CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GIUSEPPE TESAURO présentées le 14 juillet 1993 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Après avoir fait ces dernières années l'objet de plusieurs arrêts, toujours sur renvoi préjudiciel, le problème de la compatibilité avec les articles 3, sous f), 5, deuxième alinéa, et 85, paragraphe 1, du traité, de réglementations étatiques qui concernent l'activité économique des entreprises privées continue de susciter un très vif intérêt en raison des principes qu'il implique.

Les questions déférées par le Kammergericht Berlin (affaire C-2/91) et par l'Arrondissementsrechtbank Arnhem (affaire C-245/91), qui reposent le problème à propos de deux réglementations nationales, respectivement allemande et néerlandaise, interdisant aux entreprises d'assurance et aux intermédiaires d'accorder des avantages spéciaux sous quelque forme que ce soit, offrent à la Cour l'occasion de fournir d'autres précisions à cet égard; en particulier quant au lien qui doit exister (et éventuellement quant à la nécessité même d'un tel lien) entre mesures étatiques du genre de celles visées en l'espèce et comportements des particuliers pour qu'on puisse conclure à l'incompatibilité des premières avec les dispositions communautaires pertinentes en matière de concurrence.

2. Nous rappelons d'abord le contexte normatif national de l'affaire C-2/91, en attirant l'attention sur le fait que, bien que l'interdiction de céder la commission soit actuellement en vigueur pour toutes les branches d'assurance [1], la question posée par le juge de renvoi concerne uniquement le secteur de l'assurance-*maladie* et celui de l'assurance-*défense et recours*.

Or, en ce qui concerne l'assurance-*maladie*, l'interdiction en question a été imposée par le décret du 5 janvier 1934 du Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung (office allemand de contrôle des assurances privées); en ce qui concerne l'assurance-*défense et recours*, cette interdiction a été initialement introduite par le règlement du 17 janvier 1967 et a été ensuite confirmée par le règlement du 17 août 1982 du Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (office fédéral de contrôle des assurances), qui concerne tout le secteur des assurances contre les dommages. Il faut encore souligner que, tandis que le décret de 1934 se limite à interdire « l'octroi de bonifications spéciales sous quelque forme que ce soit », le règlement de 1982 spécifie qu'est interdit « tout avantage financier direct ou indirect offert en plus des prestations visées par le contrat d'assurance, en particulier toute cession de provision ».

* Langue originale: l'italien.

1 — Les trois mesures en vigueur à cet égard sont: le décret du 8 mars 1934 qui concerne la branche vie et qui a abrogé et remplacé un décret du 10 août 1923; le décret du 5 juin 1934 sur l'assurance-maladie; enfin, le règlement du 17 août 1982 qui concerne toutes les assurances contre les dommages et qui a donc abrogé et remplacé tous les décrets précédents adoptés pour les secteurs spécifiques: l'assurance-accidents et responsabilité civile (décret du 14 mai 1924), l'assurance des biens (décret du 8 mars 1934) et l'assurance-défense et recours (décret du 24 janvier 1967).

Les dispositions citées sont fondées sur l'article 81, paragraphe 2, troisième phrase, de la Versicherungsaufsichtsgesetz (loi sur le contrôle des assurances; ci-après « VAG ») du 6 juin 1931, ancien article 64 de la Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmen (loi sur les sociétés d'assurance privées) du 12 mai 1901. Cette disposition, aux termes de laquelle l'autorité compétente « a la faculté, de manière générale ou pour certaines branches d'assurance, d'interdire aux entreprises d'assurance et aux intermédiaires du secteur d'assurance d'accorder des avantages spéciaux sous quelque forme que ce soit », a été en effet introduite dans la loi de 1901 par une loi de modification du 19 juillet 1923, puis reprise dans la VAG de 1931. Il faut ajouter ici que la violation des mesures adoptées en application de ladite disposition est passible d'amendes, sur la base de l'article 144 bis, paragraphe 1, point 2, de la VAG.

L'autorité compétente de contrôle a fait usage de la faculté qui lui est accordée par l'article 81 susdit dès le 10 août 1923, donc immédiatement après l'introduction de cette disposition, en adoptant l'interdiction en question pour le secteur de l'assurance sur la vie.

3. Il est opportun de souligner que des accords de contenu analogue aux mesures étatiques en question dans la présente affaire étaient intervenus, antérieurement à l'adoption de celles-ci, entre les entreprises d'assurance opérant dans la *branche vie*. En particulier, il faut rappeler l'accord de Heidelberg de 1900, conclu entre les quatre plus importantes entreprises du secteur; l'accord « antiristourne » de 1911, auquel auraient participé la plupart des entreprises d'assurance (toujours de la branche vie); et enfin les « directives » de 1919, sur la base desquelles les entreprises en question ont présenté au gouvernement un véritable projet de loi, qui aurait ensuite abouti à la modification rappelée de la VAG de juillet 1923 et à l'adoption ultérieure du décret déjà cité du 10 août de la même année.

Pour être complet, il faut rappeler aussi le « Wiesbadener Vereinigung » de 1978, accord conclu par les représentants des associations de tous les secteurs d'assurance. Ainsi qu'il résulte également du jugement de l'Amtsgericht Tiergarten, cet accord prescrit l'interdiction de céder toute ou partie de la provision pour tous les types d'assurance. Il s'agit donc d'un accord auquel participent toutes les sociétés d'assurance et qui impose l'interdiction en question à tous les intermédiaires, y compris les indépendants; cet accord est toutefois *postérieur* à l'adoption des mesures étatiques qui sont à la base de la présente affaire.

4. Venons-en à l'affaire C-245/91, dans laquelle la discussion porte sur une réglementation dont le contenu est en substance analogue à celui des mesures allemandes que nous venons d'évoquer. L'article 16, paragraphe 1, de la Wet Assurantiebemiddelingsbedrijf du 7 février 1991 (loi sur les activités des agences d'assurance; ci-après « WABB »), qui a en substance repris le contenu de l'article 16 de la Wet Assurantiebemiddeling de 1952 (loi sur les agences d'assurance; ci-après « WAB »), prévoit en effet qu'« il est interdit de consentir, d'octroyer ou de promettre, directement ou indirectement, dans le cas d'un contrat d'assurance, une commission, la rétrocession d'une commission ou quelque autre avantage évaluable en espèces, à des personnes autres que l'intermédiaire à qui appartient le portefeuille d'assurances ». La violation de

cette disposition est passible, en vertu de la Wet op de economischen delicten (loi sur les délits économiques), d'emprisonnement et d'amendes.

5. Quant aux faits faisant l'objet des procédures au principal, ils sont simples et incontestés. M. Meng (affaire C-2/91), conseiller financier indépendant, est accusé d'avoir enfreint la réglementation pertinente en ayant versé à ses clients la commission perçue des sociétés d'assurance pour six contrats, dont trois concernant l'assurance-maladie et trois l'assurance-défense et recours. La société OHRA (affaire C-245/91) est à son tour poursuivie pénalement pour avoir promis et/ou offert des cartes de crédit aux preneurs d'assurances.

