aussi modifiées afin que celui-ci puisse s'exercer selon des échéances non plus décennales mais quinquennales.

8. Les modifications statutaires susmentionnées ont été soumises à l'examen aussi bien de la Commission que des autorités nationales de concurrence. La Commission, après avoir demandé à la DLG certaines précisions quant à la portée des nouvelles dispositions statutaires, n'a adopté aucune décision au fond (en réponse à une question de la Cour, la Commission a fait savoir qu'elle se proposait d'attendre la conclusion de la présente procédure pour adopter, le cas échéant, une décision d'attestation négative).

Les autorités nationales de concurrence — l'office danois de contrôle des monopoles (Monopoltilsynet) et le conseil danois des monopoles (Monopolrad) —, tout en précisant que les modifications statutaires en question étaient susceptibles d'avoir des conséquences pour la concurrence entre la DLG et d'autres opérateurs indépendants, tels que la LAG, et en se réservant de continuer à suivre l'évolution des marchés concernés, n'ont relevé aucune infraction à la réglementation nationale de la concurrence. Il convient, en outre, de souligner que, après le 31 décembre 1989, suite à une modification de la législation nationale, la DLG a cessé d'être enregistrée en tant qu'entreprise en position dominante au sens de la réglementation danoise sur les monopoles.

9. En mars 1989, peu de temps après la notification à la DLG des décisions prises par les autorités nationales de concurrence, 37 associations locales (sur 50), membres B de la DLG, qui avaient refusé de se plier aux nouvelles dispositions statutaires et qui n'avaient, par ailleurs, pas exercé la faculté de retrait volontaire dont elles disposaient, ont été exclues de la DLG.

Conformément à une décision de la direction de la DLG, la mesure prise à leur encontre a toutefois été appliquée non pas aux conditions plus sévères (perte du droit à la restitution du capital coopératif) valables en matière d'exclusion, mais à celles applicables en matière de retrait volontaire de la société.

## Les questions préjudicielles

10. La légalité des modifications statutaires que nous venons de décrire a été contestée en justice par les associations exclues. Les parties demanderesses ont, en outre, demandé que la DLG soit condamnée à verser des dommages et intérêts au titre du préjudice résultant de l'exclusion de la coopérative.

La juridiction saisie a ensuite décidé de surseoir à statuer et de déférer à la Cour dix-sept questions préjudicielles. En reprenant le plan que le juge rapporteur a suivi dans le rapport d'audience, les questions peuvent être articulées en cinq points.

1) La dérogation au régime général de la concurrence, prévue à l'article 2 du règlement n° 26/62 [1], s'applique-t-elle aux produits phytosanitaires, compte tenu de ce que ces derniers sont visés par la directive 91/414/CEE [2]?

2) Les modifications susmentionnées apportées au statut de la DLG constituent-elles une restriction sensible de la concurrence tombant sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité, dans la mesure où:

a) elles ont pour but de prévenir le risque de divulgation d'informations confidentielles;

b) elles ont été approuvées contrairement à l'avis exprimé par les membres B de la coopérative;

c) les membres B exclus ont été assimilés à des membres ayant exercé le droit de retrait;

d) les membres B exclus ont été en mesure de pérenniser leur activité dans le secteur des engrais et des produits phytosanitaires et, en 1990, de détenir globalement une part du marché danois des produits de base analogue à celle de la DLG;

e) dans le litige au principal, les demanderesses ont entre autres soutenu qu'elles avaient droit à une part du patrimoine indivis de la DLG, sans

1 — Règlement n° 26 du Conseil, du 4 avril 1962, portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles (JO 1962, 30, p. 993).

2 — Directive 91/414/CEE du Conseil, du 15 juillet 1991, concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques (JO L 230, p. 1).

toutefois exiger leur réintégration au sein de la DLG;

h) les modifications statutaires en question prévoient la possibilité pour les membres B d'acheter les engrais et les produits phytosanitaires tant à titre individuel qu'en tant que groupement d'achat formé ad hoc pour un lot particulier de marchandises;

i) les modifications statutaires en question prévoient la possibilité pour les membres B d'acheter des engrais et des produits phytosanitaires en faisant appel à la DLG comme mandataire pour l'achat, sans que cette opération donne lieu à la réalisation de bénéfices pour la DLG;

j) les modifications statutaires en question ne s'opposent pas à ce que les associations locales, non membres de la DLG, achètent auprès de la DLG l'ensemble de la gamme des produits de base pour l'agriculture vendus par la DLG aux conditions de gros normales;

k) les modifications statutaires en question se limitent aux seuls engrais et produits phytosanitaires, lesquels représentent environ 15% du chiffre d'affaires global de la DLG;

l) des éléments de fait concernant, notamment, l'existence et les ventes de produits de substitution, ainsi que le chiffre d'affaires et les parts de marché de la DLG, de la LAG et des autres concurrents ont ou n'ont pas été portés à la connaissance de la juridiction de renvoi?

3) Les modifications statutaires litigieuses sont-elles susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, au sens des articles 85, paragraphe 1, et 86, compte tenu du fait que les achats d'engrais et de produits phytosanitaires effectués par la LAG proviennent, en partie, de pays tiers?

4) La juridiction nationale peut-elle, et à quelles conditions, interpréter et appliquer l'article 85, paragraphe 3, dans le cas où l'accord en question a été notifié à la Commission en vue d'obtenir une attestation négative ou une exemption?

5) La DLG, qui détient 36 % du marché des engrais et 32 % du marché des produits

phytosanitaires peut-elle être considérée comme occupant une position dominante sur ces marchés et, dans l'affirmative, la DLG a-t-elle abusé de cette position, eu égard à la circonstance qu'elle a été enregistrée en tant qu'entreprise dominante, en application de la législation nationale danoise, jusqu'à l'introduction des modifications législatives en janvier 1990 et que le conseil danois des monopoles, après avoir examiné en 1989 la compatibilité des modifications statutaires dont il s'agit au regard de la réglementation nationale sur les monopoles, n'a relevé aucune infraction à cette réglementation?

11. Il convient de souligner que ni l'ordonnance de renvoi, ni les autres pièces du dossier ne fournissent un exposé précis et exhaustif de la situation des marchés concernés. Aux fins de la présente analyse — et sans préjudice des constatations ultérieures qu'il incombera au juge national d'effectuer — nous nous bornerons à rappeler les éléments suivants.

La commercialisation d'engrais et de produits phytosanitaires représente environ 15 % du chiffre d'affaires total de la DLG et de la LAG.

A l'époque des modifications statutaires (en 1988), la DLG détenait une part de marché d'environ 36 % dans le secteur de la distribution des engrais. La part de marché de la LAG correspondait à environ 10 %. Pour le reste, le marché était réparti entre des opérateurs économiques, à caractère non coopératif, dans les proportions suivantes: KFK 23 %; Superfos 14 %; autres 17 %. Il semble que des parts de marché relativement comparables étaient détenues dans le sous-secteur des engrais de type NPK (à forte teneur en azote) qui sont spécialement adaptés aux exigences de l'agriculture danoise (40 % de la consommation totale d'engrais).

En ce qui concerne la distribution de produits phytosanitaires, on sait seulement que la DLG disposait, en 1988, d'une part de marché correspondant à environ 32 %.

Enfin, il convient de rappeler qu'en 1990 la LAG avait réussi à acquérir, dans le domaine de la distribution des produits de base pour l'agriculture, une part de marché sensiblement équivalente à celle de la DLG.

1) *Les engrais et les produits phytosanitaires relèvent-ils du champ d'application de la dérogation prévue par le règlement n° 26/62?*

12. Aux termes de l'article 42 du traité, les dispositions du chapitre relatif aux règles de

concurrence ne sont applicables à la production et au commerce des *produits agricoles* que dans la mesure déterminée par le Conseil. L'article 38, paragraphe 1, prévoit que par *produits agricoles* on entend les produits du sol, de l'élevage et de la pêcherie, ainsi que les produits de première transformation qui sont en rapport direct avec ces produits; l'article 38, paragraphe 3, précise, en outre, que les produits qui sont soumis aux dispositions des articles 39 à 46 inclus sont énumérés à la liste qui fait l'objet de l'annexe II du traité.

