CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GERHARD REISCHL, PRÉSENTÉES LE 22 NOVEMBRE 1979 [1]

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

Les quatre procédures préjudicielles, sur lesquelles nous devons nous prononcer aujourd'hui, concernent des systèmes de distribution sélective que quatre fabricants de parfum français, qui sont impliqués dans des procédures pénales devant le tribunal de grande instance de Paris, pratiquent comme apparemment la plupart des producteurs renommés de cette branche.

Dans leur état actuel, ces systèmes peuvent être décrits brièvement comme suit:

La commercialisation en France, pays de fabrication, s'effectue, dans la mesure où il n'existe pas de magasins de détail appartenant en propre aux fabricants, sans passer par le commerce de gros mais directement par le canal de certains détaillants qui sont choisis par le fabricant d'après des critères qualitatifs (situation et aménagement du magasin, personnel qualifié) et d'après des critères quantitatifs (pour lesquels joue notamment un rôle le pouvoir d'achat de la population dans une certaine région). La commercialisation dans d'autres États membres s'opère, pour autant qu'il n'existe pas de filiales, par l'intermédiaire de distributeurs exclusifs, dont la concession s'étend chaque fois à un pays. A l'instar des fabricants en France, ces distributeurs exclusifs choisissent apparemment à leur tour, en utilisant des contrats types élaborés par les fabricants, un certain nombre de détaillants en fonction de critères qualitatifs et quantitatifs, et ils livrent uniquement à ces derniers ou à des détaillants qui font partie du système de distribution dans d'autres pays membres. Les détaillants agréés ne peuvent approvisionner que des consommateurs finals ou d'autres points de vente expressément agréés pour la distribution.

Ces systèmes de distribution, qui comprenaient initialement encore d'autres éléments que nous examinerons plus tard, ont été portés à la connaissance de la Commission à des dates différentes, et celle-ci a alors tenté d'aboutir à une solution globale pour toute la branche (voir son Quatrième Rapport sur la politique de concurrence, n^{os} 35 et 97, de même que son Cinquième Rapport sur la politique de concurrence, n^{os} 57, 58 et 59).

En ce qui concerne la procédure devant la Commission, il nous faut signaler ce qui suit:

La société anonyme *Guerlain* a notifié à la Commission, le 31 janvier 1963, un contrat type pour la distribution en France, ainsi que les contrats conclus avec les agents généraux dans les autres États membres à l'époque, et en outre, le 20 juin 1973, les contrats conclus avec les agents généraux au Royaume-Uni et au Danemark.

La société anonyme *Rochas* a notifié à la Commission, le 30 janvier 1963, deux contrats types, l'un pour la distribution en France et l'autre pour les agents généraux dans les autres États membres à l'époque, puis le 21 juin 1973, un contrat type destiné aux agents généraux en Irlande et au Danemark, de même que des contrats conclus par la filiale anglaise avec des détaillants agréés, et enfin le 14 septembre 1973, un contrat type prévu par l'agent général danois pour la distribution au détail dans ce pays.

La société *Lanvin* a notifié à la Commission, le 30 janvier 1963, les contrats conclus avec les agents généraux dans les autres États membres à l'époque, et le

1 — Traduit de l'allemand.

31 janvier 1963, un contrat type prévu pour la distribution en France.

Enfin la société *Nina Ricci* a notifié à la Commission, le 31 janvier 1963, un contrat type pour la distribution en France, ainsi que les contrats conclus avec les agents généraux belges, néerlandais et allemands, puis le 12 décembre 1972, un accord passé avec une entreprise italienne, et finalement le 3 août 1973, les contrats conclus avec les agents généraux au Royaume-Uni, en Irlande et au Danemark.

Dans la mesure où ils ne lui avaient pas été notifiés régulièrement, la Commission a aussi reçu communication, au cours de la procédure administrative qu'elle a effectuée, des accords passés avec certains détaillants par les agents généraux ou par des filiales dans les divers États membres.

La plupart des systèmes de distribution pratiqués dans l'industrie de la parfumerie, et notamment ceux des sociétés qui sont impliquées dans les actuelles procédures au principal, contenaient des clauses que la Commission a jugées incompatibles avec l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE. Il y avait d'abord l'obligation imposée aux détaillants de ne livrer qu'à des consommateurs finals, ce qui représentait de l'avis de la Commission une interdiction indirecte d'exporter, puis l'obligation faite aux détaillants de ne s'approvisionner qu'auprès de l'agent général de leur pays, ou en France, seulement auprès du fabricant, ce qui a été analysé comme une interdiction indirecte d'importer, et enfin l'obligation pour les détaillants de respecter les prix imposés, même lorsqu'il s'agit de produits réimportés ou réexportés.