Devant les juridictions nationales respectives, tant M. Meng que OHRA ont allégué l'illégalité des mesures nationales en question au regard des règles communautaires sur la concurrence. Le Kammergericht et l'Arrondissementsrechtbank ont donc estimé utile d'effectuer un renvoi à la Cour en lui demandant de se prononcer, en substance, sur la compatibilité des mesures en question avec les articles 3, sous f), 5, deuxième alinéa, et 85, paragraphe 1, du traité. La juridiction néerlandaise a en outre demandé si la réponse à cette question est différente selon que l'interdiction de consentir des avantages évaluables en espèces concerne exclusivement les intermédiaires, également les assureurs qui collaborent avec les intermédiaires ou également les assureurs qui contractent directement avec les preneurs d'assurances (ce qu'il est convenu d'appeler les « direct writers »).

6. Les questions posées ont donc trait à la problématique des rapports entre les dispositions communautaires sur la concurrence et les réglementations nationales relatives à l'exercice des activités économiques des entreprises, réglementations qui ont donc été adoptées — en principe — à des fins d'intérêt général mais qui produisent cependant un effet anticoncurrentiel: les premières peuvent-elles faire obstacle à l'application des secondes? Et, dans l'affirmative, à quelles conditions?

A cet égard, la Cour a, d'une part, toujours affirmé que les réglementations nationales qui régissent l'exercice de l'activité économique des entreprises se situent en dehors du champ d'application matériel des articles 85 et 86. En effet, ces derniers (*ratione personae*) s'adressent non pas aux États membres mais aux entreprises et (*ratione materiae*) visent à protéger la libre concurrence et non à limiter les prérogatives des États membres en matière de politique économique, prérogatives qui relèvent, le cas échéant, d'autres dispositions du traité.

D'autre part, la Cour a itérativement affirmé que « les articles 85 et 86, lus en combinaison avec l'article 5 du traité, imposent aux États membres de ne pas prendre ou maintenir des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises » [2].

Les deux affirmations sont parfaitement cohérentes entre elles. En effet, s'il est vrai que les articles 85 et 86 concernent les comportements anticoncurrentiels des entreprises, il n'en est pas moins vrai que les États membres ne doivent pas permettre à ces entreprises d'éluder les interdictions

2 — Voir, en dernier lieu, l'arrêt du 28 février 1991, Marchandise e.a., point 22 (C-332/89, Rec. p. I-1027).

prévues par ces articles en leur offrant le bouclier d'une réglementation étatique. Dans le cas contraire, les articles 85 et 86 seraient vidés de leur substance: *il est donc fait obligation aux États membres de ne pas compromettre l'effet utile des règles sur la concurrence adressées aux entreprises.*

7. Si ce principe est très clair dans sa formulation, il n'est pas possible d'en dire autant du contenu de l'obligation et des critères à utiliser pour déterminer les cas d'infraction. En d'autres termes, quelles sont les « mesures » susceptibles d'éliminer l'effet utile de l'article 85? Comment se concrétise le critère de l'effet utile?

Afin de résoudre ce problème, il nous paraît opportun de rappeler tout d'abord les éléments essentiels de la jurisprudence en la matière, portant donc sur l'application des règles du traité relatives à la concurrence aux mesures étatiques qui, bien qu'elles ne fassent pas partie de la réglementation sur la concurrence [3], produisent néanmoins des effets sur le plan concurrentiel [4].

3 — Il va de soi que d'éventuels conflits entre le droit communautaire et le droit national de la concurrence seront réglés en appliquant le principe de la primauté du droit communautaire (voir le célèbre arrêt du 13 février 1969, Wilhelm, 14/68, Rec. p. 1, ainsi que l'arrêt du 10 juillet 1980, Giry et Guerlain, affaires jointes 253/78 et 1 à 3/79, Rec. p. 2327, dans lequel la Cour a réaffirmé que « l'application parallèle du droit national de la concurrence ne saurait être admise que pour autant qu'elle ne porte pas préjudice à l'application uniforme, dans tout le marché commun, des règles communautaires en matière d'ententes et du plein effet des actes pris en application de ces règles » (point 16).

4 — Une définition aussi large est, sans conteste, de nature à comprendre toute sorte de réglementations étatiques: pourront ainsi entrer en ligne de compte aussi bien tous les actes, législatifs ou non, relevant du droit administratif, qui régissent dans l'intérêt général l'activité d'entreprise et notamment les mesures de régulation des marchés, y compris les régimes des prix et des tarifs, les mesures en matière d'environnement, les mesures de politique économique et monétaire etc., que des réglementations fiscales, des réglementations du travail, de l'assurance sociale, etc.

Le cadre jurisprudentiel

8. Comme on le sait, la Cour a inauguré la jurisprudence en la matière par l'arrêt INNO/ATAB [5], dans lequel le débat portait sur une disposition belge qui imposait aux détaillants, lors de la vente des tabacs manufacturés, le respect du prix inscrit sur la bandelette fiscale, qui est le prix de vente fixé par le fabricant ou l'importateur [6].

Après avoir rappelé qu'en vertu de l'article 5, deuxième alinéa, « les États membres s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du traité », la Cour a précisé que « s'il est vrai que l'article 86 s'adresse aux entreprises, il n'en est pas moins vrai aussi que le traité impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de cette disposition » (point 31); elle est ainsi arrivée à la conclusion que « les États

5 — Arrêt du 16 novembre 1977, 13/77, Rec. p. 2115. Il convient toutefois de préciser que la Cour avait déjà été confrontée à une telle problématique dans l'affaire Deutsche Grammophon, qui a été tranchée par arrêt du 8 juin 1971 (78/70, Rec. p. 487). Appelée à se prononcer sur la compatibilité d'une réglementation nationale relative au droit d'auteur avec les articles 5, deuxième alinéa, et 85, paragraphe 1, la Cour s'était en effet limitée, à cette occasion, à affirmer que, pour le cas où l'exercice du droit exclusif en question « échapperait aux éléments contractuels ou de concertation envisagés par cette disposition, la réponse à la question posée conduirait à examiner si l'exercice du droit de protection en cause est compatible avec d'autres dispositions du traité, relatives notamment à la libre circulation des marchandises » (point 7).

6 — Nous rappelons que, dans cette affaire, l'entreprise INNO, qui revendiquait le droit de ne pas être soumise, lors de la vente au détail, à un prix imposé, fixé en réalité par les fabricants et importateurs de tabacs, avait insisté sur le fait que la réglementation nationale sur le prix imposé n'était qu'en apparence partie intégrante d'un régime fiscal, alors qu'en réalité elle devait s'analyser comme une réglementation nationale sur la concurrence, qui fournissait une couverture légale à une entente. INNO concluait par conséquent qu'il y avait lieu en l'espèce de considérer comme illégal que l'État membre puisse « contraindre les entreprises privées à adopter un comportement qui, en l'absence de la mesure étatique, serait contraire à l'article 85 ou 86 ».

membres ne sauraient édicter des mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par les articles 85 à 94 du traité » (point 33).

Dans le cas d'espèce, la Cour n'a tiré aucune conséquence de cette affirmation de principe, puisqu'elle a en effet jugé que « de toute manière, une mesure nationale qui a pour effet de faciliter l'exploitation abusive d'une position dominante susceptible d'affecter le commerce entre États membres, sera normalement incompatible avec les articles 30 et 34 qui interdisent les restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation, ainsi que toute mesure d'effet équivalent » (point 35).