En application de l'article 42, le Conseil a arrêté le règlement n° 26/62 qui limite, sous certaines conditions, l'application de l'article 85, paragraphe 1 (et non de l'article 86), aux accords relatifs à « la production ou au commerce des produits énumérés à l'annexe II du traité ».

A propos de la portée de la dérogation prévue par le règlement n° 26/62, la Cour a déclaré que cette dérogation n'est pas applicable à « un produit qui ne relève pas de l'annexe II, même s'il constitue une matière auxiliaire à la production d'un autre produit qui relève, quant à lui, de cette annexe » [3].

Le règlement s'applique donc strictement aux *seuls* produits mentionnés dans l'annexe II, produits qui, à l'évidence, ne comprennent pas les engrais et les produits phytosanitaires.

Quant à la circonstance — invoquée par la DLG — que le Conseil a adopté, sur la base de l'article 43 (disposition qui constitue le fondement juridique des actes de politique agricole), une directive en matière de produits phytosanitaires, il est clair qu'elle est sans importance. En effet, d'une part, une directive du Conseil ne saurait avoir pour effet d'étendre — de surcroît implicitement — la portée d'un régime dérogatoire qui est d'interprétation stricte et dont les limites d'application sont formellement définies à l'article 42 du traité et par les dispositions spécifiques pertinentes du règlement n° 26/62. D'autre part, rien n'exclut que l'article 43 puisse se voir reconnaître une portée matérielle différente, et plus importante, que celle de l'article 42: alors que l'article 42 est une disposition dérogatoire, d'interprétation stricte, prévoyant la possibilité de soustraire la production et le commerce des produits agricoles aux règles communes de concurrence, l'article 43 est la disposition générale qui attribue au Conseil le pouvoir d'adopter les actes de politique agricole nécessaires pour réaliser les objectifs visés à l'article 39; rien ne s'oppose donc à ce que le Conseil, en vue d'atteindre les buts prévus à l'article 39, adopte (comme ce fût d'ailleurs le cas [4]) des mesures qui concernent ratione materiae des produits simplement auxiliaires ou accessoires à la production et au commerce des produits agricoles visés à l'annexe II.

3 — Arrêt du 25 mars 1981, Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek/Commission (61/80, Rec. p. 851).

4 — Voir arrêt du 23 février 1988, Royaume-Uni/Conseil (131/86, Rec. p. 905), dans lequel la Cour a déclaré que la directive 86/113/CEE du Conseil, qui établissait les dimensions et autres normes auxquelles doivent répondre les cages de poules pondeuses (produit manifestement non inclus dans l'annexe II), s'inscrivait dans la sphère de compétence définie à l'article 43.

2) *Les modifications statutaires litigieuses ont-elles pour objet ou pour effet de fausser la concurrence?*

Les thèses en présence et schéma d'analyse

13. La compatibilité des clauses litigieuses avec l'article 85, paragraphe 1, est, ainsi qu'il a été exposé, la question centrale qui se pose en l'espèce. En résumé, les thèses avancées peuvent être exposées comme suit. Selon la DLG, la « fidélité » du membre vis-à-vis de la coopérative est un élément caractéristique de cette forme d'organisation sociale et constitue la contrepartie normale des avantages que le membre tire de la participation à une société coopérative. La stipulation d'un motif spécifique d'exclusion du membre qui effectue des achats à l'extérieur de la coopérative, en participant à des organisations faisant concurrence à cette coopérative, doit par conséquent être regardée comme la réaction logique de la société contre des actes susceptibles de compromettre sa solidité financière ainsi que son efficacité commerciale et ne revêt de ce fait aucune importance au regard de l'article 85, paragraphe 1.

Les demanderesses au principal soutiennent, par contre, que les clauses litigieuses comportent une limitation importante et arbitraire de la liberté d'action commerciale du sociétaire. Cette restriction, qui serait clairement destinée à consolider la position de puissance occupée par la DLG sur le marché de la distribution des produits dont il s'agit, réduirait encore la concurrence entre la DLG et les tiers. Les demanderesses au principal soulignent, en outre, que la jurisprudence de la Cour et la pratique de la Commission ont constamment reconnu et protégé la liberté des membres d'une organisation d'achats en commun, ayant ou non le caractère d'une société coopérative, d'opérer sur le marché de manière indépendante, en entrant en concurrence avec cette même organisation. En particulier, il résulterait de la jurisprudence et de la pratique que les organisations d'achats en commun sont considérées comme compatibles avec les règles de concurrence, en ce sens qu'elles ne tombent pas sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, à la seule condition qu'une pleine liberté d'action commerciale soit garantie aux affiliés [5]; une restriction conventionnelle de cette liberté, de portée limitée, peut, le cas échéant, bénéficier d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, mais reste en principe dans le champ d'application de l'article 85, paragraphe 1 [6]; par contre, il y a lieu de considérer comme interdites les stipulations telles que les clauses de « fidélité » du type de celles visées en l'espèce, qui suppriment la faculté d'effectuer des achats indépendants [7].

5 — Voir, par exemple, la décision SOCEMAS du 17 juillet 1968 (JO L 201, p. 4), et la décision Intergroup du 14 juillet 1975 (JO L 212, p. 23).

6 — Voir notamment la décision National Sulphuric Acid Association du 9 juillet 1980 (JO L 260, p. 24), dans laquelle la Commission a exempté un groupement d'achat de soufre, formé par les principaux producteurs britanniques d'acide sulfurique (groupement sans but lucratif dont les membres pouvaient se retirer annuellement) après en avoir apprécié l'impact sur les différents marchés concernés et compte tenu du fait que les membres du groupement avaient souscrit un engagement d'approvisionnement exclusif qui ne portait que sur 25 % de leurs besoins.

7 — Voir la décision Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek du 5 décembre 1979 (JO 1980, L 51, p. 19), confirmée par la Cour dans l'arrêt y afférent, précité, et la décision Hudson's Bay du 28 octobre 1988 (JO L 316, p. 43), confirmée par le Tribunal dans l'arrêt du 2 juillet 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Commission (T-61/89, Rec. p. II-1931). Les deux cas avaient pour objet des engagements de « fidélité » souscrits par les membres de sociétés coopératives agricoles.

La Commission, quant à elle, reconnaît que les clauses litigieuses sont destinées à dissuader les membres de la coopérative de participer à des organisations concurrentes et qu'elles sont donc susceptibles de restreindre la concurrence entre la DLG et les tiers. Elle soutient toutefois que cette restriction n'est pas sensible et n'est, dès lors, pas incompatible avec l'article 85, paragraphe 1. La Commission n'indique cependant pas dans ses observations, à vrai dire très succinctes, sur la base de quels critères il serait possible de parvenir à cette conclusion.

Il ressort des arguments avancés par les parties au principal qu'en l'espèce deux intérêts opposés sont en conflit: d'une part, l'intérêt de la société, et de ses membres « fidèles », à se protéger vis-à-vis des membres dont les actes sont objectivement en contradiction avec les finalités mêmes en vue desquelles la société a été constituée; d'autre part, l'intérêt des membres à conserver autant que possible leur autonomie et à se réserver, dès lors, la possibilité de s'adresser, ou de participer, à des organisations concurrentes de la coopérative.

Disons d'emblée que la pratique administrative et jurisprudentielle, dont les demanderesses au principal fournissent une synthèse précise et exhaustive, semble, du moins à première vue, donner la prééminence au second intérêt par rapport au premier. Toutefois, en y regardant de plus près, une conclusion différente semble se justifier. En effet, il nous paraît possible d'affirmer que, dans les cas où l'organisation d'achats en commun répond, en tant que telle, aux exigences de protection de la concurrence, il faut aussi reconnaître à cette organisation la faculté de déterminer si et comment elle doit se protéger contre certains comportements des membres réputés incompatibles avec l'intérêt commun, et ce pour la simple raison qu'une certaine limitation de l'autonomie du particulier peut être tenue pour *inhérente* au fait même de sa participation à une forme quelconque d'entité économique organisée. La protection de l'intérêt général ne saurait cependant revêtir un caractère absolu: en présence de *certaines circonstances* de droit et de fait, la protection de l'autonomie du particulier pourra se révéler indispensable pour éviter l'émergence de situations qui compromettent le bon fonctionnement du marché.