C'est pourquoi, le 27 avril 1972, la Commission a engagé une procédure à l'encontre de trois entreprises qui avaient notifié un tel système de distribution, à savoir les firmes Rochas, Dior et Lancôme. Dans le cadre de cette procédure il y a eu, le 24 juillet 1972, une communication de griefs puis une audition, et le 25 mai 1973, une communication complémentaire de griefs à la firme Rochas et ensuite une nouvelle audition. La Commission est alors arrivée à la conclusion qu'elle ne devait pas intervenir sur la base de l'article 85, paragraphe 1, si toutes les interdictions directes ou indirectes d'exporter ou d'importer, de même que l'obligation faite aux détaillants de respecter les prix imposés en cas de réimportation ou de réexportation, étaient supprimées du système de distribution. Cette solution a apparemment été acceptée, le 17 septembre 1974, par le Comité de liaison des syndicats européens de la parfumerie, qui regroupe les associations nationales des fabricants de parfum, et cela en partant de l'idée qu'elle vaudrait pour toutes les entreprises du secteur. Les trois firmes contre lesquelles une procédure avait été engagée se sont dès lors déclarées prêtes à modifier leur système de distribution dans le sens suggéré. Sur ce, la Commission leur a signalé qu'elle ne voyait plus de motif d'intervenir en vertu de l'article 85, paragraphe 1. A l'occasion de la clôture des procédure dirigées contre les trois fabricants précités, la Commission a diffusé, le 24 décembre 1974, un communiqué de presse qui déclarait que l'attitude de la Commission dans les trois affaires en question permettait d'en déduire quels principes et critères régiraient l'appréciation de systèmes de distribution analogues dans le secteur. Une déclaration dans le même sens est contenue dans le Quatrième Rapport sur la politique de concurrence que la Commission a publié en avril 1975. Ce rapport indique que, compte

tenu de la structure du marché — grand nombre d'entreprises concurrentes et faible part de marché détenue par chacune d'elles — et à la condition que soient supprimées les restrictions qui provoquent un cloisonnement du marché, la Commission ne voit pas de motif d'intervenir à l'égard des systèmes de distribution sélective dans l'industrie de la parfumerie en vertu de l'article 85, paragraphe 1.

Parallèlement la Commission a aussi invité les autres entreprises à supprimer les clauses restreignant les échanges et celles produisant un effet analogue. Après cette suppression et sa notification à la Commission, les firmes concernées ont reçu des lettres qui exprimaient l'opinion que leurs systèmes de distribution étaient en règle du point de vue du droit de la concurrence et qu'il n'y avait pas lieu d'intervenir à leur encontre en application de l'article 85, paragraphe 1. Une telle lettre a été adressée à la société Guerlain le 28 octobre 1975. Après avoir communiqué à la Commission un contrat conforme daté du 1er septembre 1976, cette société a en outre été informée, en date du 13 septembre 1976, que l'organisation de vente existant en Belgique, aux Pays-Bas et au Luxembourg pouvait être considérée comme satisfaisante au regard des règles de concurrence du traité CEE. Des lettres comme celle du 28 octobre 1975 adressée à Guerlain ont aussi été envoyées le 26 septembre 1976 à Rochas et le 23 septembre 1976 à Lanvin. En ce qui concerne Nina Ricci, une lettre du 16 mars 1976 a d'abord déclaré que les contrats destinés aux détaillants allemands pouvaient être considérés comme satisfaisants au regard du droit communautaire de la concurrence. La même information a été donnée le 7 février 1977 pour les contrats de détaillants italiens et néerlandais, le 6 avril 1977 pour le contrat de concession exclusive danois et pour les contrats de détaillants français, et le 5 août 1977 pour les contrats conclus avec les agents généraux en Belgique, au Luxembourg, au Royaume-Uni et en Irlande. Enfin la firme Nina Ricci a reçu, le 20 janvier 1978, une lettre dont les termes correspondent dans les grandes lignes à ceux de la lettre adressée le 28 octobre 1975 à la société Guerlain.

Pour les procédures au principal, les systèmes de distribution qui ont été appréciés ainsi par la Commission, ont de l'importance pour les motifs suivants:

— Les demandeurs dans la première affaire, qui est à l'origine du renvoi 253/78, possèdent trois magasins de parfumerie à Aix-en-Provence. Ils s'efforcent depuis longtemps d'obtenir aussi, pour la vente, des produits de la firme Guerlain. Une telle livraison, et notamment l'exécution d'une commande passée en juin 1975, leur a été refusée par l'inculpé dans l'instance au principal, c'est-à-dire par le directeur commercial de la société Guerlain, au motif qu'il existait déjà un contrat de concession avec un autre négociant en parfumerie d'Aix-en-Provence. Comme ce fait peut constituer un «refus de vente» punissable en vertu de l'article 37 de l'ordonnance française n° 1483 du 30 juin 1954, dans la version du décret du 24 juin 1958, et en vertu des dispositions de l'ordonnance n° 1484 du 30 juin 1945, des poursuites pénales ont été engagées, sur plainte des auteurs de la commande, contre le directeur commercial précité. Dans le cadre d'une action civile jointe, il a en outre été demandé de condamner la société anonyme Guerlain et son directeur commercial solidairement à des dommages-intérêts.

