CONCLUSIONS DU JUGE AU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE M. HEINRICH KIRSCHNER
présentées le 21 février 1990 *

A — Les faits ... 313

B — Le bien-fondé du recours ... 316

I — La compatibilité de l'application de l'article 86 avec l'exemption ... 316

1) La situation en droit ... 317

a) Le traité et son interprétation par la Cour de justice ... 317

b) L'exemption à titre individuel et l'application de l'article 86 ... 322

c) L'exemption par catégorie et l'application de l'article 86 ... 326

2) L'acquisition de la licence de brevet en tant qu'abus de position dominante ... 330

a) Les éléments de l'abus de position dominante ... 330

b) La constatation de l'infraction dans la décision attaquée ... 336

II — Violation du principe de sécurité juridique ... 338

1) Le caractère prévisible de l'application de l'article 86 ... 340

a) L'application de l'article 86 était prévisible en dépit de l'exemption par catégorie ... 340

b) Une sécurité juridique accrue grâce à la possibilité d'obtenir une attestation négative ... 342

2) L'atteinte portée à des relations juridiques établies, de bonne foi, sur l'exemption ... 343

III — Une menace pour l'application uniforme du droit communautaire ... 344

C — Conclusion ... 346

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Aux termes de l'article 2 de la décision du Conseil du 24 octobre 1988 [1], le membre du Tribunal de première instance qui est appelé à exercer les fonctions d'avocat général a pour rôle de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées en vue d'assister le Tribunal dans l'accomplissement de sa mission. C'est à nous qu'est échu l'honneur de présenter les toutes premières conclusions qui soient prononcées devant la juridiction de céans. Nous nous efforcerons de remplir cette tâche avec impartialité et en

* Langue originale: l'allemand.

1 — JO 1988, L 319, p. 1; une version rectifiée a été publiée au JO 1989, C 215, p. 1.

toute conscience, de manière à aider l'assemblée plénière du Tribunal à prendre la première décision de son histoire. Eu égard à l'importance de la présente affaire, nous avons décidé de vous soumettre nos conclusions non pas par écrit, mais verbalement, au cours de la présente audience.

A — Les faits

Les faits vous étant connus, nous ne reviendrons que sur les points essentiels, dans la mesure où ils peuvent faciliter la compréhension ou contribuer à la solution dans la présente affaire.

2. La partie requérante, Tetra Pak Rausing SA, coordonne à partir de la Suisse les activités du groupe Tetra Pak. Il s'agit sans doute de ce qu'en droit allemand on appelle un « Konzern ». Le groupe Tetra produit et commercialise des cartons et des machines de remplissage pour le conditionnement de produits alimentaires liquides; il est le leader mondial dans ce domaine. C'est vrai en particulier pour le conditionnement aseptique de liquides, principalement du lait dit UHT, puisque Tetra a été l'une des premières sociétés à développer de tels procédés et à livrer les équipements et les matériaux d'emballage correspondants.

3. En 1985, la part de marché de Tetra dans la Communauté européenne était de 91,8 % pour les machines de remplissage aseptique et de 89,1 % pour les cartons correspondants. Selon la Commission, en acquérant la licence exclusive pour un brevet relatif à un autre procédé de stérilisation des cartons, Tetra aurait entravé l'accès de nouveaux concurrents au marché des installations et du matériel pour le conditionnement aseptique du lait et aurait ainsi violé l'article 86 du traité CEE [2]. Tetra tient ce grief pour dénué de fondement puisque la licence de brevet fait partie des accords exemptés au titre du règlement (CEE) n° 2349/84 [3]. Pour bien montrer quelle est l'importance de l'acquisition de cette licence par Tetra, il convient de se représenter tout d'abord les particularités techniques des marchés en cause.

4. Le procédé UHT consiste à porter le lait pendant une courte période à une température d'environ 140 °C pour le débarrasser de ses germes. Aussitôt après cette opération, il est procédé au remplissage automatique, en asepsie stricte, dans des cartons qui ont auparavant été stérilisés par la même machine. Le lait ainsi traité peut être conservé pendant plusieurs mois et, contrairement à celui qui est soumis aux procédés usuels de stérilisation, sa saveur n'est pas notablement affectée. Mais si la stérilité lors du conditionnement n'est pas absolue, le produit risque de se détériorer et de devenir toxique.

5. Les barrières techniques d'accès au marché des machines de conditionnement aseptique sont élevées. Si la méthode de stérilisation fondamentale employée par Tetra n'est plus couverte par des brevets, il reste néanmoins que la fabrication des machines garantissant la stérilité nécessaire requiert un important savoir-faire et une longue expérience. La fabrication du matériel d'emballage est techniquement moins difficile, mais la vente des cartons est en règle générale couplée à celle des machines. La clé de l'accès au marché pour ces cartons réside par conséquent dans la capacité de livrer également les machines de remplissage correspondantes.

2 — Les articles qui sont cités ci-après sans indication de la source sont des articles du traité CEE

3 — JO 1984, L 219, p 15

6. Le lait UHT est généralement commercialisé dans des cartons en forme de brique. Les machines de remplissage disponibles dans le commerce stérilisent ces cartons à l'aide de peroxyde d'hydrogène concentré. La chaleur permet ensuite de sécher les cartons de tout résidu de ce produit avant le remplissage et d'en préserver la stérilité.

Le système de remplissage développé par Tetra consiste à livrer le matériel d'emballage en rouleaux et à le stériliser à plat, après l'avoir déroulé. Ce n'est qu'au moment du remplissage que les cartons sont mis en forme et scellés de tous les côtés. Le seul autre procédé commercialisé dans la Communauté emploie en revanche des cartons préformés et a été développé par PKL, une filiale de Rheinmetall. Par rapport au procédé développé par Tetra, ce système présente l'inconvénient que le peroxyde d'hydrogène sèche moins facilement dans des cartons préformés que sur une surface plane, de sorte que le risque constitué par la présence de résidus du produit désinfectant s'en trouve accru.

7. Ces inconvénients sont réduits par l'emploi d'un procédé de stérilisation développé au Royaume-Uni et qui fait l'objet de la licence à laquelle se rapporte la présente affaire. Ce procédé renforce les effets du peroxyde d'hydrogène par l'emploi de la lumière ultraviolette; il suffit ainsi d'une solution diluée de ce produit pour assurer la désinfection. Des brevets, qui expireront en l'an 2000, ont été délivrés pour cette technologie en Irlande, en Espagne, en Belgique et dans quelques États tiers, par exemple aux États-Unis, au Canada et au Japon. Des demandes de brevet ont été introduites en Italie et, au titre de la convention sur le brevet européen, pour le Royaume-Uni, la France, la République fédérale d'Allemagne, les Pays-Bas ainsi que l'Autriche, la Suisse et la Suède. Le titulaire des brevets était, au départ, le National Research and Development Council (NRDC) britannique. Celui-ci a accordé, à compter du 27 août 1981, une licence pour les brevets et pour le savoir-faire lié à cette technologie à la Novus Corporation, qui faisait partie du groupe d'entreprises américain Liquipak. Il s'agissait d'une licence exclusive qui devait venir à expiration le 27 août 1988, mais qui pouvait être prorogée, à condition, toutefois, qu'elle ne fût pas contraire à l'article 85. L'accord de licence a été exempté de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, par le règlement d'exemption par catégorie n° 2349/84 lorsque ce dernier est entré en vigueur en 1985.

8. Liquipak est spécialisée dans la fabrication d'installations de remplissage pour denrées alimentaires liquides. Avant même d'acquérir la licence, elle avait fabriqué avec succès des installations de conditionnement de lait frais (pasteurisé) en cartons. Si ces installations doivent également satisfaire à des normes élevées en matière d'hygiène, elles ne sont pas tenues de garantir une stérilité absolue, à la différence des machines pour le conditionnement de lait UHT.

9. Au stade où en était la technique à cette époque, le lait frais était généralement commercialisé dans des cartons en forme de « pignon », qui, à la différence des cartons en forme de briques employés par Tetra, sont faciles à ouvrir même sans recourir à des moyens auxiliaires. Après l'acquisition de la licence, Liquipak s'est lancée dans le développement d'une machine pour le remplissage aseptique de ces cartons. Son expérience en matière de conditionnement de lait frais ne lui a cependant pas permis de fabriquer immédiatement une machine de remplissage aseptique techniquement satisfaisante. Liquipak s'est efforcée pendant plusieurs années de produire une telle

machine. Des brevets lui ont été délivrés tant pour les appareils qu'elle a développés en cette occasion que pour les cartons correspondants.

10. Liquipak a travaillé au développement de ces machines en collaboration avec le groupe norvégien Elopak. Ce dernier produit et vend des cartons pour le conditionnement de produits alimentaires; il commercialise également des installations de remplissage. Ses activités se concentrent sur le conditionnement de lait frais dans des cartons en forme de pignon. Son principal concurrent est Tetra, qui occupe environ 50 % du marché des installations de remplissage et des cartons pour lait frais.

Elopak était le distributeur exclusif pour la CEE des équipements de Liquipak, à savoir de ceux fabriqués pour le conditionnement de lait frais ainsi que des machines de conditionnement stérile de lait UHT, qui restaient encore à développer. Elopak a notamment aidé Liquipak en installant dans diverses laiteries, à titre d'essai, la machine de conditionnement aseptique développée par Liquipak et en fournissant les cartons nécessaires à titre gracieux ou à prix réduit. Elopak prétend que ces efforts auraient abouti dès l'année 1986 à la construction d'une machine apte à être commercialisée. La requérante le conteste.

11. En 1986, Tetra a acquis le groupe Liquipak et, par conséquent, la licence exclusive litigieuse. Le British Technology Group — qui était l'ayant droit du premier donneur de licence, le National Research and Development Council — n'a fait valoir aucune objection à l'encontre du transfert de la licence dans le chef de Tetra.

Après l'annonce de la reprise de Liquipak par Tetra, Elopak a mis fin à sa collaboration dans le cadre des essais de la machine nouvellement développée et a demandé à la Commission de constater que Tetra avait violé les articles 85 et 86 du traité CEE.

12. Après la communication des griefs par la Commission en mars 1987 et l'audition du 25 juillet 1987, Tetra a renoncé à l'exclusivité de la licence. Bien que, de son propre aveu, il eût ainsi été mis fin à la violation des règles de concurrence, la Commission a jugé nécessaire, avant tout pour préciser la situation juridique, de clore la procédure par l'adoption d'une décision. Eu égard à la situation de fait relativement nouvelle qui se présentait à ce moment-là, elle a cependant renoncé à imposer une amende.

13. C'est pourquoi la Commission a adopté le 26 juillet 1988 la décision attaquée [4], dont le dispositif, contenu pour l'essentiel dans l'article 1er, est le suivant:

« Dans la mesure où elle produit des effets dans la CEE, l'acquisition par ou pour le compte de Tetra Pak Rausing SA de l'exclusivité de la licence accordée par NRDC et Novus Corp le 27 août 1981 par le biais de l'acquisition de Liquipak constitue une infraction à l'article 86 depuis la date de cette acquisition jusqu'à la date à laquelle cette exclusivité a effectivement pris fin. »

La Commission s'est expressément réservé le droit de poursuivre ses investigations relatives au comportement commercial, au sens large, de la requérante sur les marchés des cartons de lait (frais et aseptique) et des machines de conditionnement (frais et asep-

4 — Décision 88/501/CEE (JO L 272, p. 27)

tique) en vue de déterminer si la requérante a commis d'autres infractions à l'article 85 ou à l'article 86.

Pour éviter les redites, nous ne reviendrons sur les constatations de fait sur lesquelles la Commission a fondé sa décision qu'au moment de l'examen de la situation en droit.

14. Le 11 novembre 1988, la société Tetra Pak a saisi la Cour de justice d'un recours contre la décision de la Commission. La Cour nous a renvoyé l'affaire par ordonnance du 15 novembre 1989 prise au titre de l'article 14 de la décision du Conseil du 24 octobre 1988: cette ordonnance nous lie et force nous est dès lors de constater que tout développement sur le problème de la compétence du Tribunal serait superflu en l'occurrence.

La partie requérante fonde sa demande en annulation de la décision de la Commission sur une violation des articles 85 et 86. Elle invoque trois arguments: il serait exclu en bonne logique qu'un comportement autorisé sur la base de l'article 85, paragraphe 3, puisse être interdit au titre de l'article 86. Une telle interdiction serait en outre contraire au principe de la sécurité juridique et compromettrait l'application uniforme du droit communautaire par la Commission et par les juridictions nationales. La Commission a contesté ces arguments. Pour le surplus des considérations développées par les parties dans la procédure écrite, nous renvoyons au rapport d'audience afin d'épargner au service de traduction de faire deux fois le même travail. Nous répondrons aux arguments complémentaires développés par les parties à l'audience au fur et à mesure que les points sur lesquels ils ont porté seront abordés dans nos observations en droit ci-après.

B — Le bien-fondé du recours

15. L'issue du recours dépend du point de savoir si la Commission a eu raison de considérer l'acquisition de la licence exclusive par la requérante comme un abus au sens de l'article 86 nonobstant le fait que l'accord de licence de brevets était exempté au titre du règlement d'exemption par catégorie n° 2349/84.

La requérante fait valoir que l'application de l'article 86 à son comportement constituerait une infraction à la fois à cette dernière disposition et à l'article 85. Nous allons examiner l'un après l'autre les trois arguments qu'elle invoque à l'appui de cette affirmation.

I — *La compatibilité de l'application de l'article 86 avec l'exemption*

16. La partie requérante a fait valoir, dans sa requête, qu'il serait exclu, en bonne logique, que l'article 86 puisse s'appliquer à un comportement expressément déclaré admissible sur la base de l'article 85, paragraphe 3. Au cours de l'audience, elle a ajouté que, compte tenu des arrêts dans les affaires Ahmed Saeed et Hoffmann-La Roche, la conclusion de l'accord, qui bénéficie d'un règlement d'exemption par catégorie, ne pourrait constituer à elle seule une violation de l'article 86. Il y faudrait, au contraire, l'intervention d'un élément supplémentaire, à savoir que l'entreprise dominante ait imposé à son cocontractant la conclusion de cet accord. Cette ampliation d'un argument est admissible puisque le moyen invoqué au départ (violation des articles 85 et 86) ne s'en trouve pas modifié.