Dans cette perspective, la présente analyse abordera les points suivants:

— les critères énoncés par la Cour en ce qui concerne l'application de l'article 85, paragraphe 1;

— la compatibilité d'une coopérative agricole d'achat, telle que la DLG, avec les exigences de protection de la concurrence;

— les raisons pour lesquelles les clauses litigieuses n'ont pas d'*objet* anticoncurrentiel au sens de l'article 85, paragraphe 1;

— les circonstances en présence desquelles les clauses litigieuses pourraient produire des *effets* anticoncurrentiels au sens de l'article 85, paragraphe 1.

Les critères énoncés par la Cour en ce qui concerne l'application de l'article 85, paragraphe 1

14. L'article 85, paragraphe 1, interdit les accords qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

15. Quant à la ratio de cette disposition, la Cour a précisé que les exigences de protection de la concurrence que la réglementation vise à satisfaire ne sauraient être définies en termes abstraits, mais en fonction du contexte réel dans lequel s'inscrit le comportement d'une entreprise. La concurrence non faussée visée aux articles 3 et 85 du traité implique en effet l'existence sur le marché d'une concurrence efficace (*workable competition*), c'est-à-dire la dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs du traité et, en particulier, la formation d'un marché unique réalisant des conditions analogues à celles d'un marché intérieur; cette exigence admet que la nature et l'intensité de la concurrence puissent varier en fonction des produits ou des services en cause et de la structure des marchés sectoriels concernés [8].

16. En outre, selon une jurisprudence constante, afin d'apprécier si un accord déterminé tombe sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 85, paragraphe 1, il convient de procéder à une analyse en deux phases successives [9].

Dans un premier temps, il faudra vérifier si l'accord comporte, de par son *objet*, une restriction de concurrence. A cet effet, il sera indispensable d'examiner les buts poursuivis par l'accord en tant que tel, à la lumière du contexte économique dans lequel il doit être appliqué [10]. Si l'accord a pour objet de restreindre la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, il y a lieu de le considérer en tout cas comme interdit, sans qu'il soit nécessaire d'en examiner les effets [11].

8 — Arrêt du 25 octobre 1977, Metro/Commission (26/76, Rec. p. 1875).

9 — Arrêts du 30 juin 1966, Technique minière (56/65, Rec. p. 337 de la version française), et du 28 février 1991, Delimitis (C-234/89, Rec. p. I-935).

10 — Arrêt du 28 mars 1984, CRAM et Rheinzink/Commission (29/83 et 30/83, Rec. p. 1679).

11 — Arrêt du 27 janvier 1987, Verband der Sachversicherer/Commission (45/85, Rec. p. 405).

Au cas où l'objet de l'accord ne serait pas anticoncurrentiel, il conviendra d'aborder une seconde phase d'analyse, en prenant en considération les *effets* que l'accord est, en fait, susceptible de produire sur le jeu de la concurrence. En pareil cas, l'accord sera considéré comme interdit lorsqu'il apparaît qu'il est susceptible de restreindre la concurrence de façon *sensible* [12]. Nous rappelons, en outre, que le critère général pour apprécier si un accord a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence consiste à examiner quel aurait été le jeu de la concurrence dans le cadre du marché considéré en l'absence de l'accord en question [13].

Selon ce schéma d'analyse, seront considérés comme interdits, de par leur objet, les accords qui, envisagés en termes objectifs et abstraits, ont pour seule fonction de restreindre le libre jeu de la concurrence entre les parties, ou entre les parties et les tiers concurrents, d'une façon jugée incompatible avec le marché commun. Nous pensons, par exemple, à une entente qui réalise un cloisonnement des marchés, qui contingente la production ou qui définit les prix de vente, ou à une clause insérée dans un contrat de distribution, qui interdit les importations ou les exportations du produit contractuel à l'intérieur du marché commun ou qui impose les prix de revente dudit produit.

Par contre, les accords susceptibles de remplir une fonction plus complexe seront regardés comme n'ayant pas un objet anticoncurrentiel. Cela vaut pour les clauses qui font partie intégrante du contenu d'un contrat déterminé et qui contribuent de cette manière à déterminer la base et l'équilibre des rapports juridiques entre les parties. En effet, selon une orientation jurisprudentielle assez bien définie, pour établir si une clause déterminée a un objet anticoncurrentiel, au sens de l'article 85, paragraphe 1, il convient d'en examiner la fonction au sein des rapports contractuels dans lesquels elle s'insère. Dans cette perspective, la Cour considère normalement comme n'ayant pas un objet anticoncurrentiel les clauses qui sont en principe *nécessaires* pour qu'un contrat, qui n'affecte pas en tant que tel la concurrence, puisse assumer pleinement la fonction juridique et économique qui le caractérise. La Cour a, par exemple, considéré comme n'étant pas contraires à l'article 85, paragraphe 1, de par leur objet (et sous réserve, bien entendu, qu'il n'y ait pas d'effets anticoncurrentiels en fonction de circonstances particulières):

— la clause de non-concurrence, incluse dans un contrat de cession d'entreprise (contrat qui par lui-même a, selon la Cour, pour effet de dynamiser le fonctionnement du marché), dans la mesure où cette clause, à condition qu'elle ne soit pas de durée disproportionnée, peut être considérée comme nécessaire pour garantir l'effectivité de la cession [14];

12 — Arrêt Technique minière, précité.

13 — Arrêt Technique minière, précité.

14 — Arrêt du 11 juillet 1985, Remia/Commission (42/84, Rec. p. 2545).

— la clause d'approvisionnement exclusif et la clause de non-concurrence, insérées dans un contrat de franchise, dans la mesure où elles sont indispensables pour que le contrat puisse pleinement remplir sa fonction typique [15];

— la clause de non-contestation, incluse dans un contrat de licence de brevet (à titre gratuit), dans la mesure où — ainsi qu'il résulte des conclusions de l'avocat général — elle est déterminante pour « l'équilibre d'un accord n'ayant ni pour objet ni pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence » [16];

— la clause d'approvisionnement exclusif, insérée dans un contrat de brasserie, dans la mesure où elle est inhérente à cette forme de coopération entre vendeur et fournisseur, fondée sur une convergence d'intérêts pour la promotion des ventes du produit, qui caractérise ce type particulier de contrat [17].

D'autre part, ainsi qu'il a été déjà précisé, la circonstance qu'un accord n'a pas un objet anticoncurrentiel ne signifie pas que, compte tenu du contexte économique particulier dans lequel il est destiné à s'inscrire, il ne soit pas susceptible de produire des *effets* incompatibles avec le fonctionnement correct de la concurrence dans le marché commun. Rien n'exclut, par conséquent, qu'un accord qui n'a pas d'objet anticoncurrentiel puisse, dans le cadre d'une certaine situation de marché, être considéré comme incompatible avec le marché commun, alors que le même accord, placé dans le cadre d'une situation de marché différente, sera considéré comme satisfaisant aux exigences de protection de la concurrence. Aux fins de cette analyse, il faudra notamment tenir compte [18] du degré de concurrence, actuel et potentiel, existant sur le(s) marché(s) en cause indépendamment de l'accord en question, ainsi que de la circonstance que ledit accord contribue ou non de manière significative à restreindre davantage le jeu de la concurrence sur ce(s) marché(s).

En résumé, l'analyse de l'objet et celle de l'effet diffèrent donc nettement [19]. La première est destinée à apprécier, de façon abstraite, la fonction objective d'une stipulation donnée dans le contexte contractuel dans lequel elle s'insère. La seconde, au contraire, tend à établir si, en fait, un accord qui n'a pas un objet anticoncurrentiel est néanmoins susceptible, du fait de la situation de marché spécifique dans laquelle il est appliqué, de

15 — Arrêt du 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris (161/84, Rec. p. 353).

16 — Arrêt du 27 septembre 1988, Bayer (65/86, Rec. p. 5249).

17 — Arrêt Delimitis, précité.

18 — Voir principalement l'arrêt Delimitis, précité.