— Une des demanderesses dans les deux affaires jointes qui sont à l'origine du renvoi 1/79, est gérante d'une parfumerie à Strasbourg. Elle a vainement tenté d'être agréée comme distributeur de produits Rochas. Comme, entre mars 1973 et février 1976, l'exécution de commandes lui a été refusée en raison de l'existence de contrats de concession conclus avec six autres parfumeries à Strasbourg, elle a porté plainte contre le directeur commercial de la firme Rochas, et dans la procédure pénale qui a ensuite été engagée elle a demandé en outre que ce directeur et la firme Rochas soient condamnés solidairement à des dommages-intérêts.

La demanderesse dans l'autre affaire qui nous intéresse sous ce rapport est gérante d'une parfumerie à Toulon. Ses commandes ont également été refusées en raison de l'existence de contrats de concession conclus par la firme Rochas avec cinq autres négociants à Toulon. Dans ce cas il n'y a toutefois eu, finalement, que des poursuites pénales, car la constitution initiale de partie civile en vue d'obtenir une condamnation au paiement de dommages-intérêts a ensuite été retirée.

— Dans deux autres affaires pendantes devant le tribunal de grande instance de Paris, la demanderesse est de nouveau la gérante déjà citée d'une parfumerie à Strasbourg. La première de ces procédures a pour objet le refus du directeur commercial de la firme Lanvin, de novembre 1972 à juin 1975, d'exécuter des commandes passées par la demanderesse, et cela au motif que des contrats de concession avaient déjà été conclus avez onze autres parfumeries à Strasbourg. La seconde affaire fait suite au rejet de commandes par le directeur commercial de la firme Nina Ricci, de février 1973 à juin 1975, au motif qu'il existait déjà des contrats de concession avec onze autres parfumeries à Strasbourg, dont les magasins étaient situés en partie à proximité de celui de la demanderesse. Dans ces deux cas aussi il y a eu engagement de poursuites pénales et demandes de dommages-intérêts, comme dans les autres procédures.

Dans toutes ces affaires les inculpés ou défendeurs ont fait valoir pour leur défense que la Commission des Communautés européennes avait donné son accord aux systèmes de distribution pratiqués par les parfumeurs — parfois il a même été question de décisions au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE — et que cette situation ne pouvait pas être mise en cause par l'application de dispositions nationales contraires, sur lesquelles le droit communautaire prévalait. Quelquefois il a aussi été fait référence à une prétendue autorisation des systèmes de distribution sélective par la jurisprudence de cette Cour. En outre il a encore été objecté dans quelques cas que les opérations des demandeurs ne répondaient pas aux exigences requises et qu'elles n'avaient donc pas été admises dans les organisations de vente à juste titre. Compte tenu de cette argumentation, et comme le tribunal ne s'estimait pas suffisamment informé, il a suspendu les procédures par des jugements du 5 juillet 1978 et ordonné (selon les termes du jugement de renvoi dans l'affaire 253/78):

«de soumettre à la Cour de justice des Communautés européennes les contrats de concession exclusive de la société Guerlain, qui concrétisent une organisation de vente basée sur des critères de sélection non seulement qualitatifs mais également quantitatifs, afin que ladite Cour précise si certains produits de luxe,

dont l'image de marque joue un rôle important, peuvent bénéficier des dispositions d'exemption de l'article 85, paragraphe 3, du traité de la Communauté économique européenne et si en l'espèce la société Guerlain en bénéficie sur le plan du droit communautaire».

Le dispositif des jugements qui ont introduit les affaires préjudicielles 1 à 3/79 est rédigé dans des termes identiques.