17. Nous examinerons donc cet argument en deux sections. Il nous paraît nécessaire tout d'abord de vérifier si, comme le dit la requête dans sa partie en droit, il est en toute logique exclu (et donc juridiquement incorrect) d'appliquer l'article 86 à un comportement qui a donné lieu à exemption. Nous procéderons en trois étapes: après une première analyse des dispositions du traité et de la jurisprudence de la Cour, nous verrons en un deuxième stade si le droit dérivé contient des indications relatives aux rapports entre une exemption individuelle et l'article 86. Nous considérons cette vérification comme nécessaire même si le cas qui vous a été soumis se rapporte à une exemption par catégorie, et non pas à une exemption individuelle. En effet, la situation juridique en matière d'exemption individuelle peut vous fournir des indications utiles quant aux effets d'une exemption par catégorie; seule une vue d'ensemble permettra de découvrir les effets du fonctionnement combiné des articles 85 et 86. Ce n'est qu'à un troisième stade que nous examinerons si le droit dérivé contient des indications permettant de définir les rapports entre une exemption par catégorie et l'article 86 et quelles sont ces indications.

S'il devait apparaître qu'une exemption par catégorie ne constitue pas un obstacle à l'application concomitante de l'article 86, il se poserait une seconde question, à savoir si l'article 86 n'est applicable qu'en présence d'un élément supplémentaire au sens des observations présentées par la requérante au cours de l'audience.

1) *La situation en droit*

a) Le traité et son interprétation par la Cour de justice

18. Nous débuterons par la constatation simple, mais néanmoins nécessaire, que la possibilité de l'exemption ne vise que l'interdiction des accords restrictifs de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, et non l'interdiction d'abuser d'une position dominante au sens de l'article 86. Cela résulte de la place occupée par cette disposition dans le système du traité puisqu'elle a été placée au paragraphe 3 de l'article 85, et non pas à la suite des deux normes d'interdiction, en lieu et place de l'article 87. Or, c'est précisément là ce que l'on attendrait des auteurs du traité s'ils avaient souhaité que l'exemption s'applique non pas seulement à l'interdiction d'accords restrictifs de la concurrence visée à l'article 85, paragraphe 1, mais également à celle énoncée à l'article 86. S'ils n'en ont rien fait, c'est en raison des différences de structure entre les éléments constitutifs de ces deux infractions.

L'interdiction des accords restrictifs de la concurrence inscrite à l'article 85, paragraphe 1, s'applique sur tous les marchés et pour toutes les entreprises. Elle est formulée en des termes si généraux qu'elle peut viser un grand nombre d'accords dont l'existence est justifiée sur le plan économique et dont les effets bénéfiques sont tels qu'ils échappent à tout reproche. L'ampleur même de ce champ d'application justifie d'apporter à cette interdiction un correctif que certains auteurs comparent avec la « rule of reason » du droit antitrust américain.

19. Qu'on nous permette à ce propos de faire l'observation suivante sur le recours aux concepts et arguments de ce droit. Les discussions menées outre-Atlantique et les solutions qui y sont trouvées par la jurisprudence constituent souvent des sources d'inspiration précieuses pour l'interprétation du droit communautaire. Cependant, il convient d'être prudent avant de transposer dans un ordre juridique des concepts et

théories qui sont spécifiques à un autre système. Il y a, entre les circonstances de fait dans lesquelles s'applique le droit américain et celles dans lesquelles s'applique le droit communautaire, des différences notables, de sorte qu'un problème auquel l'un des deux systèmes se trouve confronté ne trouve pas nécessairement son équivalent dans l'autre système. Cela vaut également pour la question de savoir si l'article 86 peut être appliqué à un comportement exempté au titre de l'article 85, paragraphe 3. Nous renoncerons donc, dans le cadre des présentes conclusions, à faire une comparaison avec le droit en vigueur aux États-Unis.

20. Revenons donc à l'analyse de l'article 85. L'interdiction d'accords restreignant la concurrence inscrite à l'article 85, paragraphe 1, trouve sa limite nécessaire dans l'article 85, paragraphe 3. Seul l'effet combiné de ces deux dispositions permet de dire quels accords sont tolérés par le droit communautaire et lesquels ne le sont pas[5].

L'article 86 a une toute autre structure. Il ne s'applique pas à tous les marchés, mais uniquement à ceux sur lesquels une ou plusieurs entreprises occupent une position dominante. L'interdiction qu'il énonce ne s'adresse qu'à ces entreprises dominantes, et non aux autres, ce qui réduit déjà notablement son champ d'application, comparé à celui de l'article 85. Il faut ajouter que l'article 86 n'interdit que les comportements abusifs. Partant, l'interdiction ne saurait s'appliquer à un comportement que le régime communautaire en matière de concurrence tolère parce qu'il est économiquement avantageux. Une restriction du champ d'application de l'article 86 au sens d'une « rule of reason » n'a donc pas lieu d'être.

21. Au cours de l'audience, la partie requérante a fait valoir que, à l'instar de l'application de l'article 85, celle de l'article 86 doit être examinée en deux étapes. Ainsi qu'il résulterait de l'arrêt United Brands[6], il conviendrait de vérifier tout d'abord si — à première vue — un abus a été commis avant de voir si cet abus n'était pas objectivement justifié. La Commission aurait d'ailleurs procédé de cette manière dans la décision attaquée. Ces arguments de la requérante méconnaissent que la vérification de l'existence d'une possibilité d'exemption, spécifiquement réglementée, est une chose différente de la vérification d'éléments objectifs isolés, dans le cadre des faits constitutifs de l'interdiction. Il est tout simplement impossible d'interpréter l'article 86 comme s'il prévoyait un cas d'inapplicabilité de l'interdiction qu'il énonce.

22. L'article 86 se distingue encore de l'article 85 par le fait que son application peut parfaitement être déclenchée par le comportement unilatéral d'une entreprise isolée. L'article 85 ne s'applique pas aux comportements de ce genre. Des entreprises qui n'occupent pas une position dominante peuvent donc avoir un tel comportement sans que le droit communautaire de la concurrence y trouve à redire. Cela montre bien qu'à la différence d'autres entreprises celle qui domine le marché doit respecter des règles plus strictes et accepter de plus fortes restrictions à sa liberté d'action.

Si l'on voulait permettre aux accords exemptés au titre de l'article 85, paragraphe 3, d'échapper à l'application de l'article 86, il en résulterait assez curieusement que

5 — Voir arrêt du 6 avril 1962, Bosch (13/61, Rec. p. 97, 113), et arrêt du 30 avril 1986, Asjes (209/84 à 213/84, Rec. p. 1425, 1469).

6 — Arrêt du 14 février 1978 (27/76, Rec. p. 207, 298).

l'article 86 pourrait interdire à l'entreprise dominante un comportement que le droit de la concurrence autorise sans restriction aux entreprises de moindre taille, mais qu'on ne pourrait interdire à cette entreprise un comportement qui est déjà soumis à contrôle dans des circonstances normales de marché et n'est admis qu'à certaines conditions, en raison de son caractère dangereux pour la concurrence.

23. Les différences que nous venons de décrire dans la structure de ces deux dispositions sont également justifiées du point de vue économique. L'article 85 s'applique au comportement de toutes les entreprises dans des conditions de concurrence normales en leur interdisant de troubler une concurrence viable par certains comportements, à savoir la conclusion d'accords ou l'adoption de pratiques concertées. En revanche, l'article 86 protège une concurrence déjà diminuée par la domination exercée sur le marché contre tout affaiblissement supplémentaire [7]. Il ne paraît dès lors guère envisageable d'autoriser un comportement qui se présente sous la forme d'un abus et qui restreint encore plus cette concurrence résiduelle. Au contraire, pour préserver cette concurrence résiduelle, il convient de permettre aux autorités compétentes en matière d'ententes d'intervenir même au-delà des mesures qui sont nécessaires et licites sur un marché non dominé.

24. La requérante estime cependant que l'application de l'article 86 à un comportement exempté au titre de l'article 85 serait contraire à l'arrêt prononcé par la Cour de justice dans l'affaire Continental Can [8], d'après lequel les articles 85 et 86 ne doivent pas être interprétés en des sens contradictoires, puisqu'ils constituent la mise en œuvre d'un même objectif. Il y a lieu de répondre à cela que l'objectif commun de ces deux dispositions est, ainsi que le dit l'article 3, sous f), du traité, d'établir un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun. Les deux dispositions doivent donc être interprétées de manière à pouvoir atteindre cet objectif. Il suffit, à cet effet, qu'une seule d'entre elles soit appliquée.

25. Le libellé et l'économie des règles du traité en matière de concurrence plaident donc en faveur de l'applicabilité de l'article 86 même à un comportement qui est exempté au titre de l'article 85, paragraphe 3, de l'interdiction visée à l'article 85, paragraphe 1.

26. Même la comparaison avec d'autres interdictions contenues dans le traité CEE confirme que l'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, ne se rapporte qu'à l'interdiction visée à l'article 85, paragraphe 1. C'est le cas, par exemple, des accords qui entraînent une discrimination en raison de la nationalité. Dans cette hypothèse, l'article 7 exclut toute exemption [9]. De même, l'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, ne peut nullement autoriser un comportement contraire aux dispositions de l'article 36, deuxième phrase. En dépit de l'exemption, un tel comportement ne pourrait donc être poursuivi par les intéressés.

27. Après avoir examiné les termes du traité, nous allons voir si la jurisprudence de

7 — Arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission (85/76, Rec p 461, 541)

8 — Arrêt du 21 février 1973, point 25 (6/72, Rec p 215, 246)

9 — Cette question est très débattue dans la doctrine; voir, par exemple, Deringer *EWG-Wettbewerbsrecht, Kommentar*, point 8 relatif à l'article 85, paragraphe 3, voir également, dans le sens inverse, Koch, dans Grabitz *Kommentar zum EWG-Vertrag*, point 66 avant l'article 85

la Cour de justice nous conduit aux mêmes résultats.

28. Dans un arrêt du 20 mars 1957 déjà, la Cour de justice s'est attachée à l'examen des rapports entre l'interdiction des ententes visée à l'article 65 du traité CECA et d'autres interdictions établies par ce traité: il s'agissait, dans ce cas concret, de l'interdiction de discrimination inscrite à l'article 4, sous b). Dans cette affaire, les parties requérantes avaient demandé, au titre de l'article 65, paragraphe 2, du traité CECA, que soit autorisée la réglementation commerciale de l'un des comptoirs de vente du charbon de la Ruhr. La Haute Autorité avait fait droit à la demande dans une très large mesure, mais en rejetant toutefois quelques clauses de ladite réglementation au motif qu'elles étaient contraires à la fois à l'article 65, paragraphe 2, et à l'interdiction de discrimination inscrite à l'article 4, sous b), du traité CECA. Les parties requérantes tenaient l'article 65 pour une disposition spéciale, excluant l'application de l'article 4, sous b), aux mêmes circonstances de fait. La Cour de justice, en revanche, a statué, suivant en cela les conclusions de son avocat général M. Roemer, que c'était à bon droit que la Haute Autorité avait mesuré la réglementation litigieuse à l'aune des deux normes d'interdiction [10].

29. En ce qui concerne les rapports entre l'article 85 et l'article 86, la jurisprudence de la Cour de justice confirme que, s'ils visent des circonstances de fait différentes, leurs champs d'application peuvent néanmoins se recouper. Les premières considérations à cet effet se trouvent dans l'arrêt par lequel la Cour a rejeté en 1966 un recours introduit par le gouvernement italien en vue de l'annulation du règlement n° 19/65/CEE [11].

Par ce règlement, le Conseil a, comme nous le savons, habilité la Commission à adopter des règlements d'exemption par catégorie pour des contrats de distribution exclusive, des contrats d'achat exclusif et des contrats de licence. La requérante avait invoqué comme troisième moyen que de tels accords verticaux ne pouvaient être appréciés qu'au regard de l'article 86, et non pas de l'article 85. L'application de l'article 85 par ce règlement serait fondée sur la présomption que de tels accords ne seraient pas justiciables de l'article 86, lequel aurait ainsi été violé. La Cour de justice a expressément rejeté cet argument au motif que « ni le libellé de l'article 85, ni celui de l'article 86, ne permet de baser une telle spécialisation de l'un et l'autre de ces articles en fonction de la place des entreprises dans les stades économiques ». Elle a en revanche constaté

« ... que chacun des articles 85 et 86, répondant ainsi à des objectifs propres, est indifféremment applicable à divers types d'accords, dès lors que sont réunies les conditions spéciales de l'un ou de l'autre de ces articles » [12].

L'applicabilité concomitante des articles 85 et 86 a depuis lors été plusieurs fois confirmée par la Cour de justice. Elle a ainsi fait valoir, dans l'arrêt Hoffmann-La Roche [13], que l'application de l'article 86 n'est pas exclue par le fait que le comportement de l'entreprise dominante est justiciable des dispositions de l'article 85, et en particulier de son paragraphe 3. Enfin, l'année dernière, elle a réaffirmé, dans l'arrêt Ahmed Saeed [14] et dans l'arrêt Minis-

10 — Arrêt du 20 mars 1957, Geitling/Haute Autorité (2/56, Rec. p. 9, 44 et suiv.).

11 — JO 1965, n° 36, p. 533.

12 — Arrêt du 13 juillet 1966, Italie/Conseil et Commission (32/65, Rec. p. 563, 592).

13 — Affaire 85/76, précitée, point 116 (p. 550); dans le même sens, voir les conclusions de l'avocat général M. Reischl dans l'affaire 7/82, GVL (Rec. 1983, p. 483, 525).

14 — Arrêt du 11 avril 1989, points 37 et suiv. (66/86, Rec. p. 803, 849).

tère public/Tournier [15], que les articles 85 et 86 peuvent être appliqués simultanément lorsqu'une entreprise dominante sur le marché conclut des contrats susceptibles de restreindre la concurrence. Dans l'affaire Ahmed Saeed, la Cour de justice a invoqué comme exemple d'abus le fait que l'entreprise dominante impose à ses cocontractants des tarifs aériens inéquitables. Dans la seconde affaire, elle n'a fait aucune observation à propos des rapports entre les articles 85 et 86, mais a retenu que leur applicabilité parallèle allait de soi. Pour répondre à la question préjudicielle que lui avait posée une juridiction française, elle a examiné si les conditions de la violation de ces deux dispositions par le même comportement, à savoir par la politique de la SACEM — une société française de gestion de droits d'auteur — en matière de redevances, étaient remplies.

30. Les arrêts Continental Can et Züchner n'apportent rien d'autre à cette jurisprudence. Dans l'affaire Continental Can, la Cour de justice n'a pas exclu que l'article 86 soit appliqué aux comportements contractuels d'une entreprise dominante [16], et son obiter dictum dans l'arrêt Züchner, d'après lequel seul l'article 85 couvrirait le cas des pratiques concertées, et non pas l'article 86 [17], ne peut justifier aucune conclusion de principe quant à la portée de ce dernier.