9. Dans l'arrêt en question, la Cour a donc assimilé le critère de l'effet utile à l'obligation des États membres de ne pas prendre des mesures permettant aux entreprises de se soustraire aux interdictions énoncées aux articles 85 et 86. Or, l'affirmation de ce principe ne peut pas faire abstraction des faits de la cause, d'où il ressort clairement que l'adoption de la mesure contestée avait été précédée d'ententes contraires à l'article 85 et était due à l'initiative d'un parlementaire qui exerçait en même temps les fonctions de secrétaire d'une des associations parties à l'entente. La nécessité de ne pas compromettre l'effet utile des règles sur la concurrence, en adoptant des dispositions qui permettent aux entreprises de se soustraire aux interdictions énoncées aux articles 85 et 86, doit donc être appréhendée dans ce contexte.

Les principes affirmés dans l'arrêt INNO, qui suscitèrent un vif débat doctrinal, laissaient subsister des doutes quant au point de savoir si a) l'effet utile n'est compromis que lorsque les entreprises adoptent un comportement qui est à l'origine de l'adoption de la mesure étatique litigieuse ou qui en est la conséquence (de sorte que notamment la genèse de la mesure en question ou le fait que celle-ci a favorisé la formation d'un accord revêtirait de l'importance); ou si b) l'effet utile est compromis chaque fois que la mesure étatique aurait pu faire l'objet d'un accord en lui-même incompatible avec l'article 85, paragraphe 1 (c'est-à-dire lorsque les entreprises se trouvent dans une situation dans laquelle elles n'auraient pas pu se placer elles-mêmes sans violer les dispositions de l'article 85).

10. La jurisprudence venant immédiatement après l'arrêt INNO/ATAB semble plutôt confirmer la première hypothèse. En effet, appelée à se prononcer à plusieurs reprises à propos de législations nationales relatives, notamment, au régime des prix et tarifs, la Cour a considéré que celles-ci ne posaient aucun problème de compatibilité avec les articles 5 et 85 du traité [7] et qu'il y avait lieu au contraire de les examiner sous l'angle de l'article 30.

A cet égard, il convient de rappeler en particulier l'arrêt van de Haar [8], où était en discussion une réglementation nationale identique à la disposition belge qui avait donné lieu à l'affaire INNO/ATAB. Dans cet arrêt, la Cour a toutefois affirmé que, « s'il est vrai que les États membres ne

7 — A cet égard, mentionnons l'arrêt du 24 janvier 1978, van Tiggele, 82/77, Rec. p. 25 (régime de prix minima); l'arrêt du 18 octobre 1979, Buys, 5/79, Rec. p. 3203 (régime de blocage des prix); l'arrêt du 29 novembre 1983, Roussel, 181/82, Rec. p. 3849 (régime de prix imposés); l'arrêt du 7 février 1984, Duphar, 238/82, Rec. p. 523 (régime de remboursement des médicaments par les organismes d'assurance sociale).

8 — Arrêt du 5 avril 1984, affaires jointes 177 et 178/82, Rec. p. 1797. Dans un sens analogue, voir arrêt du 2 juillet 1987, Lefèvre, affaire 188/86, Rec. p. 2963 (régime de contrôle des prix de détail de la viande bovine).

sauraient édicter des mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par l'article 85 du traité, les dispositions de cet article font toutefois partie des règles de concurrence 'applicables aux entreprises' et visent donc à régir le comportement des entreprises privées sur le marché commun. Elles n'entrent dès lors pas en ligne de compte pour l'appréciation de la conformité avec le droit communautaire d'une législation du type de celle faisant l'objet des procédures au principal » (point 24).

Il résulte donc de l'arrêt van de Haar, lu à la lumière des principes énoncés dans l'arrêt INNO/ATAB, que l'appréciation de mesures étatiques au regard des articles 5, 3, sous f), et 85, paragraphe 1, dépend du lien que ces mesures présentent avec des comportements anticoncurrentiels imputables aux entreprises.

11. La jurisprudence ultérieure semble, du moins à première vue, développer deux orientations différentes.

Un premier courant jurisprudentiel, qui confirme la nécessité de l'existence d'un lien — et précise la nature de ce lien — entre la mesure étatique et le comportement anticoncurrentiel des entreprises, comprend les arrêts BNIC/Clair [9] et BNIC/Aubert [10], « Nouvelles Frontières » [11] et Ahmed Saeed [12], ainsi que l'arrêt Vlaamse Reisbureaus [13]. Il s'agit d'ailleurs des seuls arrêts dans lesquels la Cour, se fondant sur l'article 5, deuxième alinéa, lu en combinaison avec les articles 3, sous f), et 85, paragraphe 1, a conclu à l'illégalité des mesures litigieuses.

12. Dans l'arrêt BNIC/Clair, la Cour, se prononçant sur une réglementation nationale qui étendait un accord conclu au sein d'un organisme interprofessionnel à d'autres opérateurs du secteur, a considéré qu'un tel accord constituait un accord entre entreprises ou associations d'entreprises et que l'intervention d'un acte de l'autorité publique, destiné à lui conférer un effet obligatoire vis-à-vis des tiers, « ne saurait avoir pour effet de soustraire celui-ci à l'application de l'article 85, paragraphe 1 » (point 23).

Par conséquent, la Cour, sans se prononcer expressément sur la mesure étatique litigieuse, s'est limitée à constater que l'accord en question continuait à être soumis aux interdictions énoncées à l'article 85, paragraphe 1.

13. Le sort qu'il faut réserver aux mesures étatiques qui étendent les effets d'un accord aux tiers a été précisé dans l'affaire « Nouvelles Frontières », dans laquelle la Cour a souligné que l'obligation pour les États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles sur la concurrence est violé, notamment, « si un État membre impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 85 ou en renforce les effets » [14] (point 72).

9 — Arrêt du 30 janvier 1985, 123/83, Rec. p. 391.

10 — Arrêt du 3 décembre 1987, 136/86, Rec. p. 4789.

11 — Arrêt du 30 avril 1986, Asjes e.a. (affaires jointes 209 à 213/84, Rec. p. 1425).

12 — Arrêt du 11 avril 1989, 66/86, Rec. p. 803.

13 — Arrêt du 1er octobre 1987, 311/85, Rec. p. 3801.

14 — Dans l'arrêt ultérieur BNIC/Aubert du 3 décembre 1987 — concernant un cas tout à fait analogue à celui qui avait été à l'origine de l'arrêt BNIC/Clair, précité —, après avoir réaffirmé que l'accord entre entreprises continuait à être soumis aux interdictions énoncées à l'article 85, paragraphe 1, la Cour a précisé que la mesure étatique qui étend l'effet obligatoire de cet accord vis-à-vis des tiers est lui-même incompatible avec les articles 5 et 85.

La Cour est ainsi parvenue à la conclusion « qu'il est contraire aux obligations imposées aux États membres par l'article 5 du traité CEE, lu en combinaison avec les articles 3, sous f), et 85, notamment paragraphe 1, du même traité, d'homologuer les tarifs aériens et d'en renforcer les effets, lorsque [...] il est constaté [...] que ces tarifs sont le résultat d'un accord, d'une décision d'association d'entreprises, ou d'une pratique concertée contraire à l'article 85 » [15] (point 77).

14. L'affaire Vlaamse Reisbureaus, dans laquelle le litige portait sur une réglementation nationale qui interdisait aux agents de voyages de céder une partie ou la totalité de la commission qui leur revenait, mérite une attention particulière. La Cour, après avoir constaté l'existence d'un système d'accords dont la réglementation litigieuse avait repris le contenu, a considéré que la transformation d'une obligation purement contractuelle en une obligation légale avait pour effet de renforcer les accords préexistants.