19 — Il convient d'ailleurs de souligner que cette distinction n'est normalement pas appliquée par la Commission qui, dans ses décisions, procède d'habitude à une appréciation globale, à l'issue de laquelle elle se borne à affirmer qu'un accord donné enfreint ou non l'article 85, paragraphe 1. Dans la jurisprudence, la distinction est en revanche nettement affirmée, du moins en principe. L'application du principe paraît cependant moins précise. L'arrêt Delimitis, précité, fournit un exemple clair — peut-être le plus clair — d'application du schéma d'analyse fondé sur la distinction entre objet et effet.

restreindre de façon sensible le jeu de la concurrence dans le marché commun.

Nous rappelons enfin que les restrictions de concurrence résultant éventuellement des dispositions qui régissent les rapports entre une société coopérative et ses membres sont soumises aux règles visées aux articles 85 et suivants [20].

La compatibilité d'une coopérative agricole d'achat, telle que la DLG, avec les exigences de protection de la concurrence

17. Passons à l'application au cas d'espèce du modèle d'analyse qui vient d'être esquissé. Il convient en premier lieu de souligner que les clauses statutaires litigieuses font partie du statut d'une coopérative agricole qui a, entre autres, pour mission d'acheter et de distribuer à ses membres des produits de base pour l'agriculture (spécialement des engrais et des produits phytosanitaires).

Dans ce contexte, les clauses litigieuses prévoient un motif spécifique d'exclusion à l'encontre de certaines catégories de membres qui décident d'opérer sous forme organisée en effectuant des achats auprès d'organismes tiers, concurrents de la coopérative [21].

18. Cela dit, il convient d'ajouter que la constitution d'une coopérative d'achat, telle que la DLG, réalise une forme de coopération entre entreprises (ou associations d'entreprises) qui répond à des exigences typiques du secteur agricole et qui, pour cette raison, est considérée d'un oeil favorable tant par le législateur national que par les autorités communautaires. Cette forme de coopération en matière d'achats améliore l'efficacité des entreprises et contribue, par conséquent, à l'existence d'une concurrence

20 — Voir les arrêts Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek, précité, et Dansk Pelsdyravlerforening, précité.

21 — Il convient de relever que les clauses litigieuses, qui introduisent un motif spécifique d'exclusion du membre qui effectue des achats (d'engrais et de produits phytosanitaires) en participant à des organismes concurrents de la coopérative, se différencient de clauses telles que celles de non-concurrence ou d'obligation d'achat exclusif (une obligation d'achat exclusif, ainsi qu'il a été exposé, était prévue dans le statut de la DLG jusqu'en 1975) dans la mesure où, à la différence de ces dernières, elle ne prévoit pas une *obligation* spécifique de ne pas faire ou de faire (obligation qui, quant à elle, pourrait être sanctionnée, en cas de violation, non seulement par une action prohibitive mais également en responsabilité contractuelle à l'encontre du membre en infraction). Cette différence ne présente cependant guère d'intérêt en pratique. Dans les sociétés coopératives, la violation des obligations incombant aux membres, et notamment de celles que nous pourrions définir en termes généraux comme les obligations de « fidélité » du membre vis-à-vis de la coopérative (non-concurrence, exclusivité d'achat, exclusivité de vente), se trouve normalement sanctionnée (indépendamment d'autres voies de recours) précisément du fait de l'exclusion du sociétaire concerné, exclusion qui en règle générale comporte des conséquences financières défavorables pour ce dernier. Ainsi, que la société impose une obligation spécifique de « fidélité » du sociétaire, dont l'inexécution entraîne l'exclusion, ou qu'elle ne prévoie pas d'obligation de ce genre, en se réservant toutefois la faculté d'exclure les membres « infidèles », revient en fait au même: dans les deux cas, l'exclusion représente la sanction de comportements que le statut qualifie d'incompatibles avec les intérêts de la société et des membres en général.
En réponse à une question qui lui avait été adressée par la Commission, la DLG a d'ailleurs expressément confirmé que les clauses litigieuses avaient précisément pour objectif de dissuader les sociétaires (les membres B) de participer à des organisations concurrentes de la coopérative. Sur le plan fonctionnel, il est donc clair que les clauses litigieuses étaient destinées à poursuivre l'objectif de fidélité qui caractérise également les clauses de non-concurrence ou d'achat exclusif.

efficace entre elles au sens de la jurisprudence Metro susmentionnée.

En effet, la coopérative, en procédant à des achats en commun de produits de base pour l'agriculture peut compenser, notamment dans certains secteurs, la force contractuelle manifestée par les producteurs-fournisseurs. Cela est particulièrement vrai dans des secteurs tels que celui des engrais et des produits phytosanitaires, dans lesquels la production est concentrée, au niveau mondial, sur un nombre relativement limité d'entreprises et pour lesquels il est établi que les prix de vente peuvent varier considérablement en fonction des quantités demandées. Dans ces conditions, la création d'une coopérative d'achat constitue la riposte naturelle à la force contractuelle de l'offre, étant donné qu'elle améliore les conditions commerciales au profit de la demande.

En outre, eu égard à sa nature d'entreprise coopérative, il y a tout lieu de penser que les gains d'efficacité réalisés par la société en matière d'achat des produits de base seront, en principe, intégralement transférés en aval, aux différents membres, sous forme de ristourne sur les prix de vente, de distribution de dividendes, ou de sommes attribuées à un autre titre, à la clôture de l'exercice annuel.

D'autre part, la coopération en matière d'achat de produits de base ne risque pas non plus de donner lieu, dans le secteur considéré, à une restriction de concurrence effective dans les rapports entre les membres de la coopérative. En effet, ainsi qu'il a été exposé, le marché des engrais et des produits phytosanitaires est dominé, au niveau mondial, par un cercle restreint de producteurs, vis-à-vis desquels les exploitants agricoles individuels, voire les associations locales d'agriculteurs, se trouvent en situation de *faiblesse contractuelle endémique*. Il s'ensuit que, en l'absence de coopératives d'achat de dimension respectable, telles que la DLG, les exploitants agricoles, ou les associations locales, auraient à *subir* les décisions des producteurs ou des courtiers indépendants; sans l'intervention de la coopérative, ils devraient donc supporter des prix d'achat en moyenne plus élevés, tout en n'ayant aucune possibilité effective de faire jouer une plus grande concurrence pour la fourniture des produits en question.

Nous pouvons donc conclure, sur ce point, que la création d'une coopérative d'achat répond à des exigences particulières du secteur agricole et, dans le cadre de ce secteur, elle contribue à améliorer aussi bien la distribution des produits de base que l'activité de production agricole elle-même, sans comporter, d'autre part, le risque d'affaiblir effectivement la concurrence (comprise, conformément à la jurisprudence Metro, précitée, comme une concurrence efficace) entre les entreprises (ou associations d'entreprises) participant à la coopération en matière d'achats.

Sur l'objet des clauses litigieuses au regard de l'article 85, paragraphe 1.

19. Il convient ensuite de souligner que, dans une coopérative agricole d'achat, la stipulation de clauses statutaires excluant de la société les membres qui effectuent des achats en dehors de la coopérative et en concurrence avec celle-ci, constitue en principe un *élément cohérent avec l'exigence d'assurer le fonctionnement correct de la société.*

La finalité de la coopération en matière d'achats, qui réside dans l'avantage, garanti aux membres, de bénéficier, quel que soit leur apport en capital, de prix d'achat moins élevés, risque en fait d'être compromise par le fait que différents membres opèrent à leur compte, en dehors de la coopérative et en concurrence avec elle. Ce type de comportement, en premier lieu, affaiblit la structure financière de la société, puisque la coopérative effectue des transactions exclusivement ou principalement avec les membres, et non pas avec les tiers, ce qui implique que son chiffre d'affaires dépend du volume des transactions conclues entre les membres et la société et, partant, de la plus ou moins grande « fidélité » des membres vis-à-vis de la société. D'autre part, en entamant l'assise commerciale de la société, ce comportement détériore les conditions d'achat dont celle-ci peut bénéficier sur les marchés, ce qui, s'agissant notamment de produits dont le prix varie considérablement en fonction du volume des commandes, se traduit par une augmentation de coût pour la coopérative et, indirectement, pour les membres qui continuent à s'approvisionner auprès d'elle. Il existe donc une contradiction manifeste entre la qualité de membre d'une coopérative d'achat et le fait de participer en même temps à des organisations d'achat concurrentes.