31. La jurisprudence de la Cour confirme par ailleurs que l'hypothèse d'une exonération de l'interdiction d'abus de position dominante comparable à celle de l'article 85, paragraphe 3, doit être exclue. Dans l'arrêt Continental Can déjà, la Cour de justice relevait l'opposition entre les articles 85 et 86, en ce sens que l'interdiction d'abus de position dominante ne connaît, à la différence de l'article 85, paragraphe 3, aucune exception [18]. Le fait qu'il ne s'agit pas là d'une décision arbitraire des auteurs du traité, mais d'un corollaire du système du droit communautaire, a déjà été souligné très clairement par l'avocat général M. Lenz dans l'affaire Ahmed Saeed. Nous citerons le passage suivant de ses conclusions: « ... l'abus n'est pas susceptible d'autorisation, du moins pas dans une communauté qui reconnaît la suprématie du droit comme principe supérieur » [19].

C'est donc très logiquement que, dans l'affaire Hoffmann-La Roche, la Cour de justice a reconnu à la Commission la faculté d'appliquer au choix la procédure de l'article 85 ou celle de l'article 86 [20] si les conditions requises pour l'application de ces deux dispositions sont réunies.

32. Enfin, une exemption de l'interdiction d'abus de position dominante est également impossible pour des raisons tenant à la hiérarchie des normes. Nul ne saurait reconnaître à la Commission « le pouvoir d'autoriser, par une décision d'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE, c'est-à-dire par une mesure de droit dérivé, l'entreprise concernée à enfreindre l'article 86 dudit traité, c'est-à-dire une disposition des traités originaires » [21].

33. A l'issue de cette analyse, nous pouvons retenir que la jurisprudence de la Cour de justice ne s'oppose pas à ce que l'article 86 soit appliqué à des accords exemptés au titre de l'article 85, paragraphe 3. Elle contient

15 — Arrêt du 13 juillet 1989 (395/87, Rec p 2521).

16 — Affaire 6/72, précitée, point 25 (p. 245).

17 — Arrêt du 14 juillet 1981, point 10 (172/80, Rec p. 2021, 2030 et suiv.)

18 — Affaire 6/72, précitée, point 25 (p. 246); voir, dans le même sens, les conclusions de l'avocat général M. Roemer, précité (Rec. p 257)

19 — Conclusions du 28 avril 1988 dans l'affaire 66/86, point 41.

20 — Affaire 85/76, précitée, point 116 (p 550).

21 — Affaire 66/86, deuxièmes conclusions prononcées par l'avocat général M. Lenz le 17 janvier 1989, point 18.

au contraire des éléments qui incitent à une telle interprétation du traité, voire l'imposent.

b) L'exemption à titre individuel et l'application de l'article 86

34. Il faut désormais aborder la question de savoir comment le droit communautaire dérivé a réglementé les rapports entre l'exemption de l'interdiction des ententes et l'abus de position dominante. Il va de soi que le droit dérivé ne peut en aucun cas modifier les dispositions du traité CEE, mais doit, au contraire, être jugé au regard de sa conformité avec elles [22]. Pourtant, l'interprétation du traité faite par le législateur communautaire à propos d'une question qui ne s'y trouve pas expressément réglée constitue un indice important de la façon dont une disposition doit être comprise. Le traité lui-même habilite le législateur en son article 87 à arrêter toutes les dispositions utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86. Partant, le législateur est habilité en l'espèce à concrétiser les termes du traité et, dans la mesure où certaines questions sont laissées ouvertes par ce dernier, à les compléter. Les juridictions de la Communauté sont liées par ces indications complémentaires à condition qu'elles respectent le cadre du traité. C'est pourquoi la Cour de justice elle aussi a, dans son arrêt Ahmed Saeed, vérifié l'application des règles de concurrence contenues dans le traité au regard du droit dérivé [23].

Examinons donc tout d'abord le règlement n° 17 [24] et les règlements d'application des règles de concurrence en matière de transports pour voir s'ils apportent quelque indication à propos de l'application de l'article 86 à un comportement exempté par voie de décision individuelle.

35. aa) Le règlement n° 17 ne contient pas de dispositions explicites à propos du point de savoir quels sont les effets de l'exemption d'un accord sur l'applicabilité de l'article 86 au comportement des entreprises intéressées. Il s'en dégage cependant certains indices.

36. Dans les dispositions relatives à la compétence établies à l'article 9, paragraphe 1, du règlement, la décision d'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, est dite se référer exclusivement à l'article 85, paragraphe 1, et non pas à l'article 86. C'est un premier indice. Nous aborderons les autres effets de cette disposition au moment de l'examen du troisième argument de la partie requérante.

37. Deuxième indice: l'article 8, paragraphe 1, du règlement contient une indication à propos de la teneur de la décision d'exemption. L'exemption doit être prononcée pour une durée déterminée et peut être assortie de conditions et de charges. L'obligation de lui fixer une durée déterminée et la possibilité de l'assortir de conditions montrent que la décision d'exemption autorise une restriction limitée de la concurrence, à savoir limitée par la finalité de la restriction, par le degré de ses effets sur la concurrence et par sa durée. Or, tandis que la restriction de concurrence par la voie d'un accord peut être circonscrite de cette manière, il n'en est rien de la restriction découlant d'une position dominante: ni la finalité, ni le degré d'une telle restriction de concurrence, ni sa durée ne sont susceptibles d'être efficacement réglementés [25], sauf à interdire la posi-

22 — Voir également le point 41 des conclusions prononcées le 28 avril 1988 par l'avocat général M. Lenz dans l'affaire 66/86: « Même un règlement du Conseil qui déclarerait certaines pratiques compatibles avec l'article 86 du traité CEE devrait faire l'objet d'un examen au regard de cet article. »

23 — Arrêt du 11 avril 1989, point 37 (66/86, Rec. p. 803, 849).

24 — JO 1962, n° 13, p. 204.

25 — Mestmäcker: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 1974, p. 357.

tion dominante en tant que telle. A la différence de l'article 85, l'article 86 régit non pas les conditions auxquelles une restriction de concurrence est licite, mais les conséquences d'une restriction qui existe déjà, dans la mesure où il soumet le comportement des entreprises dominantes à un contrôle. Ces différences entre les deux dispositions montrent une nouvelle fois que celles relatives à l'exemption de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, ne sont pas adaptées au cas de l'article 86. L'autorisation — limitée dans son objet, ses effets et sa durée — d'un accord au titre de l'article 85, paragraphe 3, ne saurait avoir pour effet de faire échapper, pendant trois ans par exemple (!), à tout contrôle au titre de l'article 86 la restriction de concurrence beaucoup plus étendue qui découle de la position dominante d'une entreprise.

38. Le troisième indice est le suivant: l'article 8, paragraphe 3, sous d), du règlement n° 17 prévoit la révocation de l'exemption à titre rétroactif lorsque les entreprises concernées en abusent. Il est donc interdit aux parties à un accord autorisé de restriction de la concurrence d'abuser de cette restriction, au même titre qu'il est interdit à une entreprise occupant une position dominante d'en abuser. Vous voyez le parallèle entre la restriction de concurrence par un accord exempté au titre de l'article 85, paragraphe 3, et la restriction de concurrence que comporte l'existence d'une position dominante: les deux sont licites en tant que telles, mais elles ne doivent pas conduire à des abus. L'article 8, paragraphe 3, sous d), du règlement montre ainsi que l'exemption à titre individuel ne saurait justifier un comportement abusif. Il est vrai qu'il ne le dit expressément que pour l'abus de l'exemption de l'interdiction des ententes. Mais cela s'explique par le fait qu'il ne régit que les conséquences juridiques de cet abus. La circonstance que les effets de l'abus de l'exemption sur le maintien en vigueur de la décision d'exemption ont requis l'adoption de dispositions spécifiques n'implique pas que l'article 8 du règlement n° 17 veuille exclure que la Commission prenne des mesures au titre des articles 3 et 15 de ce règlement contre l'abus particulièrement dangereux visé à l'article 86.

39. Enfin — quatrième indice —, l'article 15, paragraphe 5, du règlement n° 17 contient une réglementation indirecte de l'application de l'article 86 pendant la procédure d'exemption. Une fois qu'un accord a été notifié au titre de l'article 4 du règlement, le comportement notifié ne peut être sanctionné par une amende ni au titre d'une violation de l'article 85, paragraphe 1, ni au titre d'une violation de l'article 86. Toutefois, il s'ensuit que l'article 86 reste, par ailleurs, applicable pendant la procédure d'exemption et peut produire des effets sur cette procédure et que seuls les pouvoirs de sanction de la Commission sont restreints par une disposition particulière.

40. En revanche, le règlement n° 17 ne contient aucune disposition relative à l'application de l'article 86 pour la période postérieure à une décision d'exemption. En général, le problème de l'application de l'article 86 dans cette situation ne se pose plus, car un accord qui remplit les conditions d'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, ne peut être considéré comme abusif au sens de l'article 86. Avant d'accorder une exemption à une entreprise dominante, la Commission doit vérifier la réunion de toutes les conditions requises par l'article 85, paragraphe 3, donc en particulier la participation des consommateurs au profit qui résulte de l'entente, la proportionnalité des restrictions imposées et le maintien de la concurrence pour une partie substantielle des « produits en cause ». Partant, si la Commission parvient à un résultat

positif — l'exemption — pour un accord déterminé, elle ne peut guère qualifier le même accord d'exploitation abusive de position dominante lors d'une deuxième procédure engagée pour violation de l'article 86. En l'occurrence et en ce qui concerne l'exemption à titre individuel, la thèse de la requérante concernant la nécessité d'éviter les contradictions lors de l'application du droit communautaire est sans doute partiellement exacte. Il paraît en effet juste d'attacher à une décision d'exemption prise par la Commission au bénéfice d'une entreprise dominante des effets semblables en ce qui concerne l'article 86 à ceux d'une attestation négative [26], qui lie certes la Commission, mais non les juridictions nationales [27].

41. Par contre, dans les cas où une partie à un accord exempté n'acquiert une position dominante qu'a posteriori ou lorsqu'une entreprise dominante ne devient partie à un accord qu'après l'exemption de ce dernier, l'appréciation portée par la Commission pour prononcer cette exemption ne pourra avoir inclus la question de savoir si l'accord continue de remplir les conditions requises par l'article 85, paragraphe 3, dans la nouvelle situation du marché. L'article 8, paragraphe 3, sous a), du règlement n° 17 permet à la Commission de réexaminer ex nunc, notamment dans cette hypothèse de modification de la situation de fait, si l'exemption de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, est encore justifiée [28].

Comme, en l'espèce, elle n'avait pas encore pu tenir compte de la position dominante au moment de son analyse au titre de l'article 85, paragraphe 3, la Commission ne peut être considérée comme liée par l'exemption qu'elle a elle-même prononcée. Cette exemption ne constitue dès lors pas un obstacle à ce que la Commission applique l'article 86 en prononçant une injonction de mettre fin.

42. bb) Nous allons maintenant examiner les trois règlements portant modalités d'application des règles de concurrence dans le domaine des transports [29].

Ces trois règlements introduisent, à côté de l'exemption individuelle que la Commission prononce par voie de décision constitutive de droits, une procédure simplifiée, dite d'opposition [30]. Dans cette procédure, les entreprises qui sont parties à une restriction de la concurrence déposent auprès de la Commission une demande d'exemption qui est publiée au Journal officiel. Les tiers intéressés peuvent présenter leurs observations sur cette demande dans un délai de 30 jours. Après la publication, la Commission a 90 jours pour engager une procédure formelle d'exemption en notifiant au demandeur l'existence de doutes sérieux quant à l'applicabilité de l'exemption. Si elle omet de faire cette démarche, une exemption de durée limitée entre en vigueur, exemption que la Commission peut révoquer à n'importe quel moment s'il apparaît que les conditions d'application n'en sont pas réunies.

26 — Voir Hönn: *Die Anwendbarkeit des Artikels 86 EWG-Vertrag bei Kartellen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen*, Diss. Frankfurt, 1969, p. 67; il est vrai, cependant, qu'il parvient à un résultat différent.

27 — Les effets de l'attestation négative devant les juridictions nationales sont très débattus. Dans le même sens que nous, voir, par exemple, Waelbroeck, M.: « Judicial review of Commission action in competition matters », *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1983, p. 179, 203 et suiv., avec des références complémentaires.

28 — L'accroissement du degré de concentration sur le marché est un facteur que la Commission doit prendre en considération lors de l'examen d'une demande de renouvellement d'une exemption. Arrêt du 9 juillet 1987, Ancides/Commission, point 13 (43/85, Rec. p. 3131, 3154).

29 — Règlement (CEE) n° 1017/68 (JO L 175, p. 1), règlement (CEE) n° 4056/86 (JO L 378, p. 4) et règlement (CEE) n° 3975/87 (JO L 374, p. 1).

30 — Article 12 du règlement n° 1017/68 (excluant les cartels de crise au titre de l'article 6 du règlement), article 12 du règlement n° 4056/86 et article 5 du règlement n° 3975/87.

43. Seul le dernier de ces trois règlements, le règlement (CEE) n° 3975/87, portant modalités d'application des règles de concurrence aux entreprises de transports aériens, contient des dispositions expresses relatives aux rapports entre cette exemption à titre individuel et l'article 86. Son article 5, paragraphe 3, dispose que l'exemption obtenue par la procédure d'opposition peut être révoquée rétroactivement lorsque « les parties concernées ont fourni des indications inexactes ou lorsqu'elles abusent de la dérogation à l'article 85, paragraphe 1, ou ont enfreint l'article 86 ». En revanche, les règlements (CEE) n° 1017/68 [31] et (CEE) n° 4056/86 [32] ne citent que les deux premiers motifs pour une révocation à titre rétroactif.

La révocation d'une exemption accordée par voie de décision constitutive de droits est en revanche réglementée dans les mêmes termes par les trois textes. Tandis que l'abus de l'exemption est bien cité, de même qu'à l'article 8, paragraphe 3, sous d), du règlement n° 17, comme justifiant le retrait à titre rétroactif, l'article 86 n'est mentionné nulle part dans ce contexte [33].