Voici notre opinion sur ces questions:

I — Nous commencerons, si vous le voulez bien, par quelques *remarques préliminaires.*

1. Comme les parties décisives des demandes de décisions préjudicielles ordonnent de soumettre à la Cour les contrats de concession exclusive des différents fabricants de parfum concernés et comme elles demandent si ces entreprises peuvent se prévaloir de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE, il y a lieu d'observer d'abord que, dans le cadre d'une procédure en application de l'article 177 du traité CEE, la Cour de justice ne peut pas, contrairement à ce qu'on semble attendre d'elle, *appliquer* le droit communautaire au cas de l'espèce. En dehors des questions de validité d'actes communautaires, elle est seulement compétente pour *interpréter* le droit communautaire, c'est-à-dire pour expliquer son contenu, tout en tenant compte naturellement des particularités de la procédure a quo, pour que l'aide donnée en vue de la décision à rendre soit censée et limitée à ce qui est nécessaire. Les questions posées devraient donc, comme la Cour peut le faire et l'a du reste déjà fait souvent, être reformulées. Ainsi elles pourraient par exemple, conformément à la proposition de la Commission, être libellées comme suit:

L'article 85, paragraphe 3, du traité CEE doit-il être interprété en ce sens que des contrats concrétisant une organisation de vente basée sur des critères de sélection non seulement qualitatifs mais également quantitatifs dans le secteur de certains produits de luxe dont l'image de marque joue un rôle important, peuvent bénéficier d'une décision d'exemption?

2. Ensuite il faut souligner que rien ne s'oppose au renvoi d'une telle question, même s'il peut être déduit de l'article 9 du règlement n° 17 que les juridictions et les autorités administratives nationales n'ont pas compétence pour *appliquer* l'article 85, paragraphe 3, et que le tribunal de renvoi ne pourrait donc pas constater que les conditions d'application de l'article 85, paragraphe 3, sont remplies dans les cas qui lui sont soumis.

Nous pouvons renvoyer à ce sujet à l'arrêt dans l'affaire 48/72 (SA Brasserie de Haecht/consorts Wilkin Janssen, arrêt du 6. 2. 1973, Recueil 1973, p. 77) où la Cour a déclaré, d'une part, que lorsqu'une partie se prévaut de l'article 85, paragraphe 1, qui est directement applicable, dans une procédure pendante devant le juge national, celui-ci n'est pas dispensé de l'obligation de constater la nullité de plein droit d'un accord, et d'autre part, que le juge ainsi saisi doit apprécier s'il y a lieu de suspendre la procédure afin de mettre les parties en mesure d'obtenir une prise de position de la Commission sur l'article 85, paragraphe 3, sauf lorsqu'une entente n'exerce pas d'effets sensibles sur le jeu de la concurrence ou lorsque son incompatibilité avec l'article 85 ne peut faire de

doute. Pour ce dernier cas, une demande d'interprétation concernant l'article 85, paragraphe 3, peut toutefois avoir de l'importance. Elle peut en effet déboucher sur la constatation que cette disposition n'est pas applicable à certains faits, ce qui permet alors au juge de statuer nettement au regard de l'article 85, paragraphe 1, et ouvre la voie à une constatation de nullité d'un accord au titre de l'article 85, paragraphe 2.

Malgré l'article 9 du règlement n° 17, il doit donc être jugé admissible qu'un tribunal national pose aussi des questions d'interprétation de l'article 85, paragraphe 3.

3. Le fait que le tribunal de grande instance de Paris soulève une telle question indique assurément — car il s'agit bien d'une condition logique d'application de l'article 85, paragraphe 3 — qu'il part de l'idée que l'article 85, paragraphe 1, joue dans le cas qui lui est soumis. Ce point de départ doit toutefois être vérifié. Au cours de la procédure préjudicielle il est en effet apparu que de l'avis de la Commission, après la suppression de quelques clauses applicables initialement aux systèmes de distribution, c'est-à-dire dans la version des contrats en cause qui est en vigueur maintenant, l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, ne trouve plus application. L'attention du tribunal de renvoi doit être attirée clairement sur ce point et il s'impose sans doute aussi, sous ce rapport, de donner quelques explications sur l'article 85, paragraphe 1. A cet égard, on pourrait formuler par exemple, comme la Commission l'a proposé, la question suivante qui peut être considérée comme contenue implicitement dans la demande d'interprétation:

L'article 85, paragraphe 1, du traité CEE doit-il être interprété en ce sens que des contrats concrétisant une organisation de vente basée sur des critères de sélection non seulement qualitatifs mais également quantitatifs dans le secteur de certains produits de luxe dont l'image de marque joue un rôle important, sont incompatibles avec le marché commun en vertu de cette disposition et sont par conséquent interdits?

4. Enfin nous avons encore le sentiment que le problème central de l'instance au principal est la question de savoir si, après l'appréciation des systèmes de distribution par la Commission, il y a encore place pour l'application des dispositions — plus strictes — françaises sur le refus de vente, qui excluent apparemment que de pareils systèmes de distribution sélective soient invoqués.