Sous cet aspect, par conséquent, les clauses litigieuses visent exclusivement à ce que la société puisse s'appuyer sur l'assise commerciale la plus large possible afin de pouvoir exercer efficacement la fonction coopérative qui est sa raison d'être. Dans cette perspective, elles tendent simplement à empêcher qu'un sociétaire puisse, d'une part, être membre de la coopérative, en bénéficiant des prestations qui lui paraissent les plus utiles, et, d'autre part, adopter des comportements (procéder à des achats indépendants) qui sont en nette contradiction avec les objectifs mêmes (procéder à des achats en commun) pour lesquels la société a été constituée.

Il y a donc lieu d'estimer que, en prévoyant l'exclusion des membres qui participent à des organisations en concurrence avec la coopérative, les clauses litigieuses, bien qu'elles comportent à l'évidence une limitation de la liberté d'action des membres, constituent une *forme normale de protection statutaire concernant des situations de conflit d'intérêts* et ne présentent pas, de ce fait, un objet anticoncurrentiel au sens de l'article 85, paragraphe 1. C'est, du reste, la raison pour laquelle des clauses d'exclusion de ce type, ou d'autres stipulations (clauses de non-concurrence ou d'achat exclusif) destinées à garantir la « fidélité » des sociétaires, sont normalement incluses dans les statuts de

sociétés (ou sont même, dans certains cas, prescrites par la loi) [22].

20. Toute autre solution aboutirait d'ailleurs à des résultats tout à fait absurdes. En effet, si l'on admet que les clauses litigieuses ont un *objet* anticoncurrentiel, il faut nécessairement en déduire que chaque membre jouit, en vertu de l'article 85, paragraphe 1, du *droit* de ne pas être exclu d'une coopérative d'achat, bien qu'il participe en même temps à des organisations d'achat concurrentes, ce qui équivaut à dire que le sociétaire jouit d'un véritable droit de conserver la qualité de membre, alors même qu'il adopte des comportements préjudiciables aux intérêts de la société en tant que telle et des autres membres. En d'autres termes, l'article 85, paragraphe 1, garantirait une protection presque absolue (à moins que les conditions d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, ne soient remplies) de la liberté d'action commerciale du membre, au détriment du bon fonctionnement de la société. Cette interprétation, à l'évidence, fait prévaloir l'intérêt individuel du membre sur l'intérêt de la société et laisse cette dernière sans défense vis-à-vis de comportements du membre qui portent atteinte à l'équilibre de la société: il s'agit par conséquent d'une interprétation qui va ouvertement à l'encontre de la considération que le système a toujours manifestée à l'égard du phénomène coopératif (notamment dans le secteur agricole).

Les circonstances de droit et de fait en présence desquelles les clauses litigieuses pourraient produire des effets anticoncurrentiels

21. Cela dit, il convient aussi d'examiner si les clauses litigieuses n'ont pas d'*effets* anticoncurrentiels, incompatibles avec le marché commun, en raison de certaines circonstances particulières de droit ou de fait.

22. A cet égard, il faut d'abord vérifier si les membres de la coopérative ont la possibilité de se *retirer* de cette même coopérative à intervalles raisonnables; en l'absence d'une telle possibilité, les sociétaires, d'une part, seraient obligés de rester affiliés à la coopérative pour des périodes très longues et, d'autre part, pendant toute la durée du rapport social, ils ne pourraient pas s'adresser à des opérateurs concurrents ou constituer des organisations concurrentes. Ce double lien (la durée excessive du rapport social et l'obligation de « fidélité » à l'égard de la coopérative pour toute la durée d'affiliation) aurait pour effet d'enlever aux sociétaires toute liberté réelle d'action, en empêchant indirectement les tiers d'exercer une concurrence

22 — Cette solution, au demeurant, nous semble conforme aux orientations que la Commission a exposées dans sa récente *communication sur le traitement des entreprises communes à caractère coopératif au regard de l'article 85 du traité CEE* (JO 1993, C 43, p. 2). Étant donné qu'une entreprise commune (*joint venture*) peut, selon nous, également prendre la forme d'une société coopérative, dont les membres sont des entreprises ou des associations d'entreprises (selon la Commission « l'appréciation d'entreprises communes coopératives au sens de l'article 85 paragraphes 1 et 3 du traité CEE ne dépend pas de la forme juridique choisie par les fondateurs pour leur coopération ») il convient de relever que, selon la Commission, il n'est pas exclu que, du moins en présence de certaines circonstances (qui pourraient être analogues à celles décrites au point 17 des présentes conclusions), une entreprise commune d'achat entre concurrents puisse être soustraite à l'application de l'article 85, paragraphe 1 (voir, notamment, le point 39 de la communication). En pareil cas, une clause du type de celle dont il s'agit devrait être considérée comme une simple « restriction accessoire » (*ancillary restraint*), c'est-à-dire comme une restriction « directement liée à l'entreprise commune et nécessaire à son existence » (voir points 65 et suiv. de la communication), qui en tant que telle ne relève pas de l'article 85, paragraphe 1.

efficace vis-à-vis de la coopérative. Par conséquent, afin d'éviter une *rigidité* excessive du marché, et conformément à certains éléments résultant de la pratique de la Commission [23] et de la Cour [24], il nous paraît absolument indispensable que, du moins dans les cas où des clauses de « fidélité » du type de celles considérées en l'espèce sont prévues, les sociétaires se voient en même temps reconnaître la faculté de se retirer de la société à intervalles raisonnables, dont la durée devrait être proportionnée à l'intensité de la concurrence entre la société dont il s'agit et les tiers.

Dans le cas présent, il nous paraît significatif que la DLG, lorsqu'elle a décidé d'introduire les clauses statutaires litigieuses, a également décidé de ramener la durée d'affiliation de dix à cinq ans. Le délai quinquennal, qui coïncide avec la durée maximale prévue par le règlement n° 1984/83 en ce qui concerne les contrats d'achat exclusif, devrait être considéré comme étant de nature, dans des conditions de marché normales, à concilier, d'une part, les exigences de protection de la concurrence et, d'autre part, l'exigence de la société de s'assurer une stabilité et une pérennité suffisantes des rapports avec ses membres.

23 — Voir l'article 3, sous d), du règlement (CEE) n° 1984/83 de la Commission, du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE à des catégories d'accords d'achat exclusif (JO L 173, p. 5).

24 — Voir, notamment, le point 26 des motifs de l'arrêt Delimitis, précité, où la Cour, dans le cadre de l'examen des *effets* d'un contrat de fourniture de bière, précise:
« La contribution des contrats individuels conclus par une brasserie au blocage de ce marché dépend, en outre, de leur durée. Si cette durée est manifestement excessive par rapport à la durée moyenne des contrats de fourniture de bière généralement conclus sur le marché en cause, le contrat individuel relève de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1. Une brasserie disposant d'une part de marché relativement réduite, qui lie ses points de vente pendant de nombreuses années, peut, en effet, contribuer à une fermeture du marché de manière aussi significative qu'une brasserie, ayant une position relativement forte sur le marché, qui libère régulièrement ses points de vente à intervalles rapprochés. »

Pour des considérations analogues, il y aurait lieu ensuite de tenir pour incompatible avec l'article 85, paragraphe 1, une clause statutaire qui prévoirait des sanctions manifestement excessives et disproportionnées en cas d'exclusion d'un membre d'une coopérative pour violation de ses obligations de fidélité. Dans le cas d'espèce, l'exclusion de la DLG a été d'ailleurs sanctionnée selon les règles de droit commun; en outre, comme nous l'avons déjà précisé, la DLG a renoncé à appliquer ces sanctions aux membres B exclus, en les assimilant aux membres qui ont exercé leur droit de retrait.

23. En second lieu, il convient également de vérifier que les rapports de concurrence (actuels et potentiels) entre la coopérative et les tiers ne soient pas, d'un autre côté, excessivement raréfiés. Les clauses en question, comme nous l'avons vu, limitent la liberté d'action des membres, en les dissuadant de s'adresser ou de participer à des organisations concurrentes. Or, dans une situation où la concurrence serait, pour d'autres raisons, déjà très restreinte, ces stipulations, qui visent à assurer la « fidélité » du sociétaire envers la coopérative, pourraient avoir pour effet secondaire d'interdire aux tiers l'accès au marché ou, en tout cas, d'y exercer une concurrence efficace.