44. Il se pose alors la question de savoir si l'article 5, paragraphe 3, du règlement n° 3975/87 autorise la conclusion a contrario que l'application de l'article 86 à un comportement exempté doit être exclue en l'absence d'une telle disposition, donc dans toutes les autres hypothèses. On pourrait le penser si cette disposition avait pour objet d'ordonner l'application de l'article 86. Cependant, il n'en est rien. L'article 5, paragraphe 3, du règlement n° 3975/87 ajoute bien au contraire aux sanctions qui se rattachent à la violation de l'article 86 celle du retrait de l'exemption dans le cadre de la procédure d'opposition au titre de ce règlement. La violation de l'article 86 a donc pour conséquence supplémentaire que l'article 85, paragraphe 1, devient également rétroactivement applicable à l'accord. Les intéressés se trouveront donc dans une telle hypothèse en infraction non pas seulement à l'article 86, mais également à l'article 85, paragraphe 1. Cette conséquence juridique ne découle cependant pas automatiquement de l'applicabilité de l'article 86; elle n'apparaît que si elle est, comme en l'espèce, expressément prévue par un texte.

Ce raisonnement a contrario doit également être exclu en raison du libellé de la disposition. Cette dernière rattache les conséquences juridiques qu'elle prévoit à une violation de l'article 86 du traité CEE, présumant ainsi l'application de ce dernier au comportement des intéressés.

45. En résumé, plusieurs indices contenus dans le règlement n° 17 et dans l'article 5, paragraphe 3, du règlement n° 3975/87 montrent qu'une exemption à titre individuel ne constitue pas un obstacle à l'application de l'article 86 et qu'elle doit tout au plus être prise en compte par la Commission dans les cas où cette dernière se trouve liée par les décisions qu'elle a prononcées. En revanche, l'article 86 produit des effets dans le champ d'application de l'article 85, paragraphe 3, dans la mesure où il exclut l'exemption d'un comportement qui relève de la notion d'abus de position dominante. Cela ne veut toutefois pas dire que les entreprises dominantes seraient exclues du bénéfice des décisions d'exemption. La Commission peut leur accorder l'exemption dans la mesure où celle-ci ne mène pas à un abus de position dominante.

31 — Article 12, paragraphe 3.

32 — Ibidem.

33 — Article 13 du règlement n° 1017/68, article 6 du règlement n° 3975/87 et article 13 du règlement n° 4056/86

c) L'exemption par catégorie et l'application de l'article 86

46. Nous avons ainsi atteint le troisième stade de notre examen consacré aux rapports entre l'exemption par catégorie et l'article 86, compte tenu des résultats de notre analyse à propos de l'exemption individuelle.

Les règlements qui permettent une exemption par catégorie peuvent être divisés en trois groupes, correspondant au développement de cet instrument dans la législation de la Communauté. Les étapes de ce développement sont marquées par un affinement progressif des bases d'habilitation qui fondent les exemptions par catégorie.

47. Il est vrai que tous les règlements d'exemption par catégorie ont ceci de commun qu'à l'instar de l'exemption individuelle par voie de décision ils se rapportent uniquement à l'interdiction au titre de l'article 85, paragraphe 1. Aucun règlement d'exemption par catégorie ne déclare l'inapplicabilité de l'interdiction au titre de l'article 86. Cependant, ces règlements se distinguent très nettement de l'exemption individuelle par le fait qu'ils reposent sur une appréciation globale et abstraite d'un type d'accords, à laquelle le législateur procède ex ante, en s'orientant en règle générale d'après les effets de ces accords dans des conditions normales de concurrence. Ces règlements ne donnent pas lieu à une vérification concrète des conditions d'application de l'article 85, paragraphe 3, qui tiendrait compte des circonstances propres à l'un des marchés concernés, ainsi que de la place ou de la position dominante occupée par une entreprise déterminée [34].

34 — Wertheimer: « Het adagium van artikel 86, EEG: 'Quod licet bovi non licet jovi' », dans *Europees Kartelrecht Anno 1980*, p. 143, 212.

C'est là une différence importante qui — comme nous le développerons ci-dessous — a une incidence sur les conséquences juridiques d'une exemption par catégorie, comparées à celles d'une exemption individuelle.

48. Du point de vue du contenu, les règlements d'exemption par catégorie se distinguent entre eux par le fait que certains se réfèrent à des structures du marché tandis que la plupart ne contiennent aucune restriction de cette sorte. Lorsque l'exemption par catégorie ne dépend pas de structures commerciales, elle est prononcée sur la seule base de la décision abstraite du législateur.

C'est le cas avant tout du premier règlement d'habilitation du Conseil — le règlement n° 19/65 relatif aux contrats de licence et de distribution exclusive — ainsi que des règlements d'exemption par catégorie auxquels il a servi de base et parmi lesquels se trouve le règlement pertinent en l'espèce, relatif aux accords de licence de brevet [35]. Les exemptions par catégorie prononcées sur la base du règlement n° 19/65 s'appliquent, à une exception près, sans considération de la structure du marché.

Seul le règlement (CEE) n° 1984/83 contient en plus une disposition qui réserve aux petites et moyennes entreprises le bénéfice de l'exemption des accords d'achat exclusif entre fabricants qui se trouvent en concurrence mutuelle [36]. Le législateur communautaire exclut ainsi les entreprises

35 — Règlement n° 67/67/CEE (JO 1967, p. 849), remplacé depuis lors par les règlements (CEE) n° 1983/83 (JO L 173, p. 1) et (CEE) n° 1984/83 (JO L 173, p. 5); règlement (CEE) n° 2349/84 (JO L 219, p. 15), règlement (CEE) n° 123/85 (JO L 15, p. 16), règlement (CEE) n° 4087/88 (JO L 359, p. 46) et règlement (CEE) n° 556/89 (JO L 61, p. 1).

36 — Dixième considérant, article 3, sous b), et article 5.

dominantes en général du bénéfice de l'exemption de tels accords.

49. En ce qui concerne les rapports entre l'article 86 et l'exemption par catégorie, il apparaît par ailleurs ce qui suit: le règlement d'habilitation ne se réfère pas à l'article 86. Par contre, deux règlements d'exemption par catégorie, à savoir le règlement (CEE) n° 1983/83, relatif aux accords de distribution exclusive, et le règlement n° 1984/83, relatif aux accords d'achat exclusif, disent expressément, dans leurs considérants, qu'ils n'excluent pas l'application de l'article 86 [37].

50. La deuxième « famille » de règlements d'exemption par catégorie prolonge cette approche. Elle inclut les règlements (CEE) n° 417/85 et (CEE) n° 418/85, relatifs aux accords de spécialisation et aux accords de recherche et de développement [38], ainsi que le règlement d'habilitation (CEE) n° 2821/71 sur lequel ils se fondent. Les règlements « horizontaux » n° 417/85 et n° 418/85 font dépendre l'exemption par catégorie de la condition que la part de marché et le chiffre d'affaires des entreprises intéressées ne dépassent pas un certain seuil [39]. Les entreprises dominantes ne peuvent dès lors bénéficier, en règle générale du moins, de l'exemption au titre de ces deux règlements.

51. Les dispositions concernant le retrait de l'exemption par catégorie dans des cas spécifiques ont également évolué au fil du temps. L'article 7 du règlement n° 19/65 les prévoit lorsque le comportement exempté produit des effets incompatibles avec l'article 85, paragraphe 3. Il ne dit pas si ce retrait est rétroactif ou s'il ne produit des effets que pour l'avenir. Le règlement n° 2821/71, en revanche, dit clairement, dans son dernier considérant, que l'exemption par catégorie ne peut être révoquée que pour l'avenir. Son article 7, qui habilite au retrait de l'exemption, correspond textuellement à l'article 7 du règlement n° 19/65, qui lui est antérieur. Cela montre que le retrait n'est admissible qu'ex nunc, même dans le cadre de l'application de ce dernier texte.

52. La troisième catégorie, la plus récente, des règlements d'exemption par catégorie relève du domaine des transports aériens. L'habilitation a été fournie par le règlement (CEE) n° 3976/87 du Conseil [40]. Ce dernier n'exclut pas les entreprises dominantes du bénéfice de l'exemption. Cette catégorie a cependant ceci de nouveau que les conséquences d'une violation de l'article 86 sont déjà prévues par le règlement d'habilitation. Aux termes de l'article 7, paragraphe 2, du règlement, le bénéfice de l'exemption de groupe peut être retiré, dans des cas déterminés, lorsque l'accord exempté « produit ... des effets qui ... sont interdits par l'article 86... ». Les trois règlements d'exemption par catégorie [41] adoptés sur la base de cette habilitation soulignent expressément, dans leurs considérants, qu'ils ne font pas obstacle à l'application de l'article 86. Ils prévoient tous le retrait de l'exemption [42] pour les accords dont les effets « sont interdits par l'article 86 du traité ».

L'article 7, paragraphe 2, du règlement d'habilitation précise également que le

37 — Quinzième considérant du règlement n° 1983/83 et vingt-troisième considérant du règlement n° 1984/83

38 — Règlement (CEE) n° 2821/71 (JO L 285, p. 46), règlement (CEE) n° 417/85 (JO L 53, p. 1), règlement (CEE) n° 418/85 (JO L 53, p. 5)

39 — L'article 3 du règlement n° 417/85 et l'article 3, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 418/85 (qui ne concerne que la part de marché)

40 — JO L 374, p. 9

41 — Règlements (CEE) n° 2671/88, (CEE) n° 2672/88 et (CEE) n° 2673/88 (JO L 239, p. 9, 13 et 17)

42 — Article 7 du règlement n° 2671/88, article 11 du règlement n° 2672/88 et article 4 du règlement n° 2673/88.

retrait de l'exemption n'est pas la seule conséquence de la violation de l'article 86. Il dispose en effet que la Commission peut en outre « prendre, en vertu de l'article 13 du règlement n° 3975/87, toutes les mesures appropriées pour faire cesser cette infraction ». Cette denière disposition habilite la Commission à infliger des astreintes aux entreprises qui n'obéissent pas à son injonction de mettre fin à une infraction à l'article 86 [43]. En revanche, il n'est fait aucune allusion à l'article 12 du règlement n° 3975/87, qui habilite la Commission à infliger des amendes en cas de violation de l'article 86.

53. Dans le domaine des transports maritimes, le Conseil n'a pas accordé d'habilitation à la Commission en vue de l'adoption de règlements d'exemption par catégorie. Aux articles 3 et 6 du règlement n° 4056/86, relatif aux transports maritimes [44], il a lui-même prononcé des exemptions catégorielles, qui ne concernent là encore que l'interdiction des ententes au titre de l'article 85, paragraphe 1. A l'instar des règlements d'exemption par catégorie à proprement parler, le règlement n° 4056/86 prévoit, en son article 8, le retrait du bénéfice de l'exemption pour les accords qui produisent des effets incompatibles avec l'article 86. La Commission reste cependant libre d'engager, conformément à la règle générale de l'article 10, « les procédures en vue de la cessation d'une infraction aux dispositions de l'article 86 du traité ».

54. Nous allons maintenant tenter de dégager quelques principes généraux de cette abondance de normes. Il convient de tenir compte à cet égard du fait que toutes les exemptions par catégorie constituent, en dépit de leurs différences, chacune un instrument de mise en œuvre de l'article 85, paragraphe 3. C'est pourquoi les dispositions d'un règlement d'exemption par catégorie peuvent parfaitement avoir leur rôle à jouer dans l'interprétation d'autres règlements. Il serait contraire au système institué par le traité de permettre que des distinctions artificielles détruisent l'application uniforme des articles 85 et 86 dans les divers domaines couverts par les règlements d'exemption par catégorie. C'est pour cette raison que nous sommes allé bien au-delà du seul règlement n° 2349/84 pour vous présenter cet aperçu global des règlements d'exemption par catégorie.

55. Cela étant dit, nous souhaiterions en tirer les conclusions ci-après: l'article 86 peut être appliqué concomitamment à une exemption par catégorie dans la mesure où le législateur n'a pas dès l'abord déjà écarté les entreprises dominantes du bénéfice de cette exemption en établissant des seuils d'exclusion. Le législateur a reconnu ce fait dans les considérants de deux règlements d'exemption par catégorie sans pour autant y introduire de disposition concrète à propos de l'application de l'article 86 [45]. Cependant, tandis que l'article 86 peut avoir des effets à la fois lors de l'octroi et du retrait d'une exemption à titre individuel, il ne peut avoir d'effets, en ce qui concerne l'exemption par catégorie, que lors de la procédure de retrait, puisque la procédure individuelle d'octroi est remplacée dans ce cas par une décision abstraite que le législateur prend ex ante à propos de la teneur du règlement d'exemption par catégorie qu'il envisage d'adopter.

L'absence de procédure individuelle d'octroi comporte le risque que l'exemption par catégorie ne bénéficie à un accord qui ne remplit pas concrètement les conditions de l'article 85, paragraphe 3. Comme l'exemp-

43 — Une telle injonction peut être prononcée au titre de l'article 4 du règlement n° 3975/87.

44 — JO L 378, p. 4.

45 — Règlements n°s 1983/83 et 1984/83.

tion par catégorie ne requiert précisément aucun contrôle préalable de la Commission quant au point de savoir si les critères de l'article 85, paragraphe 3, sont remplis dans un cas donné, elle ne saurait être interprétée au regard de l'article 86 comme une « attestation négative implicite », qui lierait son auteur, la Commission, lors de l'application de cette dernière disposition. Sur ce point, l'exemption par catégorie a un effet moindre que l'exemption à titre individuel.

Cependant, il faut de toute manière exclure que les institutions aient pu être liées par la décision qu'elles ont prise lorsque, comme en l'espèce, une entreprise dominante n'obtient le bénéfice d'une exemption par catégorie qu'a posteriori. Ainsi que nous l'avons vu, même une exemption à titre individuel ne peut lier la Commission qui l'a accordée lorsque l'entreprise dominante ne devient qu'ultérieurement partie à l'accord exempté.

56. D'un autre côté, le retrait à titre rétroactif de l'exemption par catégorie est exclu. Cela semble justifié par le fait que l'exemption par catégorie repose directement sur une norme juridique, et non pas, comme l'exemption à titre individuel, sur une décision administrative. Dans cette mesure, une exemption par catégorie produit donc un effet juridique plus important qu'une exemption à titre individuel.

La circonstance qu'un règlement d'habilitation et quatre des plus récents règlements d'exemption par catégorie ont placé la violation de l'article 86 parmi les motifs justifiant un retrait de l'exemption confirme que l'article 86 reste applicable, même pendant la durée de validité d'une exemption par catégorie.