La nouveauté de cet arrêt réside dans le fait que la Cour n'exige plus que l'accord et la mesure étatique coexistent au moment du litige: en effet, dans le cas d'espèce, il n'était pas du tout établi que l'accord, conclu en 1963, était encore en vigueur au moment du litige. La Cour a toutefois estimé suffisant que l'accord ait été à l'origine de la mesure en question: c'est ce que confirmait le texte même de l'arrêté royal de 1966, dans la mesure où il prévoyait que l'agent de voyages doit « respecter l'interdiction *convenue* de partager avec les clients les commissions perçues ».

Bien qu'elle se réfère formellement à l'hypothèse d'une mesure qui renforce les effets d'un accord, la Cour semble néanmoins avoir reconnu que l'effet utile de l'article 85 est tout aussi compromis lorsque la mesure étatique, en reprenant le contenu de l'accord, se substitue à celui-ci en le codifiant. En ce sens, on pourrait également parler d'une mesure qui, du fait même qu'elle se substitue aux précédents accords, a rendu inutiles des comportements anticoncurrentiels autonomes de la part des opérateurs concernés.

15. Cette dernière affirmation établit pour ainsi dire un pont avec l'autre courant que l'on peut relever dans la jurisprudence de la Cour, courant qui, se réclamant de l'arrêt INNO/ATAB, ferait abstraction, selon certains commentateurs, de tout comportement anticoncurrentiel des entreprises.

Nous faisons allusion à l'arrêt Leclerc-livres, du 10 janvier 1985 [16], concernant une loi nationale qui donnait aux éditeurs ou importateurs de livres la responsabilité de fixer eux-mêmes et librement les prix obligatoires au stade du commerce de détail.

Estimant que la mesure litigieuse ne visait pas à imposer la conclusion d'accords entre éditeurs et détaillants ou d'autres comportements interdits par l'article 85, paragraphe 1, la Cour s'est en fait posé la question de savoir si « une législation nationale qui rend inutiles des comportements d'entreprises du

15 — La Cour s'est prononcée dans la même matière par l'arrêt du 11 avril 1989, Ahmed Saeed, précité, dans lequel elle a confirmé que « l'homologation, par les autorités aéronautiques, d'accords tarifaires contraires à l'article 85, paragraphe 1, n'est pas compatible avec le droit communautaire, et notamment avec l'article 5 du traité. Il en découle également que les autorités aéronautiques doivent s'abstenir de toute mesure qui pourrait être considérée comme un encouragement des compagnies aériennes à conclure des accords tarifaires contraires au traité » (point 49).

16 — Affaire 229/83, Rec. p. 1.

type interdit par l'article 85, paragraphe 1, en donnant aux éditeurs ou importateurs de livres la responsabilité de fixer librement les prix obligatoires au stade du commerce de détail, porte atteinte à l'effet utile de l'article 85 et est, par conséquent, contraire à l'article 5, alinéa 2, du traité » (point 15).

La Cour s'est donc interrogée, mais sans indiquer une solution, sur le point de savoir si l'effet utile des règles sur la concurrence est compromis également dans le cas d'une mesure nationale — mesure qui en l'espèce produisait des effets analogues à ceux qui résultaient précédemment d'un ensemble d'accords entre les opérateurs économiques du secteur — qui confère aux opérateurs concernés la charge de fixer les prix imposés pour la vente au détail, en rendant de ce fait inutiles des comportements anticoncurrentiels du type interdit par l'article 85, paragraphe 1.

16. Une première réponse à cette question peut déjà être trouvée dans l'arrêt Leclerc-carburants du 29 janvier 1985 [17]. En effet, dans cet arrêt, après avoir relevé que la réglementation en cause « ne vise pas à imposer la conclusion d'accords entre fournisseurs et détaillants ou d'autres comportements tels que prévus à l'article 85, paragraphe 1, du traité », la Cour a ensuite souligné que cette réglementation « confie, au contraire, la responsabilité de fixer les prix aux autorités publiques qui se basent à cet effet sur une série d'éléments de différente nature » et a enfin ajouté que la circonstance que parmi les éléments pris en considération figurent « les prix de reprise fixés par les fournisseurs [...] ne prive pas une réglementation comme celle litigieuse en l'espèce de son caractère étatique et n'est pas susceptible d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises » (point 17).

Il ressort *a contrario* de ces affirmations que l'effet utile des règles sur la concurrence risque d'être compromis lorsque la réglementation en question, en laissant aux opérateurs concernés la charge de réglementer le marché, perd son caractère étatique, mais pas lorsqu'une telle responsabilité reste du ressort des autorités publiques [18].

17. Le cadre jurisprudentiel que nous venons d'esquisser est enfin complété par l'arrêt van Eycke [19], dans lequel la Cour a « codifié » les deux courants évoqués ci-dessus, en affirmant que l'effet utile des règles sur la concurrence est compromis, notamment, lorsqu'un État membre « soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 85 ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en

17 — Affaire 231/83, Rec. p. 305.

18 — Une conception identique est à la base de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, qui ne soulève en effet aucune objection à l'encontre de mesures qui prévoient un contrôle actif de la part de l'État (voir, par exemple, l'arrêt Bates v. State Bar of Arizona, 97 U. S. 2691, 1977), alors qu'elle tient pour inconstitutionnelles les mesures qui laissent aux seuls opérateurs économiques la responsabilité de réglementer le marché (voir, par exemple, l'arrêt Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U. S., 1975, qui a condamné une réglementation qui permettait à l'ordre des avocats de fixer des honoraires minimums).

19 — Arrêt du 21 septembre 1968, 267/86, Rec. p. 4769. Dans cette affaire, le litige concernait une mesure étatique relative à une exonération fiscale en faveur de la rémunération tirée de dépôts d'épargne, mesure qui était intervenue dans un secteur où il existait des accords interbancaires destinés précisément à limiter la rémunération des dépôts d'épargne. La Cour a toutefois estimé qu'il n'était pas établi que la réglementation litigieuse ait pu « viser à imposer ou favoriser la conclusion de nouvelles ententes ou la mise en œuvre de nouvelles pratiques » ni qu'elle s'était bornée à « reprendre totalement ou partiellement à son compte les éléments des accords intervenus entre opérateurs économiques tout en obligeant ou incitant ces opérateurs à en assurer le respect » (point 18); elle a en outre exclu que la circonstance que ladite réglementation a été adoptée après concertation avec les représentants du secteur en question soit de nature à lui retirer son caractère de réglementation étatique (point 19).

déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique » [20] (point 16).

Considérations d'ensemble sur la jurisprudence

18. Si l'examen de la jurisprudence développé jusqu'à présent, d'une part, ne permet pas d'exclure que la théorie de l'effet utile puisse aussi trouver application au-delà des cas définis dans l'arrêt van Eycke, il nous semble, d'autre part, indiquer très clairement que les mesures étatiques ayant un effet anticoncurrentiel objectif ne sauraient, de ce seul fait, être appréciées sous l'angle des articles 3, sous f, 5 et 85 [21].

En effet, dans les applications pratiques [22] la Cour a jusqu'à présent subordonné l'illégalité des mesures nationales litigieuses à l'existence d'un lien substantiel entre la mesure en question et les comportements anticoncurrentiels imputables aux entreprises, ce qui implique que l'effet utile de l'article 85 est compromis en présence de deux conditions:

— existence d'un accord contraire à l'article 85, paragraphe 1;

— existence d'une mesure étatique qui l'impose, le facilite, voire en renforce les effets.