24. Tel pourrait être le cas si la coopérative détenait une part de marché très élevée, et nettement supérieure à celle des autres concurrents, et si, du fait de la présence de barrières considérables à l'entrée de la concurrence (telles que la nécessité de posséder des capacités financières, technologiques ou économiques très importantes, ou

un degré considérable de fidélité de la clientèle vis-à-vis des opérateurs économiques déjà établis), l'accès de nouveaux opérateurs au marché concerné s'avérait difficile. En pareille situation, le fait de renforcer davantage les liens existant entre la coopérative et ses membres (qui sont également ses partenaires commerciaux) risque de priver les concurrents (actuels ou potentiels) de la possibilité de trouver des débouchés commerciaux suffisants. Par conséquent, au cas où la concurrence (actuelle ou potentielle) entre la coopérative et les tiers serait excessivement raréfiée, il pourrait apparaître indispensable de reconnaître aux membres de la coopérative la faculté de s'approvisionner auprès de tiers concurrents, ou de créer des organisations d'achat concurrentes, sans pour autant courir le risque d'être exclus de la société. D'autre part, lorsqu'elle jouit d'une forte position concurrentielle, la société a également moins besoin d'une protection vis-à-vis des achats autonomes des sociétaires; au contraire, la possibilité que les sociétaires opèrent en concurrence avec la société anime le marché et évite des manques d'efficacité ou des profits démesurés.

Du reste, telle semble être, précisément, la ratio decidendi des arrêts dans lesquels la Cour et le Tribunal ont considéré comme incompatibles avec l'article 85, paragraphe 1, certaines clauses, insérées dans le statut de coopératives agricoles, qui, quoique sous des formes différentes, étaient également destinées à assurer l'entière « fidélité » des membres envers la coopérative [25]; en effet, dans les deux arrêts, une importance décisive est accordée à la circonstance que la coopérative en question occupait une position très forte sur le marché et que, par conséquent, dans ce contexte, les dispositions litigieuses concouraient à maintenir cette position de puissance, en entravant l'accès au marché de tiers concurrents [26].

25 — Il s'agit des arrêts Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek, précité, et Dansk Pelsdyravlerforening, précité.

26 — En particulier, dans l'arrêt Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek, la Cour relève que:
« Les dispositions des statuts de la coopérative, qui obligent ses membres à acheter la totalité de leurs besoins en présure et en colorants pour fromage auprès d'elle et qui renforcent cette obligation en prévoyant le paiement d'une somme non négligeable en cas de démission ou d'exclusion, ont clairement pour objet d'empêcher que les membres ne s'approvisionnent auprès d'autres fournisseurs de présure ou de colorants ou qu'ils n'en produisent eux-mêmes, dans l'hypothèse où ces alternatives présenteraient des avantages du point de vue de la qualité ou du prix. *Comme, selon des informations non contestées, les membres détiennent maintenant plus de 90 % de la production néerlandaise de fromage, ces dispositions contribuent, en outre, à maintenir la situation actuelle, où la coopérative est pratiquement le seul fournisseur de présure sur le marché néerlandais* » (c'est nous qui soulignons).
Quant à l'arrêt Dansk Pelsdyravlerforening, on observera que le Tribunal souligne, entre autres, que la clause litigieuse rend très difficile l'accès au marché des tiers concurrents, « compte tenu de la très forte position de la requérante sur le marché » (point 78). Certes, l'arrêt du Tribunal contient également des affirmations plus péremptoires, dont il résulte que les clauses de « fidélité » sont en tant que telles, et par leur objet même, incompatibles avec l'article 85, paragraphe 1 (voir notamment les points 98 à 110, où le Tribunal considère qu'une exclusivité de vente en faveur d'une coopérative a non seulement des effets mais également un objet anticoncurrentiels). Nous estimons toutefois que les affirmations du Tribunal doivent nécessairement être « relativisées », c'est-à-dire qu'elles doivent être comprises essentiellement au regard de la situation de marché particulière qui caractérisait le cas d'espèce. Toute autre solution aurait, en effet, des conséquences excessives et difficilement justifiables. Si l'on part de l'idée que les clauses d'exclusivité, ou autres clauses de « fidélité », contenues dans le statut d'une coopérative agricole, sont, en principe, par leur objet même, incompatibles avec l'article 85, paragraphe 1, il s'ensuit, toujours en principe, qu'une coopérative agricole n'a aucune possibilité de se protéger vis-à-vis de situations où les membres opèrent sur les marchés en contradiction manifeste avec les intérêts de la société et des autres membres. Il nous semble, au contraire, que l'analyse correcte va dans le sens opposé: si la constitution de la coopérative est en tant que telle compatible avec la protection de la concurrence, et avec les autres valeurs reconnues par l'ordre juridique, la société doit également être laissée libre de prendre les mesures qui lui paraissent utiles à la protection de ses propres intérêts essentiels; l'article 85, paragraphe 1, ne saurait dès lors être interprété en ce sens qu'il comporte une protection absolue de la liberté d'action commerciale du sociétaire au détriment des intérêts de la coopérative et des autres sociétaires. Une interprétation différente remettrait en question l'équilibre même de la société et viendrait, par conséquent, contredire le jugement favorable que, notamment du point de vue de la protection de la concurrence, l'ordre juridique a exprimé, spécialement dans le secteur agricole, à l'égard de certaines formes de coopération entre entreprises. Les *effets* spécifiques résultant de clauses de « fidélité » ne peuvent donc faire l'objet d'un examen au titre de l'article 85, paragraphe 1, que dans les cas où la coopérative se trouve dans des situations de marché qui présentent un risque sensible d'altération du jeu de la concurrence, ou dans lesquelles la liberté du sociétaire se trouve excessivement limitée par d'autres stipulations (durée excessive du rapport social, sanctions disproportionnées en cas d'exclusion).

Une conclusion analogue devrait naturellement s'imposer si la situation de marché était de nature à attribuer à la coopérative une *position dominante* au sens de l'article 86; en pareil cas, conformément à la jurisprudence de la Cour, il faudrait purement et simplement considérer que la clause de « fidélité » est en principe incompatible avec les dispositions de cet article [27].

25. D'ailleurs, en l'espèce, sous réserve des constatations qu'il appartient à la juridiction nationale d'effectuer, on peut assurément exclure le risque d'un affaiblissement excessif de la concurrence, étant donné que:

— au moment des modifications statutaires litigieuses, les parts de marché des différents opérateurs concurrents semblaient globalement équilibrées entre elles;

— l'accès de nouveaux opérateurs au marché en cause ne se heurtait pas à des obstacles insurmontables, à la fois parce que les capacités financières, technologiques et économiques requises pour accéder au marché national du commerce de gros ne semblent en tout cas pas démesurées, et parce que, en l'espèce, le nouvel opérateur (la LAG) n'était qu'une nouvelle forme d'organisation coopérative, à l'échelon national, réalisée par des associations locales qui étaient déjà présentes sur le marché, qui exerçaient déjà une activité de courtage pour les produits en question et qui, de ce fait, disposaient déjà d'une bonne partie des infrastructures et des capacités nécessaires à la création d'une activité concurrente.

26. En troisième lieu, il convient d'examiner une autre objection soulevée par les demanderesses au principal. A leur avis, étant donné que la DLG s'apparente à un conglomérat, en ce sens qu'elle offre à ses affiliés une large gamme de biens et de services, le fait de sortir de la coopérative, par voie de retrait volontaire ou d'exclusion, équivaut en fait à perdre une source d'approvisionnement diversifiée et avantageuse. Dans ces conditions, il serait donc particulièrement difficile (sinon impossible) d'opérer à l'extérieur de la coopérative: ipso facto les sociétaires seraient fortement dissuadés de se retirer de la coopérative ou de provoquer leur exclusion. Par conséquent, pour éviter une rigidité excessive du marché, il faudrait, en pareil cas, garantir aux sociétaires la faculté de s'approvisionner pour certains produits en dehors de la coopérative, sans pour autant courir le risque d'être exclus de la société.