On ne saurait déduire a contrario de ces dispositions spéciales que, dans les domaines régis par les autres règlements d'exemption par catégorie, l'article 86 ne pourrait être appliqué avant le retrait de l'exemption. Ainsi que nous l'avons déjà observé en matière d'exemption individuelle, à propos des dispositions correspondantes de l'article 5, paragraphe 3, du règlement portant modalités de concurrence applicables dans les transports aériens, de telles dispositions ont pour seule teneur d'introduire une sanction supplémentaire à la violation de l'article 86, à savoir, en l'occurrence, le retrait de l'exemption par catégorie. Cette sanction supplémentaire n'est nullement superflue, même en cas de nullité d'un accord en vertu du droit national pour violation de l'article 86, car la révocation de l'exemption dans le cadre de l'article 85 a une signification propre. Les dispositions spéciales impliquent donc que l'article 86 reste applicable, concurremment avec une exemption par catégorie [46].

57. Il est vrai que la requérante estime que les règlements d'exemption par catégorie constitueraient un moyen pour le législateur d'encourager certains types d'accords. Cette intention du législateur se trouverait contrecarrée en cas d'application de l'article 86. A cela, il convient de répondre, avec la Commission, que l'adoption de règlements portant exemption par catégorie a pour seul objectif la simplification administrative. Il ne nous semble pas juste que les accords exemptés de l'interdiction inscrite à l'article 85, paragraphe 1, puissent en général être considérés comme souhaitables du point de vue de la politique de concurrence. L'exemption se borne à rétablir la liberté de contracter des entreprises concernées; elle

46 — Pour une opinion différente, voir Wiedemann: *Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts*, Bd. 1, 1989, Allgemeiner Teil, p. 120 et suiv., points 371 et 373, relativement à la décision de la Commission qui est attaquée dans la présente affaire.

n'assume aucune fonction d'orientation du point de vue de la politique de concurrence [47].

58. Nous retiendrons donc, à l'issue de l'examen du premier argument, qu'il n'est pas exclu sur le plan logique ni contradictoire sur le plan juridique de vérifier si le comportement de la requérante n'est pas justiciable de l'interdiction établie par l'article 86, même si la licence exclusive acquise par elle tombait sous le coup du règlement d'exemption par catégorie n° 2349/84 de la Commission.

2) *L'acquisition de la licence de brevet en tant qu'abus de position dominante*

59. Le deuxième aspect qu'il convient d'examiner dans le cadre de cette première partie de nos conclusions est relatif à la question de savoir si la Commission a eu raison de qualifier la seule acquisition de la licence exclusive par la requérante de violation de l'article 86. Certes, la requérante n'a pas contesté les constatations de fait retenues par la Commission. Mais elle a fait valoir, au cours de la procédure orale, que les faits constatés ne constitueraient nullement une violation de l'article 86. C'est pourquoi la décision attaquée doit également être examinée sous cet angle.

a) Les éléments de l'abus de position dominante

60. Nous voudrions tout d'abord soulever un point qui a été discuté au cours de l'audience. Il s'agissait de la question de savoir si l'article 86 doit être appliqué de deux manières et a deux significations, selon que l'on se trouve en présence d'une exemption par catégorie ou non. Nous pensons que l'analyse menée jusqu'ici a montré que l'interdiction de l'article 86 s'applique dans une même mesure aux deux situations. Quant aux conséquences juridiques d'une violation de l'interdiction, nous avons vu que le législateur communautaire les a réglementées de façon spécifique dans certains règlements d'exemption par catégorie et a en particulier restreint les pouvoirs de la Commission en matière de sanctions [48]. De telles différenciations, qui ne concernent que les conséquences que le droit dérivé rattache à la violation de l'article 86, peuvent être faites par le législateur sur la base de l'article 87. S'il n'en fait rien, comme en l'espèce dans le règlement n° 2349/84, relatif aux accords de licence, on en restera à l'application de l'article 86, conformément à ses dispositions générales d'exécution, autrement dit conformément au règlement n° 17.

61. La partie requérante déduit, il est vrai, de l'arrêt prononcé par la Cour de justice dans l'affaire Ahmed Saeed [49], que la présente affaire comporterait une spécificité en ce qui concerne l'application de l'article 86. Elle estime qu'un comportement qui consiste simplement à conclure un accord exempté au titre du règlement n° 2349/84 ne suffirait pas à justifier le grief d'abus; il y faudrait bien plutôt un élément supplémentaire. Elle entend déduire de l'arrêt prononcé dans l'affaire Ahmed Saeed que cet élément consisterait en ce que l'entreprise dominante aurait imposé l'accord exempté à son cocontractant.

Permettez-nous de constater tout d'abord que la requérante n'a cité qu'incomplète-

47 — Koch, dans Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, points 192 et 156, relatifs à l'article 85 du traité CEE.

48 — Voir l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 3976/87.

49 — Arrêt du 11 avril 1989, précité, points 37 et 42 (66/86).

ment le passage de l'arrêt sur lequel elle se fonde: la Cour de justice y dit en effet que l'utilisation abusive d'une position dominante peut être vérifiée en particulier « lorsque de tels tarifs imposés doivent être considérés comme des conditions de transport inéquitables, soit à l'égard des concurrents, soit à l'égard des voyageurs ». Autrement dit, la Cour de justice estime que le fait qu'une entreprise dominante réussit à imposer des stipulations contractuelles grâce à son pouvoir n'est pas nécessaire, ni suffisant pour justifier la constatation d'un abus. Au contraire, il faut également s'attacher au point de savoir si les termes du contrat qui est ainsi imposé sont équitables ou non. Partant, derrière l'exigence d'un « élément supplémentaire » que la requérante entrevoit dans l'arrêt prononcé par la Cour de justice dans l'affaire Ahmed Saeed, il se cache en réalité un problème général, à savoir la question des conditions auxquelles le comportement d'une entreprise dominante doit être considéré comme une exploitation abusive de sa position.

62. Concernant ce problème fondamental de l'article 86, la Cour de justice a progressivement développé des principes directeurs: elle a tout d'abord interprété l'article 86 à la lumière de l'article 3, sous f), d'après lequel la Communauté a pour mission « l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun » [50]. Dans son arrêt Continental Can, elle a dégagé comme premier élément déterminant d'un comportement abusif le fait que ce comportement renforce la position dominante de l'entreprise et entrave notablement la concurrence résiduelle, elle-même déjà affaiblie. D'après cet arrêt, sur lequel la Commission se fonde dans la décision litigieuse [51], la constatation de l'abus dépend de l'effet restrictif du comportement de l'entreprise dominante sur la concurrence (il s'agissait d'une prise de participation de 80 % dans une entreprise concurrente) [52].

63. Cependant, si l'effet restrictif de la concurrence suffisait pour qualifier d'abusif le comportement d'une entreprise dominante, il se produirait le risque que l'article 86 soit rapporté à toutes les activités bénéficiaires de cette entreprise. Cela se rapprocherait à tout le moins d'une interdiction de la position dominante qui n'est pas prévue par le traité. Il convient donc d'analyser l'article 86 de façon plus détaillée dans ce contexte.

Comme cet article n'interdit pas en tant que tel l'existence d'une position dominante, une entreprise placée dans cette situation a le droit d'agir en vue d'obtenir des bénéfices et de faire en sorte d'étendre ses activités commerciales. Elle a le droit de renforcer sa position dominante en faisant jouer la concurrence et d'écarter du marché des concurrents moins compétitifs, même si sa part de marché doit atteindre 100 % de cette manière [53]. Le traité CEE n'exige pas que l'entreprise dominante se comporte d'une façon qui serait économiquement dénuée de sens et contraire à ses intérêts légitimes. Dans toute autre hypothèse, le droit communautaire se mettrait en contradiction avec d'autres obligations, qui incombent à une entreprise dominante au même titre qu'à toute autre entreprise. Nous songeons par exemple à l'obligation que le

50 — Voir arrêt du 21 février 1973, précité (6/72, Rec. p. 244 et suiv.); arrêt du 6 mars 1974, Commercial Solvents, point 25 (6/73 et 7/73, Rec. p. 223, 253); arrêt du 16 novembre 1977, Inno/ATAB, points 28 et suiv. (13/77, Rec. p. 2115, 2145); arrêt du 14 février 1978, précité, points 63 et suiv. (27/76, Rec. p. 286); arrêt du 13 février 1979, précité, points 125 et 132 (85/76, Rec. p. 552 et 554).

51 — Au point 46 de la décision attaquée.

52 — Précité, point 26 (p. 246). La décision de la Commission a néanmoins été annulée en raison de la délimitation incorrecte du marché en cause.

53 — Lang, Temple: *Monopolisation and the definition of « abuse » of a dominant position under Article 86 EEC Treaty*, CMLR 1979, p. 345, 351.

droit des sociétés impose aux organes de direction d'utiliser le capital qui leur a été confié par les porteurs de parts de façon qu'il produise des bénéfices ainsi qu'à la responsabilité des entreprises dans la garantie des emplois.

64. La notion d'abus est — d'après l'arrêt Hoffmann-La Roche — une notion objective [54], qui n'implique pas que l'utilisation de la puissance économique conférée par une position dominante soit le moyen grâce auquel l'abus a été réalisé [55]. C'est pourquoi des actes qui peuvent également être accomplis par une entreprise n'occupant pas de position dominante — comme l'acquisition d'une licence de brevet, la prise de participation dans une autre entreprise ou la conclusion d'un contrat d'achat exclusif — ne peuvent être exclus du cercle des comportements relevant des dispositions de l'article 86. Contrairement à l'opinion de la requérante, il n'est pas nécessaire pour qualifier son comportement d'abus qu'elle ait employé sa puissance économique pour forcer la conclusion du contrat de licence [56]. Même des actes dénués de toute valeur positive ou négative peuvent être contraires à l'article 86 lorsqu'ils sont susceptibles d'entraîner des effets indésirables du point de vue du régime communautaire de la concurrence.

65. L'article 86 impose ainsi à l'entreprise dominante une responsabilité particulière « de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun » [57].

54 — Arrêt du 13 février 1979, précité, point 91 (85/76, Rec. p. 541).

55 — Arrêt du 13 février 1979, précité (85/76); il est vrai qu'une partie de la doctrine va dans un autre sens: par exemple, Koch, dans Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, points 45 et suiv. des commentaires sur l'article 86.

56 — Voir également arrêt du 13 février 1979, précité, point 120 (85/76, Rec. p. 551).

57 — Arrêt du 9 novembre 1983, Michelin, point 57 (322/81, Rec. p. 3461, 3511).

Partant, afin d'éviter que ces obligations particulières de l'entreprise dominante n'entrent en contradiction avec le principe que la position dominante n'est pas interdite en tant que telle, il convient de recourir à des critères supplémentaires qui permettront de distinguer le comportement abusif des moyens qui relèvent d'une concurrence normale. Où pourrons-nous trouver ces critères?

66. Une première réponse nous est fournie par la façon dont la Cour de justice a développé la notion d'abus, telle qu'elle ressort de la définition à deux composantes contenue dans l'arrêt Hoffmann-La Roche. D'après celle-ci, il faut qu'outre l'effet restrictif de la concurrence l'entreprise dominante ait employé des moyens « différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques » [58]. La Cour de justice a par exemple compté parmi ces moyens étrangers à la concurrence les contrats d'achat exclusifs que l'entreprise Hoffmann-La Roche avait conclus avec quelques-uns de ses clients.

67. Il faut cependant se demander si seuls des moyens étrangers à la concurrence peuvent entrer en considération en tant qu'élément supplémentaire. Pour répondre à cette question, il nous faut revenir au contenu de l'article 86.

Cette disposition contient quatre exemples types d'abus de position dominante. Les deux premiers se réfèrent principalement à la protection des partenaires contractuels et des consommateurs contre l'exploitation que

58 — Arrêt du 13 février 1979, précité, point 91 (85/76, Rec. p. 541); de même, voir arrêt du 11 décembre 1980, L'Oréal, point 27 (31/80, Rec. p. 3775, 3794); arrêt du 9 novembre 1983, précité, point 70 (322/81, Rec. p. 3514).

l'entreprise dominante peut faire de leur situation de dépendance tandis que l'interdiction de couplage visée sous d) a pour finalité la protection du cocontractant et manifestement aussi celle du concurrent, l'exemple visé sous c) interdisant de porter atteinte à la concurrence par le biais de discriminations entre les partenaires commerciaux de l'entreprise dominante. Les trois exemples cités en premier lieu ont en commun d'être dirigés contre des pratiques qui poursuivent un but légitime, à savoir la réalisation de bénéfices, mais en employant des moyens disproportionnés. De ces exemples types, nous pouvons déduire les cas d'abus qui ne sont pas nommés. Ils délimitent en effet des barrières, à savoir le principe de proportionnalité [59] et l'interdiction de discrimination, que l'entreprise dominante ne doit jamais franchir [60], même dans le cadre d'activités qui sont étrangères à ces exemples.

68. Dans la présente affaire, c'est avant tout le principe de proportionnalité qui importe, puisque le grief d'acquisition de la licence exclusive (et seulement de la licence exclusive) implique celui de comportement contraire à ce principe. Appliqué à une entreprise dominante, ce principe signifie que cette entreprise peut agir en vue d'obtenir des bénéfices, faire en sorte de renforcer sa position commerciale grâce à sa compétitivité et poursuivre ses intérêts économiques légitimes, mais qu'elle ne doit employer à cette fin que les moyens nécessaires à la poursuite de ces objectifs légitimes. Elle ne doit notamment pas se comporter d'une façon qui, selon toute prévision, restreindrait la concurrence plus que nécessaire.

69. C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour de justice a, dans une série de décisions, appliqué le principe de proportionnalité au comportement d'entreprises dominantes.

C'est ainsi que, dans l'arrêt BRT/SABAM [61], la Cour de justice a jugé que certaines stipulations inscrites par une société d'exploitation de droits d'auteur dans ses contrats de gestion étaient inéquitables et, par conséquent, abusives, parce qu'elles restreignaient la liberté de ses adhérents de disposer de leurs droits d'auteur plus fortement qu'il n'était nécessaire pour que la société puisse assurer la gestion de ces droits avec efficacité.

Des considérations analogues se trouvent dans l'arrêt Suiker Unie [62], d'après lequel il peut être abusif pour une entreprise dominante d'imposer à ses représentants de commerce une clause d'interdiction de concurrence et d'en étendre la portée « au-delà de ce qui correspond à la nature du rapport juridique et économique en cause » (c'est-à-dire celui de l'entreprise avec ses représentants de commerce).

70. L'application du principe de proportionnalité ressort de façon particulièrement claire dans l'arrêt United Brands. Dans cet arrêt, la Cour de justice s'est fondée, comme on le sait, sur ledit principe pour déclarer abusive une interdiction de revente des bananes à l'état vert, que la requérante avait imposée à ses clients. La Cour de justice a reconnu que la requérante avait le droit de pratiquer une politique de qualité dans le cadre de la sélection de ses reven-

59 — Voir l'analyse fondamentale développée à ce propos par Vogel dans *Droit de la concurrence et concentration économique*, Paris, 1988, p. 154 et suiv.