Certes, la présence de ces conditions n'est plus requise dans l'hypothèse, qui est restée jusqu'à présent au stade théorique, où un État membre délègue à des opérateurs privés la responsabilité d'adopter des décisions d'intervention en matière économique, mais cela précisément parce qu'à travers une telle délégation l'État membre *retire son caractère publique à la réglementation.*

A cet égard, se pose à nouveau la question, qui a été déjà soulevée par l'avocat général Capotorti dans les conclusions présentées dans l'affaire van Tiggele [23], de savoir si « il n'est pas insuffisant de s'arrêter à la considération formelle du caractère d'acte de l'autorité que l'État peut conférer (et qu'il a en l'espèce conféré) aux décisions d'organismes qui sont chargés d'exercer des fonctions d'intérêt public de réglementation de l'économie ». Une réponse positive à cette question, qui nous paraît devoir être partagée, est fondée sur le fait que ces décisions pourraient être analysées sous l'angle des articles 3, sous f), 5 et 85, au cas où la composition des organismes habilités à les prendre serait de nature à concrétiser, en fait, une « décision d'associations d'entre-

20 — La même formule a été ensuite reprise dans plusieurs arrêts ultérieurs dans lesquels, d'ailleurs, l'examen effectué par la Cour a révélé qu'aucune de ces conditions n'était satisfaite et que, par conséquent, les réglementations en cause n'étaient pas critiquables de ce point de vue (voir l'arrêt du 24 janvier 1991, Alsthom Atlantique, C-339/89, Rec. p. I-107, point 11, ainsi que l'arrêt du 28 février 1991, Marchandise, précité, point 22). Voir en outre l'arrêt du 19 mars 1992, Morais (C-60/91, Rec. p. I-2085, points 11 et 12), dans lequel la Cour n'a même pas examiné si la mesure litigieuse correspondait à l'une des hypothèses indiquées, parce que la mesure en question n'était pas de nature à affecter le commerce entre États membres et n'était donc en aucun cas susceptible de produire des effets comparables à ceux d'un accord incompatible avec l'article 85, paragraphe 1.

21 — Les arrêt van de Haar et Leclerc-carburants, précités, sont particulièrement significatifs à cet égard.

22 — Nous nous référons aux arrêts « Nouvelles Frontières », BNIC/Aubert, Ahmed Saaed et Vlaamse Reisbureaus, dans lesquels la Cour a précisément conclu à l'illégalité des mesures nationales litigieuses.

23 — Conclusions présentées le 13 décembre 1977 dans l'affaire 82/77, Rec. 1978, p. 42, et spécialement p. 48.

prises » ou même une pratique concertée. D'ailleurs, il convient de relever que l'hypothèse en question a été invoquée par les parties et/ou évoquée par la Cour dans des affaires où *le régime résultant de la mesure litigieuse produisait des effets analogues à ceux qui résultaient précédemment d'un ensemble d'accords conclus entre les opérateurs du secteur* [24].

En définitive, il nous semble que la jurisprudence susmentionnée peut être résumée comme suit: l'effet utile des règles sur la concurrence ne risque d'être compromis qu'en présence de mesures étatiques qui permettent aux entreprises privées de *se soustraire* aux contraintes prévues à l'article 85, mesures qui sont donc manifestement élusives, soit parce que a) elles offrent une couverture légale à des comportements qui seraient sinon interdits, soit parce que b) elles rendent de tels comportements inutiles du fait qu'elles laissent aux opérateurs intéressés la charge de ... réglementer le marché, ce qui implique que l'action de ces opérateurs pourra s'analyser, en substance, en un comportement d'entreprises au sens de l'article 85.

Les mesures litigieuses à la lumière de la jurisprudence

19. Bien que les hypothèses codifiées dans la jurisprudence susmentionnée, tout en contribuant à tracer un scénario de référence suffisamment net, ne puissent pas être considérées comme exhaustives, il nous paraît toutefois utile d'examiner tout d'abord si les mesures contestées par M. Meng et par OHRA relèvent d'une de ces hypothèses.

a) *Affaire C-2/91*

Disons d'emblée qu'il y a lieu d'exclure, dans l'affaire Meng, l'existence de circonstances de nature à enlever aux mesures en question le caractère de réglementation étatique. En effet, l'interdiction de céder la commission a été adoptée par le Bundesaufsichtsamt, autorité administrative relevant du ministre des Finances et habilitée à adopter des mesures destinées, notamment, à interdire des comportements susceptibles de porter atteinte aux intérêts des consommateurs. D'ailleurs, il faut souligner ici que les représentants des associations des compagnies d'assurance sont simplement invités à participer à la préparation des décisions de cet organisme mais non pas à en déterminer le contenu [25].

20. Nous passons donc à l'appréciation du cas en question par rapport à l'autre hypothèse codifiée par la jurisprudence, hypothèse qui implique l'existence d'un lien substantiel entre la mesure litigieuse et les comportements anticoncurrentiels des entreprises privées.

A cet égard, il convient tout d'abord d'exclure que les mesures en question visent à *imposer ou à faciliter la conclusion de*

24 — Tel est en effet le cas non seulement de l'arrêt van Tiggele, mais également des arrêts Leclerc-livres et van Eycke. Une situation de fait analogue est à l'origine de l'affaire INNO/ATAB.

25 — A cet égard, nous rappelons que la Cour, dans l'arrêt van Eycke, précité, a affirmé que le caractère étatique d'une réglementation ne saurait être remis en cause par la simple circonstance que cette réglementation a été adoptée après concertation avec les représentants des associations du secteur en question (point 19).

nouveaux accords. En outre, nous hésitons fortement à souscrire à la thèse de la Commission, selon laquelle les mesures en question auraient *renforcé les effets d'accords préexistants*, dans un sens analogue à ce qui a été clarifié par la Cour dans l'affaire Vlaamse Reisbureaus [26], dans laquelle était en discussion une réglementation nationale qui interdisait aux agents de voyages de céder aux clients une partie ou la totalité de la commission qui leur revenait. Nous rappelons en effet que, dans cette affaire, la Cour certes a établi que la transformation d'une obligation purement contractuelle en obligation légale constitue un cas de renforcement des effets d'accords préexistants, mais cela — évidemment — uniquement après avoir constaté l'existence d'un système d'accords dont la réglementation contestée avait repris le contenu.

Dans notre cas, la situation se présente de manière différente, pour la simple raison que dans les secteurs d'assurance en question (maladie, défense et recours) il n'y a jamais eu, ainsi qu'il résulte du dossier, des accords entre entreprises qui, comme nous l'avons déjà dit, ne sont intervenus que dans la branche vie.

La Commission estime cependant que les mesures en question auraient renforcé les accords intervenus dans le secteur vie parce que, en étendant l'interdiction de céder la commission à d'autres branches d'assurance, elles en auraient élargi le champ d'application. A notre avis, une telle construction ne pourrait s'appliquer au cas qui nous occupe que si l'interdiction de céder la commission avait été adoptée simultanément pour tous les secteurs d'assurance. Nous nous expliquons: un renforcement des effets d'accords préexistants serait tout au plus concevable si les mesures nationales qui ont repris le contenu de l'accord passé entre les entreprises d'assurance de la branche vie, et qui par conséquent l'ont remplacé, ne s'étaient pas limitées à rendre obligatoire l'interdiction en question pour tous les opérateurs de ce secteur mais l'avaient simultanément étendue aussi aux opérateurs de secteurs contigus.