Cette objection ne nous paraît pas fondée. En premier lieu, il convient d'observer qu'il est normal que la sortie d'une coopérative, quelle

27 — Arrêts de la Cour du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission (85/76, Rec. p. 461), et du 3 juillet 1991, AKZO/Commission (C-62/86, Rec. p. I-3359), ainsi que arrêt du 1er avril 1993, BPB Industries et British Gypsum/Commission (T-65/89, Rec. p. II-389).

qu'en soit la cause, entraîne la perte des avantages (plus ou moins importants) inhérents à l'affiliation à la société. Ce genre de situation, tout à fait normale, n'est, à aucun titre, contraire à l'article 85, paragraphe 1. En effet, ainsi qu'il a été déjà exposé, cette disposition ne saurait être interprétée en ce sens qu'elle confère aux membres d'une coopérative le droit de conserver la qualité de sociétaire, et de bénéficier des avantages y afférents, tout en agissant à l'encontre des intérêts de la société et des autres membres. Il appartient par conséquent au sociétaire de choisir, sur la base d'une libre pondération de ses intérêts, de se retirer de la société (ou d'agir de façon à provoquer son exclusion) ou bien d'y rester, en respectant le statut: dès l'instant où il a exercé cette liberté de choix, le sociétaire ne saurait toutefois se plaindre des éventuels inconvénients liés à la décision qu'il a prise.

27. La situation serait différente si la coopérative bénéficiait vis-à-vis de ses membres d'une position dominante au sens de l'article 86 du traité; cela pourrait se produire dans le cas où la coopérative détiendrait une position dominante sur un ou plusieurs marchés de biens ou de services, ou s'il devait s'avérer particulièrement onéreux pour ses membres de se procurer de façon indépendante auprès d'autres concurrents l'*ensemble* des biens et services que la coopérative est en mesure d'offrir globalement (en pareil cas, la position dominante résulterait du fait que l'entreprise est en mesure d'offrir une gamme complète de biens/services complémentaires, à des conditions générales que les concurrents ne sont pas en mesure de contrer). Dans l'hypothèse où la coopérative détiendrait une telle position dominante, l'article 86 permettrait une double forme de protection: i) la clause d'exclusion (ou toute autre clause de « fidélité ») devrait être considérée comme prohibée, et nulle, pour les motifs exposés au point 24 des présentes conclusions; ii) les éventuelles mesures de boycottage ou de discrimination prises par la coopérative à l'encontre des sociétaires (refus de fournir des biens ou des services aux membres exclus ou application de prix excessifs par rapport à la valeur des biens ou des services fournis) pourraient constituer des cas distincts et autonomes d'abus au sens de l'article 86.

D'autre part, il convient de relever qu'en l'espèce la prémisse même du raisonnement, c'est-à-dire l'existence d'une position dominante dans le chef de la DLG, paraît dénuée de fondement. En effet, il ne semble pas que la DLG dispose d'une position dominante dans un ou plusieurs des différents marchés de biens ou de services où elle opère, ni qu'elle occupe une telle position en vertu de sa présence globale sur l'ensemble des marchés en cause. Nous rappelons, en outre, que la DLG opère en qualité de courtier pour la fourniture de biens et de services et qu'il ne devrait pas être difficile pour des opérateurs économiques tels que les associations locales (qui sont également, quoique à un niveau inférieur, des courtiers) de trouver sur le marché, ou le cas échéant de constituer, des intermédiaires, autres que la DLG, pour la fourniture des biens et services en question.

Enfin, toujours sous cet angle, il faut également souligner que la DLG s'est

formellement engagée à fournir également aux non-membres les biens et services offerts par la société, même si, à juste titre, cette fourniture a lieu aux conditions normales du marché et non pas à celles, évidemment plus favorables, réservées aux membres de la société.

28. En conclusion, nous pouvons affirmer qu'il résulte des éléments versés au dossier, et sous réserve des constatations qu'il appartient à la juridiction nationale d'effectuer, que les membres de la DLG jouissent de la faculté de se retirer de la société à intervalles raisonnables, que la structure et les caractéristiques du marché ne donnent pas lieu à penser que l'introduction des clauses litigieuses crée un risque effectif de restriction de la concurrence, actuelle et potentielle, entre la DLG et les tiers et que, par voie de conséquence, lesdites clauses ne comportent pas d'effets restrictifs de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1.

Cette conclusion est confirmée par l'évolution du marché qui a suivi l'exclusion des membres B décidée par la coopérative en application des clauses litigieuses. En effet, en dépit de l'exclusion, la LAG a non seulement poursuivi ses activités, mais a même rapidement augmenté sa part de marché pour se hisser, en 1990, à un niveau analogue à celui de la DLG. Cela démontre que les membres exclus avaient effectivement la possibilité d'opérer en dehors de la DLG, en constituant une organisation chargée de tâches de courtage analogues et pleinement capable de faire concurrence à la DLG [28].

29. Il convient en outre de relever, pour être complet, que certaines des circonstances soulignées par la juridiction nationale dans les questions préjudicielles indiquent aussi que la DLG a limité la portée des clauses litigieuses — et, par conséquent, la portée de l'obligation de « fidélité » correspondante — à ce qui est *strictement indispensable* pour assurer la protection de la coopérative contre des situations de réel conflit d'intérêt. A cet égard, les circonstances qui importent sont, en résumé, les suivantes:

— les clauses litigieuses concernent exclusivement les engrais et les produits phytosanitaires (et non les autres biens/services offerts par la DLG), c'est-à-dire les seuls produits pour lesquels, compte tenu de l'élasticité des prix, la réduction des com-

28 — Du point de vue méthodologique, il nous paraît tout à fait correct, pour apprécier l'incidence de certaines clauses sur la concurrence, de tenir compte également de l'évolution qui s'est produite sur le marché concerné au cours de la période postérieure à l'entrée en vigueur desdites clauses. Certes, l'évolution relevée sur le marché ne saurait être le *seul* élément d'appréciation: il est même évident que pour apprécier la compatibilité d'un accord, on ne saurait se fonder exclusivement sur les conséquences résultant de cet accord; on parviendrait sinon à la situation absurde où, afin d'établir si l'accord enfreint l'article 85, il faudrait attendre quelques années pour examiner quels ont été les résultats (et les dégâts!) et pour décider, par conséquent, si et comment il y a lieu d'intervenir. Toutefois, s'il est vrai que l'analyse a posteriori ne saurait en aucun cas supplanter l'analyse a priori (fondée sur l'examen de l'objet et des effets prévisibles de l'accord), cela ne signifie pas qu'il faille considérer les résultats effectifs de l'accord, lorsqu'ils sont disponibles, comme tout à fait négligeables. Il y a lieu de les regarder comme un indice à prendre en considération dans la mesure où ils permettent de confirmer ou d'infirmer les conclusions tirées à l'issue de l'appréciation juridique et économique de l'objet et des effets prévisibles de l'accord. Dans le même sens, voir par exemple la décision SOCEMAS (point II, sixième considérant) et la décision Intergroup (point 6), précitées à la note 3.

mandes passées par la coopérative, due aux achats indépendants effectués par la LAG, était susceptible d'aggraver considérablement les conditions de transaction;

— les clauses litigieuses concernent exclusivement les achats effectués par les membres B et D (et non les autres membres), c'est-à-dire les seuls sociétaires qui, du fait de leur poids commercial, sont en mesure de porter atteinte aux intérêts de la coopérative s'ils opèrent en concurrence avec celle-ci;

— les clauses litigieuses concernent exclusivement les achats effectués par les membres B et D sous une forme organisée, c'est-à-dire moyennant la participation permanente à des associations ou à d'autres organismes concurrents, et non les achats effectués, en dehors de la coopérative, soit par différents membres B ou D, soit par des groupements de membres B ou D constitués ad hoc en vue de la réalisation d'une seule opération d'achat; sous cet aspect également, il est évident que la coopérative a entendu se prémunir uniquement contre des situations qui lui sont particulièrement préjudiciables;

— les clauses litigieuses permettent expressément aux sociétaires qui considèrent comme trop élevés les prix de vente pratiqués par la DLG de recourir à celle-ci en qualité de simple agent pour l'achat de certains lots de marchandises; en pareil cas, la DLG renonce à une rémunération pour son activité d'intermédiaire et les sociétaires qui l'ont sollicitée perdent le droit à obtenir une ristourne en fin d'exercice au titre de ces opérations.