60 — Arrêt du 21 février 1973, précité, point 26 (6/72, Rec. p. 246)

61 — Arrêt du 27 mars 1974 (127/73, Rec. p. 313, 316 et suiv.), qui se rapporte, il est vrai, à l'exemple type de l'article 86, deuxième alinéa, sous a).

62 — Arrêt du 16 décembre 1975, point 486 (40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, 2002)

deurs, mais à condition de ne pas mettre en place « des entraves dont le résultat dépasse l'objectif à atteindre » et qui sont, par conséquent, interdites par l'article 86. Dans le même arrêt, la Cour de justice a reconnu à l'entreprise dominante le droit de prendre des sanctions contre des partenaires contractuels qui agissent à l'encontre de ses intérêts commerciaux. Ces sanctions doivent cependant être proportionnées à la menace constituée par le comportement du partenaire pour les intérêts de l'entreprise dominante [63]. Or, l'entreprise United Brands avait dépassé la mesure en suspendant ses livraisons à un client au motif que celui-ci avait pris part à une campagne de publicité en faveur de l'un de ses concurrents.

71. Récemment encore, la Cour de justice a déclaré que la proportionnalité est le critère à appliquer pour savoir si les redevances exigées par une société française de gestion de droits d'auteur, la SACEM, sont abusives au motif qu'elle accorde ces droits d'utilisation toujours globalement pour l'ensemble de son répertoire et que les utilisateurs de l'œuvre n'ont pas la possibilité de se limiter, contre paiement d'une redevance diminuée en proportion, aux catégories d'œuvres qui les intéressent. La Cour de justice observe à ce propos que ce comportement, qui a pour but légitime la protection des droits d'auteur, ne pourrait être mis en cause que dans la mesure où d'autres méthodes seraient susceptibles d'atteindre le même but, sans que les frais de gestion et de contrôle qui pèsent sur la SACEM s'en trouvent accrus [64].

D'après le même arrêt, les considérations ci-dessus valent également pour déterminer si les contrats conclus dans ces conditions avec les utilisateurs de l'œuvre peuvent être considérés comme restrictifs de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1 [65]. Cela montre l'importance du critère de la proportionnalité pour apprécier un comportement tant au regard de l'article 85 que de l'article 86.

72. L'existence de ce lien étroit entre le contenu des deux dispositions est encore confirmée par l'arrêt Hoffmann-La Roche. Il est vrai que la Cour de justice n'y a pas expressément examiné si le comportement reproché à l'entreprise dominante était conforme au principe de proportionnalité, mais, ainsi que Vogel l'a démontré, elle se réfère néanmoins indirectement à ce principe [66]. Dans le passage où sont examinés les contrats d'achat exclusif entre l'entreprise dominante et ses clients, l'arrêt relève que « des accords de ce genre ne pourraient éventuellement être admissibles que dans le cadre et sous les conditions prévues à l'article 85, paragraphe 3, du traité... » [67]. Parmi ces conditions, il y a la proportionnalité de l'accord qui signifie, d'après l'article 85, paragraphe 3, sous a), que les entreprises intéressées ne doivent pas être soumises à « des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs » (ceux de l'article 85, paragraphe 3). Contrairement au point de vue de la requérante, l'élément supplémentaire ne découle donc pas nécessairement de circonstances extérieures à l'accord; il peut au contraire résider dans le contenu de l'accord lui-même lorsque ce dernier mène l'entreprise dominante à adopter un comportement excessif.

63 — Arrêt du 14 février 1978, précité (27/76, Rec. p. 298).

64 — Arrêt du 13 juillet 1989, point 45 (395/87), dans le cadre de l'exemple type visé à l'article 86, deuxième alinéa, sous a).

65 — Précité, point 31 des motifs.

66 — *Droit de la concurrence et concentration économique*, p. 155, note 1 en bas de page.

67 — Arrêt du 13 février 1979, précité, point 120 (85/76, Rec. p. 551).

73. La présente espèce comporte, il est vrai, encore un problème juridique spécifique, puisque l'accord est relatif à une licence de brevet. Il faut dès lors se demander si la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'application de l'article 86 aux droits de propriété industrielle permet d'apprécier le comportement de la requérante au regard des critères développés ci-dessus.

En effet, récemment encore, la Cour de justice a confirmé, dans son arrêt Maxicar, sa jurisprudence [68] d'après laquelle le seul fait d'avoir acquis — le premier — un droit exclusif (il s'agissait d'un brevet pour modèle ornemental relatif à un élément de carrosserie de voiture automobile) ne peut être regardé comme un comportement abusif au sens de l'article 86 [69].

Au contraire, la Cour de justice distingue là aussi entre l'acquisition du droit et son exercice [70]. Seul ce dernier peut dégénérer en exploitation abusive [71], par exemple en cas de refus arbitraire de livraison, de fixation de prix inéquitables ou de restriction de la production [72]. L'acquisition du droit exclusif est en l'occurrence toujours accompagnée d'un élément supplémentaire. Celui-ci ne saurait cependant consister en la seule élimination de la concurrence d'autres fabricants sur le produit protégé, car cette élimination est indissociable de l'existence même du droit exclusif [73].

74. Toutefois, ces principes que la Cour de justice a développés pour l'acquisition initiale d'un droit de propriété industrielle ne sauraient être appliqués sans autre forme de procès aux cessions ultérieures d'une licence exclusive. Lors de l'acquisition initiale d'un brevet ou d'un modèle ornemental, l'entreprise protège le travail de développement qu'elle a réalisé contre les imitations de la part de tiers. L'entreprise dominante en a le droit, même si elle élimine ainsi, comme dans l'affaire Maxicar, des entreprises dont les activités consistaient jusque-là en l'imitation de tels produits [74].

L'acquéreur d'une licence de brevet s'approprie par contre l'innovation développée par une tierce personne. C'est légitime, mais sa position sur le plan juridique se distingue de ce fait de celle du premier titulaire du droit exclusif. Chez ce dernier, l'exclusivité est inhérente au droit lui-même et doit lui permettre d'obtenir la récompense de son effort d'inventeur [75]. En revanche, le preneur de licence ne recherche pas la récompense de ses efforts et des risques encourus lors du développement du bien protégé (il verse cette récompense à l'inventeur); son objectif est d'exploiter un investissement de telle façon qu'il lui rapporte un maximum de profit. C'est pourquoi la licence n'est pas nécessairement exclusive, à la différence du droit de propriété industrielle lui-même. Ces différences justifient que la position privilégiée du titulaire d'un droit de propriété industrielle dans le cadre de l'article 86 ne soit pas étendue au preneur de licence.

Le fait que l'inventeur qui occupe une position dominante sur un marché a le droit d'exclure les tiers de l'utilisation de son invention sans commettre d'abus ne signifie

68 — Voir arrêt du 29 février 1968, Parke, Davis/Probel [24/67, Rec. p. 81, 108 et suiv. (brevet)]; arrêt du 23 mai 1978, Hoffmann-La Roche/Centrafarm (102/77, Rec. p. 1139, 1168 (marques)].

69 — Arrêt du 5 octobre 1988, point 15 (53/87, Rec. p. 6039).

70 — Dans le même sens, voir la jurisprudence constante de la Cour à propos de la distinction entre l'existence et l'exercice des droits de propriété industrielle dans le cadre de l'application de l'article 36; voir, par exemple, arrêt du 31 octobre 1974, Centrafarm/Sterling Drug (15/74, Rec. p. 1147).

71 — Arrêt du 29 février 1968, précité (24/67, Rec. p. 110).

72 — Arrêt du 5 octobre 1988, précité, point 16 (53/87); voir également arrêt du 5 octobre 1988, Volvo/Veng, point 9 (238/87, Rec. p. 6211).

73 — Conclusions de l'avocat général M. Mischo dans l'affaire 53/87, Maxicar, précité, point 60.

74 — Il en a été de même dans l'affaire 238/87, Volvo/Veng, précité.

75 — Arrêt du 9 juillet 1985, Pharmon/Hoechst, point 26 (19/84, Rec. p. 2281, 2298).

donc pas que l'entreprise dominante ait toujours le droit d'exclure, en acquérant une licence exclusive, ses concurrents potentiels de l'exploitation des résultats de recherches faites par des tiers.

b) La constatation de l'infraction dans la décision attaquée

75. Nous avons vu, dans la première partie des présentes conclusions, que l'article 86 peut également s'appliquer à un accord qui a bénéficié d'une exemption par catégorie. Nous avons ensuite montré que les conditions d'application de l'article 86 sont remplies lorsque l'entreprise dominante adopte un comportement restrictif de la concurrence qui est en outre contraire au principe de proportionnalité. Ces principes valent également pour l'achat d'une licence de brevet par l'entreprise dominante. C'est dans ce contexte juridique qu'il convient maintenant de déterminer si c'est à juste titre que la Commission a constaté une violation de l'article 86.

Au point 60 de sa décision, la Commission affirme que l'abus aurait résidé dans l'acquisition de la licence exclusive qui a eu pour effet de renforcer la position dominante de la requérante, de diminuer encore davantage ce qui subsistait en fait de concurrence et de rendre encore plus difficile l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché. La Commission a ainsi en fin de compte correctement motivé sa décision, sur le plan juridique, par l'existence d'un comportement disproportionné et restrictif de la concurrence chez la requérante même si elle n'a invoqué que l'arrêt Continental Can et même si elle n'a pas expressément pris en considération le principe de la proportionnalité, tel qu'il a été développé ultérieurement dans la jurisprudence de la Cour[76]. Il reste cependant à déterminer si les constatations de fait contenues aux points 18, 22 et 23 de la décision sont de nature à fonder les conclusions juridiques contenues dans cette dernière.

76. aa) Il convient tout d'abord d'examiner si la requérante a eu un comportement restrictif de la concurrence. L'acquisition de la licence exclusive a renforcé la domination de la requérante sur tous ses concurrents puisque ceux-ci ne disposaient pas de la technologie litigieuse. Avant l'acquisition de la licence exclusive, la requérante occupait déjà une part de marché d'environ 91,8 % pour les machines de remplissage stériles; la licence exclusive pour l'autre procédé de stérilisation appartenait à son concurrent potentiel Liquipak, qui s'efforçait de pénétrer le marché dominé par la requérante.

L'acquisition a fait de la requérante la titulaire de la licence exclusive; tous les concurrents potentiels de Tetra ont ainsi été privés de la technologie de substitution protégée par le brevet. Le fait que la requérante a acquis la licence dans le cadre de la reprise de Liquipak, laquelle n'est pas en cause en l'espèce, ne change rien à ce résultat. Même la simple acquisition de la licence aurait empêché les concurrents potentiels de la requérante de recourir à l'autre procédé de stérilisation litigieuse pour avoir accès au marché.

77. Par ailleurs, au point 18 (et au point 27) de sa décision, la Commission a constaté que l'acquisition de la licence exclusive a au moins temporairement écarté le concurrent Elopak du marché. A l'audience, elle a

76 — Voir les quarante-sixième et quarante-septième considérants de la décision.

déclaré que c'est là que résiderait l'abus commis par la requérante.

Au cours de la même audience, la requérante a opposé aux constatations contenues dans la décision à propos de la situation et du comportement d'Elopak qu'elles ne seraient pas claires et qu'elles ne justifieraient pas le grief d'une violation de l'article 86. Quant à savoir si, alors que le défaut de motivation ne fait pas partie des moyens invoqués, l'article 42 du règlement de procédure de la Cour — qui est applicable en vertu de l'article 11 de la décision du Conseil du 24 octobre 1988 [77] — autorise à ne s'en prendre à cette partie de la décision qu'au stade de la procédure orale, cela nous paraît douteux, ainsi que la question que nous avons posée au cours de l'audience l'a d'ailleurs souligné. Cependant, même si vous acceptiez de considérer l'observation ci-dessus visée de la partie requérante comme un argument supplémentaire à l'appui du moyen de la violation de l'article 86, il faudrait néanmoins tenir compte de ce qui suit.

Les constatations de la Commission d'après lesquelles la requérante aurait renforcé sa position dominante par rapport à (tous) ses concurrents et aurait à tout le moins notablement retardé l'accès d'Elopak au marché laissent apparaître très clairement un comportement restrictif de la concurrence de la part de la requérante. Ce résultat n'est modifié en rien — et c'est un point que nous relevons à titre subsidiaire — si vous accueillez les critiques de la requérante à l'encontre des constatations de fait retenues à propos du comportement d'Elopak. Même si vous négligiez cet ensemble d'éléments litigieux et qui n'ont pas été totalement éclaircis au cours de la procédure, il resterait qu'en acquérant la licence la requérante a renforcé sa puissance sur le marché par rapport à tous ses concurrents. Cet effet restrictif de la concurrence suffit pour l'article 86 sans qu'il soit en plus besoin d'effets concrets sur le comportement d'un concurrent déterminé. Il suffit que la requérante ait accaparé la technologie de substitution, en empêchant ainsi tous ses concurrents potentiels d'y avoir recours. De ce seul fait, elle a déjà renforcé les barrières d'accès au marché et rendu plus difficile l'apparition d'une concurrence éventuelle.

78. bb) En acquérant la licence exclusive, la requérante s'est également servie d'un moyen disproportionné par rapport au but recherché. Certes, l'exploitation du progrès technique par l'acquisition de licences de brevet est un élément de la concurrence par la compétitivité, à laquelle la requérante a le droit de participer en tant qu'entreprise dominante sur le marché. Cependant, pour atteindre l'objectif légitime d'accéder à des innovations technologiques afin d'améliorer sa compétitivité, la requérante n'avait nul besoin d'employer un moyen aussi directement et aussi manifestement restrictif de la concurrence. Bien au contraire, c'est à juste titre que la Commission a estimé qu'une licence non exclusive aurait également permis à la requérante d'utiliser le procédé breveté pour améliorer ses propres produits sans entraver pour autant l'accès de nouveaux concurrents au marché dominé par elle.

Le contenu de l'accord suffit donc à établir l'absence de proportionnalité du comportement de la requérante, qui, en tant qu'entreprise dominante, n'avait pas le droit de devenir partie à un accord de cette teneur. C'est d'ailleurs là un exemple concret du fait que, contrairement au point de vue de la requérante, l'« élément supplémentaire »

77 — JO 1988, L 319, p. 1; une version rectifiée a été publiée au JO 1989, C 215, p. 1.

n'est pas nécessairement et toujours une circonstance étrangère à l'accord.