Sous ce rapport il faut vérifier si d'après le droit communautaire (article 85, paragraphe 3) est effectivement intervenue une exemption, qui en tant qu'acte positif de droit communautaire ne doit pas être privée de ses effets par des dispositions contraires du droit national. Il faut examiner en outre si, même si une telle exemption n'a pas été prononcée, des considérations de droit communautaire ne plaident pas contre l'application du droit national, et sous cet angle il faut songer notamment, mais pas uniquement, à l'application du règlement n° 67/67 sur les exemptions par catégories (JO n° 57 du 25. 3. 1967, p. 849) et aux effets juridiques des accords qui ont été notifiés à la Commission à temps.

II — Après ces remarques préliminaires, tournons-nous maintenant vers les *diverses questions* que les demandes de décisions préjudicielles engagent à examiner.

1. En premier lieu il y a logiquement le problème de savoir si l'*article 85, paragraphe 1*, est applicable à des systèmes de distribution où tout détaillant intéressé n'est pas nécessairement approvisionné, mais qui opèrent un choix selon des critères qualitatifs et quantitatifs.

En ce qui concerne les critères de sélection *qualitatifs*, nous pouvons renvoyer à l'arrêt dans l'affaire 26/76 (Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commission, arrêt du 25. 10. 1977, Recueil 1977, p. 1875) où la Cour a souligné d'une manière générale que pour l'application de l'article 85 il fallait tenir compte du fait que la nature et l'intensité de la concurrence peuvent varier en fonction des produits en cause et de la structure des marchés sectoriels concernés, et que des systèmes de distribution sélective pouvaient donc être conformes à l'article 85, paragraphe 1, y compris pour ce qui est des mesures connexes de contrôle, lorsque le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères *objectifs* de caractère *qualitatif*. Que cette considération peut s'appliquer aussi au secteur de la parfumerie, où les producteurs sont bien sûr libres de définir leur clientèle et où des marques renommées, auxquelles se rattache l'idée d'exclusivité, jouent un rôle, voilà qui est certes parfaitement pensable. Le fait qu'un grand prix est attaché à un certain niveau des revendeurs doit sans aucun doute, en raison de la nature des produits — dont il faut garantir la qualité et la fraîcheur et pour lesquels il faut assurer un service parfait au client —, être considéré comme justifié au même titre que dans le cas des produits de haute technicité dont il s'agissait dans l'affaire Metro et pour lesquels l'image de marque était également importante.

Dans la mesure où à ces critères de sélection qualitatifs s'ajoutent encore des critères *quantitatifs* — agréation d'un nombre limité de revendeurs par zone en fonction du pouvoir d'achat, de manière à assurer à chacun d'eux une certaine rentabilité —, il est incontestable qu'à l'intérieur du groupe des négociants qui répondent à ces exigences qualitatives se produit de ce fait une restriction de concurrence. En outre il peut aussi être parlé d'une restriction de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, sous b), puisque l'exclusion de toute livraison à des distributeurs étrangers au réseau a pour effet de limiter les possibilités de vente des revendeurs agréés.

Cela ne signifie toutefois pas encore nécessairement que l'article 85, paragraphe 1, est effectivement applicable. D'après la jurisprudence (arrêts dans les affaires 56/65, Société technique minière/Maschinenbau Ulm GmbH, arrêt du 30. 6. 1966, Recueil 1966, p. 337, et 22/71, Béguelin Import Co. et autres/SAGL Import Export et autres, arrêt du 25. 11. 1971, Recueil 1971, p. 949), la question décisive est en effet de savoir si le commerce entre les États membres et la concurrence ont été affectés de manière *sensible*. Pour cette appréciation il est important de considérer l'ensemble du contexte économique et juridique dans lequel un accord s'inscrit (affaires 23/67, SA Brasserie de Haecht/consorts Wilkin Janssen, arrêt du 12. 12. 1967, Recueil 1967, p. 525, et 22/71, Béguelin). Il faut vérifier l'ensemble des circonstances objectives de droit et de fait, et tenir compte du contexte économique dans lequel un accord doit être appliqué (affaires 56/65, déjà citée, et 1/71, SA Cadillon/Firma Höss Maschinenbau KG, arrêt du 6. 5. 1971, Recueil 1971, p. 351). Un élément décisif sous cet angle est l'existence d'accords similaires passés par le même fabricant avec des concessionnaires dans d'autres États membres (affaires 23/67 et 22/71). Il faut vérifier s'il existe une pratique comparable d'autres fabricants concurrents. Il faut encore tenir compte de la position des intéressés sur le marché (affaires 5/69, Franz Völk/Éts J. Vervaecke sprl, arrêt du 9. 7. 1969,

Recueil 1969, p. 295, et 1/71, déjà citée). Enfin il importe de savoir si pour les produits en cause il existe des barrières commerciales (affaire 56/65).