Par contre, les autres circonstances relevées par la juridiction nationale nous paraissent négligeables, à savoir:

— le fait que les clauses litigieuses auraient été également introduites afin d'éviter la présence dans les organes de direction de la DLG de membres B ou D participant à des organisations concurrentes, étant donné que la protection des secrets d'affaires de la DLG pouvait en tout cas être obtenue en définissant des motifs particuliers d'incompatibilité visant à empêcher la participation aux organes de direction de la société de tout membre en situation de conflit d'intérêts avec la société;

— la circonstance que les clauses litigieuses auraient été adoptées, non pas à l'unanimité, mais à l'encontre de l'avis exprimé par les (ou du moins certains) membres B, étant donné que, de toute façon, aux fins de l'application de l'article 85, paragraphe 1, à une clause déterminée incluse dans le statut d'une société, il est sans importance que la clause ait été valablement adoptée, conformément aux dispositions du droit interne des sociétés; tant que la clause n'a pas été formellement éli-

minée par les parties ou par les autorités compétentes, elle reste soumise aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1, pourvu que les conditions d'application soient remplies;

— la circonstance que les membres exclus soient assimilés à des membres ayant exercé leur droit de retrait, puisque, à partir du moment où il est établi que la clause d'exclusion n'enfreint pas l'article 85, paragraphe 1, rien ne s'oppose à ce que la société applique non pas les règles, plus favorables, prévues en cas de retrait, mais les règles habituellement prévues en cas d'exclusion du sociétaire, y compris les éventuelles sanctions, avec pour seule limite (ainsi qu'il a été exposé au point 21) l'obligation de ne pas infliger des sanctions manifestement excessives et disproportionnées;

— la circonstance que, dans le litige au principal, les demanderesses aient notamment soutenu qu'elles avaient droit à une part du patrimoine indivis de la DLG, sans toutefois conclure à leur réintégration dans la DLG, étant donné que, quelle que soit la formulation du petitum devant la juridiction nationale, il reste en tout cas que les demanderesses ont contesté la compatibilité avec l'article 85, paragraphe 1, des clauses statutaires litigieuses; de même, si la Cour devait constater cette incompatibilité, il incomberait à la juridiction nationale de déclarer la nullité de ces clauses en application de l'article 85, paragraphe 1, et de déduire, conformément aux dispositions de l'ordre juridique interne, les effets juridiques résultant de cette nullité.

3) *Les clauses statutaires litigieuses sont-elles susceptibles d'affecter le commerce entre États membres?*

30. Compte tenu des considérations qui précèdent, il semble superflu d'examiner si les clauses litigieuses sont ou non susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Pour être complet, on observera du reste que, dans le cas d'espèce, il y a lieu de tenir pour acquis que les produits dont il s'agit forment l'objet d'échanges intracommunautaires et que, notamment, tant la DLG que la LAG ont participé, et participent, à ces échanges. Dans ces conditions, il n'est pas douteux qu'en l'espèce la condition relative à l'atteinte au commerce intracommunautaire peut être considérée comme remplie.

4) *Le juge national est-il compétent pour appliquer l'article 85, paragraphe 1, du traité dans le cas où l'accord a fait l'objet d'une notification à la Commission visant à obtenir une attestation négative ou une exemption?*

31. Il suffit de rappeler à cet égard que, en vertu de l'article 9, paragraphe 1, du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962,

premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité CEE [29], la Commission a compétence exclusive pour prendre les décisions d'exemption individuelle au sens de l'article 85, paragraphe 3 [30]. Par contre, en ce qui concerne l'application des articles 85, paragraphes 1 et 2, et 86, la Commission est titulaire d'une compétence qu'elle partage avec les juridictions nationales. Dans le cas d'espèce, ainsi qu'il résulte des observations exposées ci-dessus, les clauses litigieuses ne sont pas incompatibles avec les dispositions de l'article 85, paragraphe 1; en conséquence, la question d'une éventuelle exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, ne se pose pas. Il appartiendra dès lors à la juridiction nationale de constater que les clauses litigieuses ne violent pas l'article 85, paragraphe 1.

5) *Les clauses litigieuses constituent-t-elles un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité?*

32. Selon une jurisprudence constante [31], la position visée à l'article 86 du traité concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis des concurrents, des clients et des consommateurs. L'existence d'une telle position peut résulter de plusieurs facteurs qui, pris isolément, pourraient ne pas être nécessairement déterminants. Parmi ces facteurs, l'existence de parts de marché d'une grande ampleur (telles que des parts supérieures à 50 %) est hautement significative; une part avoisinant 40 % voire des valeurs nettement inférieures, ne saurait en tant que telle permettre de conclure à l'existence d'un contrôle du marché [32]. Il y a lieu, en outre, de tenir compte de facteurs tels que le rapport entre la part de marché détenue par l'entreprise considérée et celle des autres concurrents, les éventuels avantages que l'entreprise possède par rapport à ses concurrents sur le plan de la structure financière et économique, de l'organisation commerciale et des connaissances technologiques, ainsi que l'existence d'une concurrence potentielle plus ou moins intense [33]. Enfin, la stabilité ou la modification dans le temps des parts de marché sont un indice supplémentaire à prendre en considération pour apprécier l'existence d'une position dominante [34].

Il appartient à la juridiction nationale d'appliquer ces critères dans le cas soumis à son appréciation. Il convient, en outre, de relever qu'en l'espèce les éléments du dossier, et notamment:

— la part de marché limitée détenue par la DLG à l'époque des faits litigieux;

29 — JO 1962, 13, p. 204.

30 — Voir également l'arrêt Delimitis, précité, points 43 et suiv.

31 — Voir, récemment, l'arrêt du 12 décembre 1991, Hilti (T-30/89, Rec. p. II- 1439).

32 — Voir l'arrêt du 14 février 1978, United Brands/Commission (27/76, Rec. p. 207).

33 — Arrêts Hoffmann-La Roche, précité, et United Brands, précité.

34 — Arrêt Hoffmann-La Roche, précité.

— l'équilibre substantiel entre la part de marché de la DLG et celle de ses concurrents;

— et l'évolution susmentionnée des parts de marché respectives de la DLG et de la LAG,

— la remarquable capacité concurrentielle manifestée par la LAG, ensemble avec l'existence d'une importante concurrence potentielle du fait de l'absence de barrières considérables à l'entrée;

indiquent que la DLG n'occupait pas une position dominante au sens de l'article 86. Quoique non déterminant, un autre élément militant en ce sens résulte de la circonstance qu'à partir de 1990 la DLG a été rayée du registre des entreprises dominantes prévu par la législation nationale danoise.

## Conclusions

33. A la lumière des considérations qui précèdent, nous estimons qu'il convient de répondre comme suit à la juridiction nationale:

« 1) La dérogation prévue par le règlement n° 26/62 ne s'applique pas aux produits — tels que les engrais et les produits phytosanitaires — non énumérés à l'annexe II du traité.

2) Sous réserve des constatations qu'il appartient à la juridiction nationale de faire selon les critères énoncés dans les présentes conclusions, la clause contenue dans le statut d'une société coopérative agricole, qui procède à des achats en commun de produits de base pour l'agriculture, en vertu de laquelle peuvent être exclus de la société les membres qui, en vue de l'achat des produits en cause, participent durablement à des organisations concurrentes de la coopérative, n'a pas pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité.

3) La condition impliquant que le commerce entre États membres soit affecté, au sens de l'article 85, paragraphe 1, est remplie dans un cas tel que celui faisant l'objet du litige au principal, où il est acquis que les produits en cause font l'objet d'échanges intracommunautaires et que les entreprises en question peuvent participer, et participent, à ces échanges.

4) La Commission a compétence exclusive pour prendre des décisions d'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3. Le juge national est par contre compétent pour appliquer les dispositions visées aux articles 85, paragraphes 1 et 2, et 86 du traité.

5) Sous réserve des constatations qu'il appartient à la juridiction nationale de faire, conformément aux critères énoncés dans les présentes conclusions, il ne ressort du dossier aucun élément permettant de considérer que la société coopérative DLG occupe une position dominante au sens de l'article 86 du traité. »