79. Le fait que l'accord exclusif de licence de brevet bénéficiait d'un règlement d'exemption par catégorie ne change rien à la réalité que le comportement de la requérante était contraire au principe de proportionnalité: si l'on examine les considérants du règlement n° 2349/84, il se confirme que, dans son appréciation abstraite de la proportionnalité, le législateur n'a pas pris en considération des situations comme la présente. Dans des conditions normales de marché, les licences exclusives doivent servir à la diffusion de nouveaux produits ou procédés de fabrication. Leur caractère exclusif se justifie par le fait que, eu égard aux risques qui sont normalement liés à l'introduction de nouveaux produits ou procédés de fabrication, l'investissement dans de telles innovations demande à être particulièrement encouragé. La protection apportée par l'exclusivité facilite au preneur de licence l'accès au marché. Elle contribue ainsi à améliorer l'offre, à augmenter le nombre des centres de production et à promouvoir la diffusion du progrès technique [78].

Ces considérations ne sont pas de nature à justifier en l'occurrence l'acquisition de la licence exclusive par la requérante. Son comportement a bien plutôt des effets contraires aux objectifs du règlement n° 2349/84 dans la mesure où il rend l'accès au marché plus difficile pour les autres entreprises et où il fait obstacle à l'accroissement du nombre des centres de production.

80. Enfin, la contradiction entre le comportement de la requérante et le principe de proportionnalité n'est en rien modifiée par le fait que le donneur de licence BTG était d'accord avec le transfert de la licence exclusive. La responsabilité particulière qui incombe à Tetra en tant qu'entreprise dominante lui interdit des comportements qui restreignent la concurrence dans une mesure disproportionnée, même s'ils sont dans l'intérêt de ses partenaires contractuels [79].

81. En ce qui concerne le premier argument de la requérante, nous pouvons dès lors retenir que l'acquisition d'une licence exclusive par une entreprise dominante ne réunit pas en soi les éléments constitutifs de l'abus au sens de l'article 86. Cependant, les conditions d'application de l'article 86 sont remplies lorsque, comme en l'espèce, ce comportement aggrave la situation de concurrence sur le marché en cause et dépasse la mesure de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs légitimes de l'entreprise dominante.

II — *Violation du principe de sécurité juridique*

82. A titre de deuxième argument, la requérante fait valoir qu'il serait contraire au principe de la sécurité juridique d'appliquer l'article 86 à un comportement relevant d'un règlement d'exemption par catégorie. De même qu'un retrait de l'exemption n'est possible que pour l'avenir, l'article 86 ne pourrait être appliqué qu'ex nunc à son comportement. Dans toute autre hypothèse, l'exemption par catégorie — dont le principal avantage serait d'assurer les parties de la licéité et de la validité de l'accord dont l'objet a été exempté — ne pourrait jamais bénéficier aux entreprises dominantes et à leurs partenaires contractuels.

78 — Règlement n° 2349/84, onzième et douzième considérants.

79 — Voir arrêt du 13 février 1979, précité, point 115 (85/76, Rec. p. 549).

83. Le principe de la sécurité juridique et celui apparenté de la confiance légitime font partie des principes généraux du droit communautaire que la Cour de justice a reconnus dans une jurisprudence constante [80]. Conformément à ces deux principes, la façon dont le droit sera appliqué dans un cas d'espèce doit être prévisible [81]. La sécurité juridique joue un rôle principalement lors de l'interprétation des dispositions juridiques en vigueur; elle peut limiter les cas où son application prendrait un tour inattendu, afin d'éviter que des relations juridiques établies de bonne foi ne soient mises en cause [82]. L'importance de ce principe pour l'application des règles de concurrence du traité est déjà apparue en 1962, lorsque, dans son arrêt Bosch, la Cour a restreint dans une mesure notable l'applicabilité directe de l'article 85, paragraphes 1 et 2, en fondant sur le principe de la sécurité juridique la doctrine de l'effet provisoire des ententes qui existaient déjà avant l'entrée en vigueur de la réglementation communautaire de concurrence [83]. Récemment encore, la Cour de justice a invoqué en matière de transports aériens les règles qu'elle avait énoncées à l'époque [84].

84. Le principe de la protection de la confiance légitime se rapporte avant tout aux modifications apportées par les institutions communautaires à la situation juridique ou à une pratique existante en matière d'application du droit; il entre en jeu en particulier lorsque des opérateurs ont pris, en se fiant à une situation donnée, des dispositions qui se révèlent désavantageuses à la suite du changement de circonstances [85]. Pour ces deux principes, il y a lieu de retenir que la prise en considération des intérêts tenant à la confiance légitime doit être pondérée par le principe de la légalité qui s'impose à l'administration [86] ainsi que par la marge de manœuvre qui doit être celle des institutions communautaires. Seuls certains cas d'une rigueur inacceptable peuvent justifier à titre exceptionnel que le principe de la légalité de l'action administrative et la marge de manœuvre du législateur cèdent le pas devant les exigences du principe de sécurité juridique.

85. Le bien-fondé du deuxième argument de la requérante dépend par conséquent du point de savoir si des entreprises dominantes peuvent être considérées comme livrées à une insécurité juridique inacceptable lorsque l'article 86 leur est appliqué à propos d'un comportement qui bénéficie d'une exemption par catégorie et alors même que cette exemption n'a pas encore été révoquée pour l'avenir. Ainsi que nous allons vous l'exposer en deux étapes, il ne nous semble pas que le principe de sécurité juridique ait été violé en l'espèce. L'application de l'article 86 est en effet, en premier lieu, normalement prévisible dans un cas comme celui de la requérante. Deuxièmement, nous ne pouvons pas dire qu'aurait été affecté en l'occurrence un rapport de droit établi, de bonne foi, sur la conviction que l'article 86 ne serait pas applicable.

80 — Pour un exposé détaillé relatif à l'application de ces deux principes en droit de la concurrence, voir Edward, David: « Constitutional rules of Community law in EEC competition cases », dont la publication est prévue dans les *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1989, p. 28 et suiv. du manuscrit.

81 — Voir, par exemple, arrêt du 12 novembre 1981, Salumi, point 10 (212/80 à 217/80, Rec. p. 2735, 2751); arrêt du 28 avril 1988, Mulder, points 24 et suiv. (120/86, Rec. p. 2321, 2352 et suiv.); David Edward, précité.

82 — Voir arrêt du 2 février 1988, Blaizot, points 25 et suiv. (24/86, Rec. p. 379, 405 et suiv.); l'arrêt de principe est celui du 8 avril 1976, Defrenne, points 69 et suiv. (43/75, Rec. p. 455, 480).

83 — Arrêt du 6 avril 1962, précité (13/61, Rec. p. 89).

84 — Arrêt du 30 avril 1986, précité (209/84 à 213/84, Rec. p. 1425, 1466 et suiv.); arrêt du 11 avril 1989, points 20 et suiv. (66/86).

85 — Voir, par exemple, Sharpston: « Legitimate expectations and economic reality », dont la publication est prévue dans *European Law Review*, 1990, p. 76 du manuscrit; arrêt du 28 avril 1988 dans l'affaire 120/86, précité.

86 — Arrêt du 22 mars 1961, Snupat (42/59 et 49/59, Rec. p. 101, 159).

1) *Le caractère prévisible de l'application de l'article 86*

a) L'application de l'article 86 était prévisible en dépit de l'exemption par catégorie

86. L'application de l'article 86 était normalement prévisible pour la requérante; cela résulte des trois considérations suivantes.

Nous avons vu qu'en prononçant une exemption par catégorie le législateur adopte une réglementation générale et abstraite qui ne tient pas compte et ne peut tenir compte des circonstances concrètes du marché. Une entreprise ne peut donc être certaine que l'appréciation portée par le législateur s'applique également au marché dominé par elle. S'il s'agit — comme en l'espèce — d'un accord de licence de brevet, l'accord en question devra être apprécié au regard du règlement n° 2349/84, et de son vingt-septième considérant, qui se lit comme suit:

« ... considérant que les accords qui remplissent les conditions des articles 1er et 2 et qui n'ont ni pour objet ni pour effet de provoquer d'autres restrictions de concurrence ne doivent plus être notifiés; que les entreprises conservent cependant le droit de demander, à titre individuel, la délivrance d'une attestation négative au titre de l'article 2 du règlement n° 17 du Conseil ou d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3; ... »

Ainsi l'attention des cocontractants est-elle attirée sur le fait que leur accord peut produire des effets restrictifs de la concurrence qui ne sont pas couverts par l'exemption par catégorie et qu'il leur appartient de vérifier s'il y a lieu, eu égard à ces effets éventuels, de demander une exemption individuelle ou une attestation négative. La position qu'ils occupent sur le marché peut d'ailleurs les engager à inclure l'éventualité d'une violation de l'article 86 dans leurs réflexions. Le résultat de l'analyse faite par les entreprises intéressées au moment de la conclusion du contrat dépend partiellement de leur taille et de leur position sur le marché. Partant, si la licence est transférée par la suite dans le chef d'une autre entreprise, cette dernière ne pourra être assurée que l'accord continue d'échapper à toute critique. Elle se trouve alors dans la même situation qu'une entreprise lors de la conclusion initiale d'un tel accord et elle sera tenue, comme elle, d'en examiner la validité du point de vue du droit de la concurrence.

87. Deuxième argument: même le fait que le retrait de l'exemption par catégorie n'est possible que pour l'avenir ne saurait être interprété par les entreprises intéressées en ce sens qu'en attendant elles n'auraient nul besoin de se préoccuper de l'application de l'article 86 à leur comportement.

La requérante relève certes que l'exemption par catégorie aurait pour finalité de permettre la conclusion juridiquement valable d'accords répondant d'un point de vue général et abstrait aux exigences de l'article 85, paragraphe 3, sans qu'il soit besoin de procéder à l'appréciation, toujours onéreuse, de chaque cas particulier[87]. Les parties à un tel accord doivent, selon la requérante, pouvoir se fier à la validité de leur contrat jusqu'à un retrait éventuel de l'exemption. L'article 86 n'affirmerait sans doute pas expressément la nullité des accords qui le violent, mais cette conséquence pourrait résulter du droit national.

87 — Dans le même sens, voir Wiedemann: *Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts*, vol. 1, 1989, Allgemeiner Teil, p. 122, point 373.

Elle serait excessive au point d'être inéquitable non seulement pour l'entreprise dominante partie à l'accord, mais également pour son partenaire qui n'a souvent commis aucune violation de l'article 86.

Nous avons vu que l'entreprise dominante peut prévoir l'éventualité d'une application de l'article 86 dès avant le retrait de l'exemption. Elle ne saurait donc présumer que les conséquences juridiques d'une violation de l'article 86 par un comportement exempté seraient limitées à la possibilité du retrait de l'exemption. Il est certes vrai qu'en règle générale la violation de l'article 86 par un accord exempté réunit les conditions d'un retrait de l'exemption [88]. Mais, d'autre part, ce retrait peut être justifié non pas seulement par l'abus au sens de l'article 86, mais aussi par des restrictions moins graves à la concurrence. Le fait que les dispositions relatives au retrait sont applicables à divers cas « de moindre importance » ne permet donc pas de dire qu'une violation de l'article 86 ne pourrait avoir des conséquences juridiques d'une portée plus étendue. L'entreprise ne peut donc légitimement considérer que la voie de l'article 86 se trouverait « barrée » [89].

88. Troisième argument: la requérante fait valoir que, eu égard au manque de clarté dans la délimitation du marché en cause et dans la définition de la position dominante, aucune entreprise ne pourrait être certaine du caractère abusif ou non de son comportement au moment de conclure un accord qui relève d'une catégorie ayant bénéficié d'une exemption. Cependant, les entreprises dominantes sont toujours confrontées à ces problèmes de délimitation, et ce indépendamment de l'existence d'une exemption par catégorie; pourtant, le traité les oblige à orienter leur comportement en fonction de l'article 86. Dans ce contexte, il convient de rappeler la responsabilité particulière qui incombe aux entreprises dominantes de tenir compte des exigences de la concurrence, telle que la Cour de justice l'a reconnue dans son arrêt Michelin [90]. Cette situation particulière de l'entreprise dominante, qui restreint sa marge d'action par rapport à des entreprises moins puissantes, n'est en rien modifiée par une exemption catégorielle.

89. La notion d'abus est également suffisamment définie pour pouvoir servir de ligne directrice aux entreprises dominantes lorsqu'elles s'engagent dans la conclusion d'accords bénéficiant d'une exemption par catégorie. Il est vrai qu'il pourrait quelquefois en être différemment si le seul critère de l'abus était constitué par les effets nocifs pour la concurrence d'un comportement déterminé [91].

Si l'on intègre cependant dans les éléments constitutifs de l'abus le fait que le comportement reproché à l'entreprise dominante constitue un moyen disproportionné dans la poursuite de ses intérêts économiques légitimes, comme cela a été fait dans la jurisprudence de la Cour que nous venons d'analyser et dans la pratique décisionnelle de la Commission [92], alors les entreprises dominantes disposent d'un critère qui doit leur permettre de distinguer les accords abusifs de ceux auxquels ils peuvent participer sans violer les règles de la concurrence.

88 — Voir, par exemple, l'article 7 du règlement n° 19/65.

89 — Dans un autre sens, voir Wiedemann, précité, point 373, p. 123.

90 — Arrêt du 9 novembre 1983, précité, point 57 (322/81, Rec. p. 3511).

91 — Vogel, précité, p. 143; voir également les conclusions de l'avocat général M. Roemer dans l'affaire 6/72, précité, (Rec. 1973, p. 256).

92 — Voir, pour une analyse détaillée, Gyselen: « Abuse of monopoly power within the meaning of Article 86 of the EEC Treaty: Recent developments », en instance de publication dans *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1989, p. 27 et suiv. du manuscrit.

90. Dans ce contexte, la requérante ne pouvait raisonnablement escompter que l'article 86 ne s'appliquerait pas à la reprise de l'accord de licence de brevet qui avait été exempté.

Il y a lieu de retenir, à cet égard, que la requérante n'a pas contesté en l'espèce les constatations de la Commission relatives à la délimitation du marché en cause et à sa position dominante et qu'elle n'affirme pas avoir ignoré les faits essentiels sur lesquels la Commission se fonde. Partant, elle devait s'attendre à ce que l'intégralité de son comportement commercial puisse être examiné au regard de l'article 86.