Compte tenu de ce que nous avons appris durant la procédure, notamment par les observations de la Commission, sur la faible grandeur des parts de marché de certains parfumeurs, sur l'étendue du réseau des divers détaillants agréés, sur le très grand nombre des fabricants concurrents, mais aussi sur la possibilité que certains négociants agréés ont de livrer par-delà les frontières des États membres et de fixer librement les prix de vente, il est parfaitement pensable que les systèmes de distribution qui sont en cause dans les instances au principal ne produisent des effets *sensibles* au sens de la jurisprudence susmentionnée. Telle est en tout cas l'appréciation à laquelle ont abouti, comme on nous l'a déclaré expressément, les services de la Commission. Cette appréciation ne lie toutefois pas le tribunal de renvoi. Comme l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE est directement applicable et comme les textes n'ont pas prévu en cette matière une compétence exclusive des institutions communautaires, ce tribunal doit au contraire se faire à ce sujet une opinion propre, ce qui ne permet naturellement pas d'exclure, même si c'est peu probable, qu'une vérification approfondie des faits, qui peuvent s'être modifiés entre-temps, le conduise à une analyse différente.

2. Si, sur la base de considérations pareilles, le tribunal de renvoi arrivait à la conclusion que les systèmes de distribution tombent sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, il devra alors se demander si par exemple le règlement n° 67/67 sur les exemptions par catégories n'est pas applicable, s'il ne faut pas partir en vérité de l'idée que la Commission a pris une décision d'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, et enfin, si une application de l'article 85, paragraphe 3, entre en fait en ligne de compte ou si dans de tels cas elle peut indubitablement être exclue.

a) La première de ces questions est celle qui présente le moins de difficultés. L'application du *règlement sur les exemptions par catégories* pourrait en effet entrer en ligne de compte tout au plus pour les contrats conclus entre les fabricants et les agents généraux dans les divers États membres, mais ce n'est manifestement pas d'eux qu'il s'agit dans les procédures au principal. En revanche, les accords passés avec les détaillants agréés ne répondent pas, tout d'abord, à la condition énoncée à l'article 1 du règlement n° 67/67 qui prévoit qu'une partie à l'accord s'engage vis-à-vis de l'autre à ne livrer certains produits qu'à celle-ci dans le but de la revente à l'intérieur d'une partie définie du territoire du marché commun; en outre, l'interdiction faite aux détaillants de vendre à des revendeurs étrangers au réseau de distribution apparaît douteuse à la lumière des articles 2 et 3 du règlement n° 67/67. Le règlement sur les exemptions par catégories sera donc probablement de peu de secours dans les instances au principal.

b) Fortement controversée — car même durant la procédure orale les opinions sont demeurées nettement divergentes sur ce point — est la question de savoir s'il ne doit pas être admis que la Commission a accordé pour les systèmes de distribution une *exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3.*

De l'avis des parfumeurs, une telle exemption doit être vue dans les lettres citées tout à l'heure, mettant fin à la procédure administrative, qui leur ont été adressées par la Commission, même si

celle-ci ne veut plus l'admettre maintenant. Pour les parfumeurs, ces lettres doivent en effet être interprétées en tenant compte de l'ensemble de la procédure menée concernant leurs systèmes de distribution. Notamment les griefs, qui ont été communiqués à trois d'entre eux mais qui étaient destinés en fait à tout le secteur, auraient expressément déclaré que des contrats de concession exclusive pour des produits de luxe, prévoyant une sélection d'après des critères non seulement qualitatifs mais aussi quantitatifs, pouvaient — comme dans le cas de la décision Omega (JO 1970, n° L 242, p. 22) où un tel système était pratiqué pour d'autres produits — être couverts par l'article 85, paragraphe 3, lorsque certaines modifications y sont apportées, ce qui aurait effectivement été fait. De plus, le dernier alinéa de ces lettres précisait, disent les fabricants, que la Commission veillerait à ce que l'admission de détaillants qualifiés dans le réseau de distribution ne se fasse pas de manière arbitraire et «ne constitue pas un moyen détourné de faire échec à la liberté d'échange entre distributeurs agréés». De pareilles conditions et charges seraient prévues à l'article 8 du règlement n° 17 pour des déclarations au titre de l'article 85, paragraphe 3, mais elles n'auraient pas de sens pour des attestations négatives. D'autre part, l'idée de l'abus d'un droit qui s'inscrirait en filigrane dans ce dernier alinéa des lettres, supposerait dans des cas comme ceux de l'espèce que le droit en question a été reconnu précédemment par les services compétents. En revanche, il ne serait pas possible d'alléguer le non-respect de certaines formalités applicables aux décisions d'exemption (publication du contenu de la demande conformément à l'article 19 du règlement n° 17, avec invitation aux tiers concernés d'adresser des observations à la Commission, et publication de la décision même conformément à l'article 21 du règlement n° 17). La solution prévue par la Commission, d'abord pour Dior et Lancôme, aurait en effet été rendue publique dans des communiqués de presse, dans le bulletin mensuel de la Communauté et dans son rapport sur la politique de concurrence, de sorte que dès avant la fin de la procédure dirigée contre les parfumeurs qui sont ici en cause, tout tiers intéressé aurait pu présenter des observations à la Commission.