En revanche, du moment que la prétendue « extension » aux secteurs contigus serait intervenue, par rapport à la date à laquelle l'interdiction en question a été rendue obligatoire pour le secteur vie, onze ans plus tard en ce qui concerne l'assurance-maladie et quarante-quatre ans plus tard pour l'assurance-défense et recours, une telle thèse semble peu convaincante. En effet, cette circonstance rend manifeste que les mesures de 1934 (assurance-maladie) et de 1967 (assurance-défense et recours) ne peuvent pas avoir renforcé un accord qui, se rapportant à la seule branche de l'assurance vie, a cessé d'exister — par définition — à partir du moment où il a été « remplacé » par les mesures étatiques qui en ont repris le contenu, c'est-à-dire depuis le 10 août 1923. Il serait à tout le moins singulier d'estimer que les mesures en question ont renforcé les effets d'un accord qui n'était plus en vigueur depuis longtemps au moment de leur adoption.

21. En définitive, il faut reconnaître qu'il n'existe aucun lien substantiel entre les mesures en question et les accords intervenus entre les entreprises travaillant dans la branche vie. Par contre, on peut relever que ces accords sont à la base de l'interdiction de cession de la commission qui, initialement adoptée pour la seule branche vie, a ensuite fini par intéresser — quoique par

26 — Arrêt du 1er octobre 1987, précité.

étapes successives — toutes les branches d'assurance.

Si cette circonstance peut permettre de considérer que les entreprises des autres branches d'assurance ont « poussé » pour obtenir l'adoption de la même interdiction que celle qui existait déjà pour la branche vie, elle ne suffit certainement pas pour établir que les mesures litigieuses sont liées à un comportement anticoncurrentiel interdit par l'article 85 du traité. D'autre part, le secteur des assurances ne constitue pas, en tant que tel, un marché homogène; en particulier, la branche vie présente des caractéristiques tellement spécifiques et particulières, par rapport aux autres branches d'assurance, que l'existence d'un comportement anticoncurrentiel de la part des entreprises travaillant dans cette branche n'est pas en elle-même concluante ni même indicative des orientations et des intérêts des entreprises travaillant dans les autres branches.

b) *Affaire C-245/91*

22. Quant à l'affaire OHRA, disons d'emblée qu'il ne ressort ni de l'ordonnance de renvoi ni des observations présentées par OHRA qu'il existe un accord dans le sens exigé par la jurisprudence qui a été rappelée.

En effet, les accords entre entreprises d'assurance et entre celles-ci et les intermédiaires, dont l'existence a été soulignée par OHRA dans les réponses aux questions posées par la Cour, se révèlent, déjà à première vue, dénués de toute pertinence par rapport à la mesure étatique en question [27] ou, en tout cas, aucunement liés à celle-ci, étant donné qu'une règle déontologique qui se borne à rappeler « à toutes fins utiles » les dispositions de l'article 16 de la WABB ne saurait assurément être considérée comme un comportement anticoncurrentiel interdit par l'article 85.

Sur l'illégalité de mesures étatiques en l'absence d'un lien avec des comportements anticoncurrentiels d'entreprises

23. Cela dit, il est évident que la circonstance que les mesures en question ne relèvent d'aucune des hypothèses définies par la Cour et, d'un point de vue plus général, ne présentent aucun lien avec des comportements anticoncurrentiels des entreprises du secteur n'est cependant pas de nature à permettre une réponse concluante au problème dont il s'agit ici.

Il reste en effet à examiner si, en dehors des hypothèses indiquées, l'obligation imposée aux États membres de ne pas compromettre l'effet utile des règles sur la concurrence adressées aux entreprises privées peut être violée — et éventuellement dans quelles limites — également par une réglementation étatique qui n'est pas liée à des comportements anticoncurrentiels interdits par le droit communautaire. C'est précisément cet aspect qui a été notamment débattu après la réouverture de la procédure orale, réouverture qui a justement permis aux parties et à tous les États membres de présenter leurs observations sur ce point spécifique.

En substance, le problème consiste évidemment à *établir si une réglementation étatique prive l'article 85 de son effet utile* — et est

27 — Tel est le cas d'accords qui, ainsi que la Commission l'a fait valoir, relèvent du champ d'application de la réglementation d'exemption par catégorie.

par conséquent illégale — *en raison du seul fait qu'elle produit un effet équivalant à celui d'un accord interdit par cet article.*

24. Disons d'emblée que d'un point de vue strict, qui s'impose en l'espèce, cette thèse s'avère dépourvue de fondement juridique.

L'obligation pour les États membres de ne pas éliminer l'effet utile des règles de concurrence adressées aux entreprises privées trouve son fondement dans l'article 5, deuxième alinéa, du traité, qui « énonce une obligation générale des États membres, dont le contenu concret dépend, dans chaque cas particulier, des dispositions du traité » [28] et, partant, en l'espèce, de l'article 85. Il s'ensuit donc l'impossibilité de rattacher à une telle disposition l'illégalité de mesures étatiques, qui ont pourtant un effet équivalant à celui d'un accord entre entreprises interdit par l'article 85, paragraphe 1, en l'absence de tout lien — même indirect — avec des comportements anticoncurrentiels imputables aux entreprises.

Nous ne pensons pas non plus que l'article 3, sous f), auquel une partie de la doctrine attribue un rôle fondamental, soit de nature à modifier les termes du problème. La disposition en question se limite en effet à énoncer un but de la Communauté, qui est « précisé dans plusieurs dispositions du traité relatives aux règles de concurrence » [29]. Il n'est sans doute pas fortuit que l'article 3 envisage la réalisation de ce but « dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité ». Cela signifie que le régime de la libre concurrence, alors que l'article 3 l'énonce comme but, trouve en définitive sa réglementation, et donc également ses limites, *dans les conditions prévues par le traité.* Une conception différente équivaut à considérer comme superflues les dispositions matérielles sur la concurrence: l'article 3 serait suffisant pour régler toute affaire pertinente.

En revanche, il ne fait aucun doute que, de même que le but énoncé à l'article 3, sous a), doit être réalisé dans les conditions prévues par les dispositions matérielles suivantes (articles 9 à 12, 30 à 37 et 95), le but visé à l'article 3, sous f), ne peut être poursuivi que dans les conditions prévues par les dispositions matérielles contenues dans les articles 85 à 94 et, pour ce qui concerne plus spécialement les comportements des États, dans les articles 90 (entreprises publiques et entreprises titulaires de droits exclusifs ou spéciaux) et 92 et 93 (réglementation des aides accordées par les États).

25. En définitive, considérant qu'à défaut d'une disposition spécifique « l'obligation générale des États membres résultant de l'article 5 du traité [...] ne saurait être invoquée » [30] et que l'article 3, sous f), se limite à énoncer un principe/objectif qui est ensuite spécifié dans les articles 85 à 94, les éventuels effets anticoncurrentiels de mesures étatiques adressées aux entreprises privées pourront être censurés, dans la mesure où ils compromettent l'effet utile de l'article 85, uniquement par rapport à la violation des interdictions que ce même article 85, paragraphe 1, impose aux entreprises.

28 — Arrêt du 8 juin 1971, Deutsche Grammaphon, précité, point 5.