91. La partie requérante devait également compter avec l'éventualité que l'acquisition de la licence de brevet exclusive soit considérée comme un abus de position dominante. Les effets restrictifs de la concurrence directement provoqués par ce fait ne pouvaient lui échapper. Ces effets découlaient, sans que la teneur du contrat soit modifiée, de la circonstance que la requérante y devenait partie, en sa qualité d'entreprise dominante. Dans cette situation, le vingt-septième considérant du règlement d'exemption aurait dû l'inciter à vérifier si les conditions justifiant une exemption étaient véritablement remplies.

Enfin, il était manifeste que l'acquisition de la licence exclusive n'était pas nécessaire à la préservation des intérêts légitimes de la requérante. Dans la mesure où sa seule intention était d'exploiter le procédé de stérilisation développé par BTG dans la fabrication de ses machines, une licence simple était manifestement tout à fait suffisante.

b) Une sécurité juridique accrue grâce à la possibilité d'obtenir une attestation négative

92. Même si l'application de l'article 86 est suffisamment prévisible, les termes nécessairement généraux dans lesquels cette disposition a été rédigée ne permettent pas d'éviter les cas douteux. C'est dans ce contexte qu'il convient d'apprécier l'argument de la Commission d'après lequel des entreprises dominantes peuvent obtenir les éclaircissements juridiques nécessaires en demandant une attestation négative [93].

93. La requérante objecte à cela que les efforts que cela supposerait feraient perdre tout intérêt à l'exemption par catégorie. La procédure d'attribution d'une attestation négative durerait trop longtemps et ne conduirait pas à la sécurité juridique nécessaire; l'attestation négative ne lierait pas les juridictions nationales et ne protégerait pas les intéressés contre l'imposition d'une amende. En appliquant l'article 86 à un comportement exempté, la Commission minerait le système de l'exemption par catégorie, dont la finalité serait de rendre superflu l'examen spécifique de chaque situation particulière.

94. Force nous est de reconnaître que, comme l'affirme la requérante, la procédure de délivrance d'une attestation négative se trouve dans une certaine mesure en contradiction avec la simplification administrative voulue par le système de l'exemption par catégorie. Toutefois, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, ce système n'a pas pour finalité de prémunir les accords contre toute application de l'article 86, afin d'assurer la sécurité juridique des intéressés sur ce point. De même, la délivrance d'attestations négatives n'est nullement exclue par ce système, ainsi que le montre en particulier le fait que le vingt-septième considérant du règlement

93 — Dans le même sens, voir arrêt du 13 février 1979, précité, point 130 (85/76, Rec. p. 554).

relatif aux licences de brevet réserve expressément cette possibilité aux entreprises intéressées.

95. L'objection relative à la durée de la procédure est plus sérieuse. Le fait de ne pas savoir, pendant une assez longue période, si la Commission tient l'accord qu'elles ont conclu pour abusif ou non peut sans aucun doute constituer une lourde épreuve pour les parties. Il reste cependant que tout demandeur doit accepter une assez longue phase d'incertitude juridique pendant la durée de la procédure d'attribution d'une attestation négative. Cela vaut également pour les entreprises dominantes.

96. Les parties estiment qu'une telle demande d'attestation négative n'aurait pas protégé la requérante contre l'imposition d'une amende. Cette question est fort discutée dans la doctrine. Il convient cependant de rappeler que la Commission a — selon nous à juste titre — renoncé à imposer une amende dans la présente affaire. Les entreprises peuvent donc légitimement escompter que, dans des cas semblables à la présente espèce, la Commission fera un usage prudent de son droit d'imposer des amendes, étant bien entendu que la décision que vous prendrez en l'occurrence devrait permettre d'écarter certaines incertitudes quant à la situation juridique. D'autre part, le Tribunal de céans a pleine compétence de contrôle des amendes prononcées dans ce domaine.

La dernière objection de la requérante dans ce contexte, à savoir qu'une attestation négative ne garantirait pas la sécurité juridique puisqu'elle ne lierait pas les juridictions nationales, sera examinée avec son troisième argument.

2) *L'atteinte portée à des relations juridiques établies, de bonne foi, sur l'exemption*

97. Quant à la question de savoir s'il a été porté atteinte en l'occurrence, en violation d'un principe général du droit communautaire, à une relation de droit fondée de bonne foi sur l'exemption, nous y avons déjà répondu dans une large mesure par les observations qui précèdent. Nous nous bornerons donc à faire deux remarques complémentaires: l'accord de licence initial entre le National Research and Development Council et l'entreprise Novus, auquel la requérante est devenue partie, a été conclu en 1981, donc bien avant l'entrée en vigueur du règlement n° 2349/84. L'accord a donc commencé à bénéficier de l'exemption après sa conclusion et sans que les parties contractantes y soient pour rien; on ne saurait dès lors affirmer que la relation juridique dont il s'agit ait été établie sur la conviction, acquise de bonne foi, que ce lien bénéficierait de l'exemption.

98. Toutefois, lorsque la requérante a négocié avec BTG et a acquis la licence en 1986, le règlement d'exemption par catégorie était déjà en vigueur, mais seulement concomitamment avec l'article 86. L'abus invoqué par la Commission ne concerne qu'un élément des relations juridiques entre la requérante et le donneur de licence, à savoir le caractère exclusif de la licence octroyée. Dans cette mesure, la requérante aurait dû voir que l'article 86 pouvait s'appliquer et la thèse de sa bonne foi ne peut donc être retenue.

99. Certes, des partenaires contractuels d'une entreprise n'ont nul besoin de savoir qu'elle occupe une position dominante et, partant, de connaître la possibilité d'une application de l'article 86. Dans cette mesure, la requérante a soulevé un problème

d'importance notable, mais qui ne peut conduire à ce que l'article 86 devienne partiellement inapplicable (quand le partenaire contractuel est de bonne foi). L'article 86 ne se réfère qu'au comportement de l'entreprise dominante. La solution de ce cas de figure doit par conséquent être réservée au droit national applicable à l'espèce, puisque l'article 86 ne réglemente pas les conséquences qu'une violation de ses dispositions peut comporter en droit civil.

III — *Une menace pour l'application uniforme du droit communautaire*

100. Par son troisième argument, la requérante fait valoir que l'application uniforme du droit communautaire serait mise en danger si l'article 86 pouvait être appliqué en dépit de l'existence d'une exemption par catégorie. L'article 86 étant directement applicable, les juridictions nationales pourraient interdire le comportement exempté à l'entreprise dominante et tourner de cette manière la décision de la Commission d'admettre ce comportement, telle qu'elle trouve son expression dans le règlement d'exemption par catégorie. Le caractère illicite de cette situation découlerait, selon la requérante, de l'arrêt de la Cour dans l'affaire Walt Wilhelm.

101. Dans cet arrêt, la Cour de justice a reconnu qu'une procédure de droit communautaire de la concurrence qui est en instance devant la Commission n'empêche pas les autorités nationales d'examiner simultanément les mêmes faits au regard de leur législation nationale des ententes. Elle a cependant exprimé la réserve « que cette mise en œuvre du droit national ne puisse porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celui-ci » [94].

94 — Arrêt du 13 février 1969, point 9 (14/68, Rec. p. 1, 14 et suiv.).

La Cour de justice a ainsi établi la primauté, en cas de conflit, du droit communautaire de la concurrence sur les dispositions correspondantes des États membres. Cependant, cet arrêt ne se réfère qu'aux rapports entre l'application du droit national de la concurrence par les autorités nationales, d'une part, et l'application du droit communautaire par la Commission, d'autre part. Il ne dit rien à propos de l'application du droit communautaire par les autorités et les juridictions nationales, à laquelle se réfère l'argument de la requérante. La Cour de justice n'a pas non plus eu à se prononcer à ce sujet dans son arrêt ultérieur du 10 juillet 1980 dans les affaires jointes 253/78 et 1/79 à 3/79, où il s'agissait de l'application du droit français de la concurrence après l'adoption par la Commission d'une décision de classement de l'affaire [95].

102. La compétence des autorités nationales pour appliquer le droit communautaire de la concurrence est par contre, partiellement en tout cas, réglée par l'article 9 du règlement n° 17.

Aux termes de cette disposition, la décision constitutive de droits de prononcer une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, est de la compétence exclusive de la Commission. Il existe également une compétence concurrente des autorités nationales pour l'application de l'article 85, paragraphe 1, et de l'article 86 tant que la Commission n'a engagé aucune procédure au titre des articles 2, 3 ou 6 du règlement n° 17 [96]. Mais, dès que la Commission se met en branle, elle acquiert là aussi une compétence exclusive. Cela ne vaut cependant que pour les autorités nationales en matière d'ententes et pour les juridictions

95 — Arrêt du 10 juillet 1980, Giry et Guerlain, points 15 et suiv. (253/78 et 1/79 à 3/79, Rec. p. 2327, 2374 et suiv.).

96 — Article 9, paragraphe 3.

nationales chargées d'appliquer le droit des ententes ou d'exercer un contrôle sur les autorités compétentes en la matière. En revanche, les autres juridictions et autorités nationales restent compétentes pour appliquer l'article 85, paragraphe 1, et l'article 86, par exemple dans des litiges de droit civil, même si la Commission a déjà engagé une procédure. Les interdictions énoncées à l'article 85, paragraphe 1, et à l'article 86 produisent en effet des effets directs dans les relations entre particuliers et engendrent dans le chef de ces derniers des droits et obligations que les juridictions nationales doivent sauvegarder. La sauvegarde de ces droits, que les particuliers tiennent du traité lui-même, ne peut être remise en cause par le droit dérivé [97]. Cependant, pour tenir compte du besoin d'une application du droit communautaire de la concurrence qui soit exempte de contradiction, il est loisible à la juridiction nationale de prononcer le sursis à statuer jusqu'à ce que la Commission ait pris une décision [98].

103. Les juridictions nationales restent tenues de sauvegarder les droits des particuliers, même après que la Commission a mis fin à la procédure. La Cour de justice en a décidé ainsi dans une série d'affaires relatives à des décisions de classement notifiées par lettre administrative. Si la Commission envoie une telle lettre à une entreprise pour l'informer qu'elle ne voit aucune raison d'intervenir contre un accord déterminé, cette opinion ne lie nullement les juridictions nationales; elles peuvent s'opposer au point de vue de la Commission et constater que l'accord est contraire à l'article 85 et, par conséquent, nul [99]. Les juridictions nationales ne sont pas non plus liées par une attestation négative délivrée par la Commission. [100] Il est vrai que certains en doutent, mais cette conclusion s'impose pourtant par le fait que, là encore, les juridictions nationales doivent sauvegarder les droits que le traité CEE a reconnus aux particuliers.

Partant, ni les lettres administratives ni les attestations négatives n'empêchent les juridictions nationales d'apprécier un comportement au regard des mêmes normes de droit que celles appliquées par la Commission et de parvenir néanmoins à une conclusion différente. L'opinion exprimée par la Commission dans sa lettre n'est qu'un élément de fait que les juridictions nationales sont libres de prendre en considération dans leur décision [101].

104. Il en est en revanche tout autrement dans les cas d'exemption. La décision d'exemption prise par la Commission au titre de l'article 6, paragraphe 1, du règlement n° 17 a pour effet de rendre l'article 85, paragraphe 1, inapplicable à l'accord exempté. Toutes les juridictions et autorités nationales sont liées par cette décision; elles n'ont pas le droit d'en tourner les effets erga omnes. Elles ne peuvent cesser, le cas échéant, d'être liées que si la Commission révoque sa décision au titre de l'article 8, paragraphe 3, du règlement n° 17.

En tant que norme de droit, un règlement d'exemption par catégorie lie également les juridictions et autorités nationales; ces dernières gardent cependant la possibilité de l'interpréter lors de sa mise en application. Elles peuvent ainsi constater qu'un accord ne relève pas du règlement d'exemption par

97 — Arrêt du 30 janvier 1974, précité (127/73, Rec. p. 51, 62 et suiv., à propos de l'article 86), à propos de l'article 85, paragraphe 1, voir arrêt du 10 juillet 1980, Marty/Lauder (37/79, Rec. p. 2481, 2500).

98 — Arrêt du 6 février 1973, Haecht II, points 10 et suiv. (48/72, Rec. p. 77, 86), arrêt du 10 juillet 1980, précité, point 14 (37/79, Rec. p. 2500).

99 — Voir arrêt du 10 juillet 1980, precité, point 10 (37/79, Rec. p. 2499).

100 — Conclusions de l'avocat général M. Reischl dans l'affaire 37/79, précité, p. 2507.

101 — Arrêt du 10 juillet 1980, précité (37/79, p. 2499).

catégorie et se trouve donc soumis à l'interdiction visée à l'article 85, paragraphe 1. Le risque d'aboutir à des appréciations contradictoires peut être combattu par la procédure préjudicielle au titre de l'article 177, ainsi que l'illustre la jurisprudence de la Cour à propos du règlement antérieur n° 67/67/CEE [102].

105. Cependant, tout ce que nous venons de dire ne vaut que pour l'interdiction contenue à l'article 85, paragraphe 1, et non pas pour les dispositions de l'article 86. Nos considérations relatives à la compétence de la Commission pour adopter la décision attaquée au titre de l'article 86 s'appliquent pleinement à la faculté correspondante pour les juridictions et autorités nationales d'appliquer l'article 86. Une exemption par catégorie ne constitue nullement un obstacle au pouvoir des juridictions et autorités nationales d'apprécier un abus de position dominante au regard de l'article 86. En conséquence, la Cour de justice a reconnu, dans son arrêt du 11 avril 1989 dans l'affaire Ahmed Saeed, qu'il pouvait, « selon les cas », incomber aux autorités nationales d'appliquer l'article 86 [103].

106. Contrairement au point de vue de la requérante, cette situation ne met nullement en danger l'application uniforme du droit communautaire. Au contraire: ce n'est que si — outre la Commission — les juridictions et autorités nationales ont également le droit d'appliquer l'article 86 dans des circonstances comme celles de la présente espèce que l'application uniforme de cette disposition dans la Communauté se trouvera garantie.

C — Conclusion

107. Nous venons de vous exposer les raisons pour lesquelles nous avons acquis la conviction que la décision attaquée n'est pas contraire aux articles 85 et 86. Nous vous proposons dès lors de statuer dans le sens suivant:

« 1) Le recours est rejeté.

2) La requérante est condamnée aux dépens. »

102 — Voir, par exemple, arrêt du 25 novembre 1971, Béguelin, points 19 à 22 (22/71, p. 949, 961); arrêt du 3 février 1976, Fonderies Roubaix, points 10 et suiv. (63/75, Rec. p. 111, 118); et, en dernier lieu, voir arrêt du 28 janvier 1986, Pronuptia, point 33 (161/84, Rec. p. 353, 387).

103 — Arrêt du 11 avril 1989, précité, point 32 (66/86).