Ce point de vue, disons-le immédiatement, ne saurait être partagé, mais il faut se rallier à l'opinion qui a été soutenue dans la procédure par la Commission. Il n'est pas nécessaire de vérifier à cet égard si les lettres, qui ont seulement été signées tantôt par un directeur général et tantôt par un directeur, peuvent ou non être analysées comme des décisions de la Commission. Ces lettres se distinguent en effet très nettement des décisions qui ont effectivement été prises en application de l'article 85, paragraphe 3. D'un autre côté, même si on voulait considérer l'obligation de publication prévue à l'article 19 du règlement n° 17 comme accomplie en ce qui concerne les actes allégués par les parfumeurs, il convient de remarquer qu'il n'y a pas eu en tout cas de publication des actes que ceux-ci qualifient de décisions d'exemption et que ces actes n'indiquent pas non plus, contrairement aux dispositions de l'article 6 du règlement n° 17, une date à partir de laquelle la déclaration produit effet. Mais l'élément le plus décisif est le fait que le *contenu* des lettres qui ont été adressées aux fabricants ne permet pas de conclure à une application de l'article 85, paragraphe 3. Ces lettres déclarent en effet clairement:

«La Commission estime qu'il n'y a plus lieu pour elle, en fonction des éléments dont elle a connaissance, d'intervenir à

l'égard des contrats précités en vertu des dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité de Rome. Cette affaire peut dès lors être classée.»

On a donc utilisé une formule qui pourrait tout au plus convenir, d'après l'article 2 du règlement n° 17, pour des attestations négatives. Dans ces conditions, il ne fait aucun doute pour nous qu'il s'agissait seulement d'une prise de position sur l'application de l'article 85, paragraphe 1, ce qui pouvait paraître adéquat après l'élimination de certaines clauses des contrats de distribution, mais ne constituait aucunement une décision d'exemption. Le renvoi par les parfumeurs au contenu des griefs qui ont été communiqués à trois entreprises, ainsi qu'au dernier alinéa des lettres, ne change rien à cette constatation. Il y a d'abord le fait que ces griefs se rapportent aux accords avant la suppression de certaines clauses restreignant les échanges interétatiques et qu'ils représentent seulement une appréciation provisoire de la plume du commissaire compétent pour les questions de concurrence, laquelle ne saurait naturellement pas préjuger la décision finale à prendre, au regard de l'article 85, paragraphe 3, par la Commission. Puis il faut noter que cet alinéa final peut aussi être compris dans ce sens que la Commission, qui n'a pas vu de motif, à l'époque, d'intervenir en vertu de l'article 85, paragraphe 1, s'est réservée de suivre la situation, et dans le cas d'une modification de celle-ci, consistant par exemple dans un certain maintien du système par les parfumeurs, d'intervenir néanmoins le cas échéant en application de l'article 85, paragraphe 1.

c) Si le tribunal de renvoi ne pourra donc pas partir sans doute, ni d'une application du règlement sur les exemptions par catégories, ni de l'existence de décisions individuelles d'exemption, il devra cependant encore, avant de déduire d'une application éventuelle de l'article 85, paragraphe 1, la nullité de plein droit en application de l'article 85, paragraphe 2, envisager deux aspects dont il a aussi été question dans la procédure.

aa) Le premier concerne les *effets juridiques des notifications des contrats de distribution à la Commission*

Dans la mesure où il s'agit en l'occurrence de ce qu'il est convenu d'appeler des *accords anciens,* qui existaient déjà lors de l'entrée en vigueur du règlement n° 17 (13 mars 1962), et dans la mesure où leur notification a été effectuée à temps, à moins qu'ils n'aient été dispensés de l'obligation de notification — comme c'était sans doute le cas, conformément aux articles 4 et 5 du règlement n° 17, pour les contrats conclus avec les détaillants —, il faut se reporter en premier lieu à l'arrêt dans l'affaire 59/67 (De Bloos/Bouyer, arrêt du 14. 12. 1977, Recueil 1977, p. 2359) où la Cour a jugé que de tels accords produisent leur plein effet, de sorte que les conséquences juridiques prévues par le droit national qui leur est applicable disparaissent; un tribunal national peut seulement statuer sur leur nullité en application de l'article 85, paragraphe 1, après que la Commission a pris une décision sur la base du règlement n° 17. Ceci ne s'est apparemment pas produit dans les présentes espèces, non plus dans la mesure où il y a eu communication de griefs. De même il est sans doute sans importance à cet égard que les accords ont été modifiés durant la procédure administrative devant la Commission, puisque cette modification est intervenue sur la demande de la Commission et s'est limitée à une neutralisation de certaines clauses.