29 — Voir, entre autres, l'arrêt INNO/ATAB, précité, point 29.

30 — Ordonnance du 30 septembre 1987, Brother (229/86, Rec. p. 3757, et spécialement p. 3763).

D'autre part, ainsi qu'il a été confirmé pour la énième fois dans l'arrêt « pâtes de bois » [31], il n'est pas suffisant de prouver l'effet anticoncurrentiel du comportement des entreprises, qui pourrait être le résultat d'un simple parallélisme de comportement, mais il faut apporter la preuve qu'une concertation est à la base de ce comportement. Cela confirme définitivement que l'article 85, loin d'interdire le simple effet anticoncurrentiel, entend au contraire poursuivre les moyens utilisés par les entreprises pour l'obtenir, c'est-à-dire les accords et les pratiques concertées. A fortiori, pour ce qui concerne les mesures étatiques, il ne nous semble donc pas permis d'en critiquer l'éventuel effet anticoncurrentiel indirect si cet effet n'est pas de quelque manière lié au comportement des entreprises ni, en définitive, à l'article 85, c'est-à-dire si cet effet ne constitue pas en quelque sorte une couverture, directe ou indirecte, d'un comportement — réel et pas seulement virtuel, rappelons-le — des entreprises.

Dans le cas contraire, la prétendue illégalité des mesures étatiques devrait rester liée aux seules dispositions combinées des articles 3, sous f), et 5, deuxième alinéa: le premier étant évidemment conçu non pas comme un objectif à réaliser dans les conditions prévues par le traité mais comme un principe fondamental et autonome auquel les dispositions sur la concurrence seraient liées par un rapport de simple complémentarité. D'ailleurs, une telle construction, tout en paraissant très improbable à la lumière d'une interprétation systématique du traité, poserait évidemment le problème non négligeable de l'effet d'un tel principe sur la position juridique des particuliers: n'oublions pas qu'en l'espèce c'est le particulier qui s'est prévalu devant le juge national d'une situation juridique subjective qui lui a été conférée, selon ses dires, par le droit communautaire et que le droit national méconnaît. Or, il nous semble à tout le moins exclu que l'on puisse attribuer un effet direct à l'article 3, sous f), même lu en combinaison avec l'article 5.

26. Se fondant sur la jurisprudence concernant l'article 90 et notamment sur l'affirmation contenue dans l'arrêt RTT [32], selon laquelle une mesure nationale ne peut légitimement mettre une entreprise publique ou une entreprise titulaire de droits exclusifs ou spéciaux dans une situation qui, si elle avait été le résultat d'un comportement autonome de l'entreprise en question, constituerait une violation de l'article 86 du traité, il a été en outre soutenu au cours de la procédure, entre autres par le gouvernement espagnol, que ces considérations devraient également valoir en ce qui concerne les entreprises privées: rien ne justifierait en effet qu'elles soient soumises à un régime différent de celui, prévu à l'article 90, paragraphe 1, qui est appliqué aux entreprises.

Il s'agit donc d'établir s'il existe une identité de contenu entre les obligations prévues, respectivement, à l'article 5, deuxième alinéa, d'une part, et à l'article 90, paragraphe 1, d'autre part.

A cet égard, nous relevons que l'existence même d'une disposition, à savoir l'article 90, paragraphe 1, qui impose expressément aux États membres qu'ils n'édictent ni ne maintiennent, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises titulaires de droits exclusifs ou spéciaux, aucune mesure

31 — Voir arrêt du 31 mars 1993, Ahlström e.a./Commission (affaires jointes C-89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, non encore publié au Recueil).

32 — Arrêt du 13 décembre 1991, point 20 (C-18/88, Rec. p. I-5941).

contraire aux règles de concurrence, tandis que l'article 5 permet uniquement de déduire une obligation de ne pas compromettre l'effet utile de ces mêmes règles, justifie la différence de régime à laquelle sont soumises les entreprises en question.

Le choix opéré par les auteurs du traité — qui peut en fait être justifié compte tenu de la nature des mesures d'exclusivité (dans la mesure où elles affectent la structure même des marchés) et des intérêts particuliers que les États membres conservent dans le secteur public (donc en qualité d'opérateurs économiques) — pourra se discuter sur le plan scientifique: il reste néanmoins qu'il est inscrit dans le traité et constitue en tout état de cause un choix typique du législateur et non du juge. Cela vaut a fortiori dans un système, tel que le système communautaire, qui repose sur une répartition des compétences entre États membres et Communauté. A cet égard, nous songeons également à ce qui est prévu par les articles 101 et 102 du traité qui, à l'évidence, supposent l'existence et la légalité de mesures étatiques anticoncurrentielles, quitte à mettre en œuvre des mécanismes destinés à y remédier, mécanismes qui impliquent la Commission et les États membres.

27. Cela étant précisé sur le plan des principes, nous ne pouvons nous empêcher de souligner que en l'absence de fondement juridique, la solution contraire envisagée au cours de la procédure, quoique séduisante, reste précisément une suggestion dialectique.

D'ailleurs, une solution qui serait fondée sur le seul effet anticoncurrentiel d'une réglementation nationale présente bon nombre d'inconvénients, dans la mesure où la Cour pourrait être appelée à apprécier toute mesure nationale relative à l'exercice de l'activité économique des entreprises [33], et surtout en raison de l'insécurité juridique qui en résulterait pour les administrés quant au type de mesures étatiques incompatibles avec les règles sur la concurrence.

Même si le contrôle sur un tel type de mesures n'était que marginal et circonscrit au contrôle de la cohérence interne de la mesure, c'est-à-dire un examen de la proportionnalité des moyens adoptés aux objectifs d'intérêt général poursuivis, il reste que le fait même de pouvoir vérifier si le choix du législateur est justifié par des motifs d'intérêt général, et notamment si un tel intérêt prévaut ou non par rapport à l'effet anticoncurrentiel de la réglementation dont il s'agit, peut conduire à des solutions arbitraires en l'absence de critères de légalité préétablis.

De toute façon, il s'agirait d'une construction artificielle, dont les risques éventuels ont été amplement soulignés par les États membres et la Commission au cours de la procédure.

28. Certes, une solution fondée exclusivement sur l'existence d'un lien entre la réglementation étatique et des comportements anticoncurrentiels de personnes privées peut laisser à désirer, dans la mesure où il n'est pas exclu que dans certains cas l'existence ou non d'une entente entre les entreprises se réduise à une donnée d'importance purement formelle.

33 — Étant donné que le fait même de réglementer le marché comporte, par définition, une limitation de la concurrence, il est en effet rare que des mesures étatiques relatives à l'exercice de l'activité économique des entreprises ne comportent pas d'effets anticoncurrentiels.

Tel peut être le cas (et il s'agit au fond de l'unique hypothèse) lorsqu'une mesure étatique a faussé la concurrence d'une façon qui répond en substance aux indications des opérateurs économiques intéressés. A cet égard, force est de constater, d'une part, que l'influence des personnes privées sur le processus de formation des règles juridiques constitue une constante des ordres juridiques modernes et que, d'autre part, il n'est pas du tout aisé de contrôler si les mesures étatiques dont il s'agit correspondent effectivement (et jusqu'à quel point) à des orientations des personnes privées qui, du reste, peuvent très bien coïncider avec l'intérêt public poursuivi par le législateur.

29. En revanche, on peut concevoir que dans certains cas il serait plus pertinent d'exclure l'incompatibilité de la mesure étatique en dépit de l'existence d'un lien avec le comportement d'entreprises, en ce sens que, ainsi que le gouvernement français l'a également souligné, si ce lien est nécessaire, il n'est cependant pas toujours suffisant pour conclure à l'incompatibilité avec l'article 85.

Il est vrai que le lien avec une entente entre entreprises peut se réduire à un élément purement formel. Mais cela signifie seulement, au sens strict, que seules les mesures que les auteurs du traité ont spécifiquement mentionnées aux articles 90 et 92 à 93, à l'exclusion de toute autre mesure, devraient être considérées comme des mesures étatiques incompatibles avec le droit communautaire. Toutefois, nous estimons que l'effort de la jurisprudence tendant à considérer comme incompatibles également les mesures qui facilitent, déterminent ou rendent inévitable la violation des règles adressées aux entreprises doit être apprécié à sa juste valeur et que le manque de rigueur n'est qu'apparent, car on revient toujours à l'application du critère d'interprétation systématique, en vertu duquel les règles sont interprétées les unes en fonction des autres, à condition, bien entendu, de ne pas aller trop loin et de ne pas perdre de vue, avec une jurisprudence développée pas à pas, l'indispensable aspect normatif constituant le fondement et l'objet de la rigueur herméneutique qui s'impose dans la lecture du traité.

30. De toute façon, il ne nous semble pas que l'approche qui a été suivie jusqu'à présent par la Cour soit de nature à conférer l'immunité à des mesures ayant pour seul et unique but d'éluder les règles sur la concurrence.

A cet égard, il convient de relever le caractère purement résiduel des cas dans lesquels il s'avérerait nécessaire de recourir aux articles 3, sous f), 5 et 85, afin de constater l'illégalité d'une réglementation nationale ayant les mêmes effets qu'un accord interdit par l'article 85. La plupart des réglementations économiques « anticoncurrentielles » affectent en effet le régime communautaire du marché commun sous l'angle des articles 30 ou 59, en ce sens qu'une mesure étatique « susceptible d'affecter le commerce entre États membres sera normalement incompatible avec les articles 30 et 34 » [34]

En fait, la Cour, ainsi qu'il a été exposé, en examinant des réglementations nationales en matière de contrôle des prix et tarifs, dont la compatibilité avec les règles sur la concurrence était contestée, a au contraire estimé que ces réglementations devaient être considérées sous l'angle de l'article 30 [35]. Il

34 — Arrêt du 16 novembre 1987, INNO/ATAB, précité, point 35.

35 — Voir, par exemple, les arrêts déjà cités van Tiggele, Buys, Roussel et Duphar, ainsi que l'arrêt INNO et, dans une certaine mesure, l'arrêt Leclerc-livres.

est en effet incontestable que l'article 30, ainsi que cela a été également mis en évidence dans la doctrine [36], permet de parvenir au même résultat en conformité avec les dispositions du traité.

L'application de l'article 30 ou de l'article 59 ne requiert pas une construction artificielle, puisqu'il s'agit de règles d'interprétation stricte s'adressant aux États membres et permettant un contrôle de la mesure étatique en question sur la base de critères clairs et précis.

31. Les mesures contestées par M. Meng et par OHRA, par exemple, pourraient assurément être soumises à l'appréciation de la Cour sous l'angle de l'article 59 pour autant que les conditions en soient réunies: c'est-à-dire en présence d'un élément transfrontalier qui fait cependant défaut dans les cas dont il s'agit ici. En effet, il n'est pas exclu que les mesures nationales litigieuses structurent les marchés allemand et hollandais de telle manière que leur accès soit rendu plus difficile pour les intermédiaires et les compagnies d'assurance établis dans d'autres États membres.

En fait, la réglementation néerlandaise en cause dans l'affaire OHRA a été examinée par la Commission, qui est d'ailleurs arrivée à la conclusion qu'il s'agit d'une réglementation justifiée en raison de la protection du consommateur, relativement à la libre prestation des services. La Commission a cependant relevé, notamment à l'audience, qu'il ressort clairement du dossier que l'affaire OHRA se réduit à une situation purement interne, puisqu'il s'agit d'une compagnie d'assurance néerlandaise qui a annoncé, par voie de publicité dans la presse néerlandaise, l'octroi de certains avantages aux consommateurs néerlandais qui souscriraient un contrat d'assurance pour des risques situés sur le territoire national.

32. Il a toutefois été souligné que les mesures étatiques qui ne créent pas un obstacle aux échanges au sens de l'article 30 (ou 59) mais sont susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres, resteraient en tout état de cause en dehors du champ d'application du traité. Tel pourrait être le cas principalement en ce qui concerne les réglementations de prix et de tarifs qui se limitent à imposer le gel du prix de vente au détail tout en laissant libre la détermination du prix à l'importation.

Étant donné que l'article 30 sera de toute façon applicable s'il s'avère que le prix au détail est fixé à un niveau tel que l'écoulement des produits importés devient plus difficile que celui des produits nationaux, il s'agira donc de situations purement internes qui, en tant que telles, ne pourront affecter *sensiblement* le commerce entre États membres, au sens de l'article 85, paragraphe 1, que dans des cas très particuliers.

Vu le caractère marginal d'une pareille hypothèse, nous tenons donc pour excessives, par rapport au résultat recherché, les éventuelles conséquences négatives, telles qu'elles ont été exposées en cours de procédure, d'une approche en vertu de laquelle sont en principe considérées comme incompatibles avec les dispositions du traité sur la concurrence — à moins, évidemment, d'une justification pour des motifs d'intérêt

36 — Voir par exemple Ulrich, State intervention and EEC competition Law, World competition, 1990, p. 79 et ss.

général — toutes les mesures étatiques ayant des effets analogues à ceux d'un accord interdit par l'article 85.

33. En définitive, nous sommes d'avis que l'article 5, deuxième alinéa, lu en combinaison avec les articles 3, sous f), et 85, paragraphe 1, ne permet pas d'apprécier la compatibilité d'une mesure étatique en l'absence de tout lien avec des comportements anticoncurrentiels de personnes privées, quand bien même cette mesure produirait en elle-même et objectivement un effet équivalant à celui d'un accord interdit en vertu de l'article 85.

34. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposons donc à la Cour de répondre comme suit aux questions posées, dans les affaires respectives, par le Kammergericht Berlin et l'Arrondissementsrechtbank Arnhem:

a) *dans l'affaire C-2/91*

« Les articles 3, sous f), 5, deuxième alinéa, et 85, paragraphe 1, du traité doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne font pas obstacle, en l'absence d'un lien avec des comportements des entreprises interdits par l'article 85, paragraphe 1, à l'application d'une réglementation étatique qui, comme en l'espèce, interdit aux intermédiaires d'assurance des branches maladie et défense et recours de céder toute ou partie de la commission qui leur revient »;

b) *dans l'affaire C-245/91*

« Les articles 3, sous f), 5, deuxième alinéa, et 85, du traité doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne font pas obstacle, en l'absence d'un lien avec des comportements des entreprises interdits par l'article 85, paragraphe 1, à l'application d'une réglementation étatique qui interdit de consentir, d'octroyer ou de promettre, dans le cadre d'un contrat d'assurance, une commission, une ristourne ou quelqu'autre avantage évaluable en espèces à des personnes autres que l'intermédiaire à qui appartient le portefeuille d'assurances ».