D'autre part il faut rappeler que, selon l'arrêt dans l'affaire 1/70 (Par-

fums Marcel Rochas-Vertriebs-GmbH/ Helmut Bitsch, arrêt du 30. 6. 1970, Recueil 1970, p. 515), la notification d'un contrat type pour des contrats de contenu identique, conclus par la même entreprise, suffit. Même si, dans un tel cas, le contrat type est antérieur à l'entrée en vigueur du règlement n° 17, cependant que les accords de même contenu ont été passés après l'entrée en vigueur du règlement, ces derniers bénéficient, eux aussi, en cas de notification correcte du contrat type, comme on l'a souligné expressément, des effets juridiques de la notification, c'est-à-dire qu'ils doivent être considérés comme tout aussi valides que le contrat type lui-même.

bb) Le second aspect se rapporte à *l'application possible de l'article 85, paragraphe 3.* Cette application est certes, comme nous l'avons déjà dit, interdite aux tribunaux nationaux, puisque d'après l'article 9 du règlement n° 17 seule la Commission est compétente pour ce faire. Il n'empêche qu'en relation avec la possibilité de suspendre la procédure, en vue d'obtenir le cas échéant une prise de position de la Commission sur l'article 85, paragraphe 3, les tribunaux nationaux peuvent vérifier, comme la jurisprudence que nous avons déjà citée le montre, si une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, n'est pas manifestement exclue, ce qui leur permet alors d'appliquer l'article 85, paragraphe 1, et de constater la nullité d'un accord.

En ce qui concerne l'application de l'article 85, paragraphe 3, à des systèmes de distribution sélective du genre de ceux qui sont pratiqués dans la parfumerie, il n'est sans doute pas nécessaire de s'appesantir sur la question, qui a été exposée longuement par les parfumeurs, de l'existence éventuelle des conditions de l'article 85, paragraphe 3, dans la mesure où il s'agit d'une amélioration de la production et de la distribution d'une manière qui profite aux acheteurs. La controverse, en effet, n'a plus porté sur ce point, mais uniquement sur la question de savoir si les restrictions qui découlent dans le système de distribution sélective de l'application de critères *quantitatifs* peuvent effectivement être considérées comme *indispensables.*

A ce sujet les parfumeurs sont d'avis qu'il n'est absolument pas possible de renoncer à une sélection quantitative, non seulement en raison de la nécessité de garantir la rentabilité des points de vente agréés, qui auraient des obligations de promotion et qui devraient assurer un service de conseil au client, mais aussi parce que les coûts de distribution, et partant les prix de vente, augmenteraient sinon par suite de la nécessité de doter tous les points de vente de matériel de publicité sans faire aucune discrimination et parce que, en cas d'extension trop forte du groupe des négociants agréés, qui ne pourraient plus alors être contrôlés suffisamment, l'image de la marque subirait un préjudice. La Commission, en revanche, qui n'est toutefois pas insensible en principe à ce genre de considérations, estime qu'une sélection quantitative peut seulement être exemptée exceptionnellement, par exemple lorsque la nature du produit exige une étroite collaboration entre le fabricant et le détaillant. Sous cet angle, le renvoi au caractère de luxe des produits de la parfumerie et à l'obligation de reprise qui pèse sur les fabricants ne lui paraît pas suffisant. Elle juge en tout cas l'application de critères moins restreignants que ceux pratiqués actuellement pensable, comme par exemple la fixation d'un certain chiffre de vente minimal, auquel l'admission dans le réseau de distribution serait subordonnée. Les parfumeurs répondent à cet argument en alléguant derechef les risques qui en résulteraient pour leur

entreprise. C'est ainsi qu'il faudrait s'attendre à ce qu'à la fin d'une période d'essai, la majeure partie des distributeurs nouvellement admis selon ce critère doivent de nouveau quitter le réseau, ce qui perturberait et désorganiserait le système de distribution. De tels négociants ne restitueraient sans doute pas les produits non vendus au fabricant, mais ils tenteraient de les écouler, au détriment de la marque, malgré une qualité éventuellement diminuée et avec une gamme seulement limitée de produits, en dehors du réseau de distribution. Pour demeurer dans le réseau, ils pourraient aussi être tentés de chercher à atteindre le chiffre de vente minimal prescrit en cédant des produits à des détaillants non agréés, ce qui conduirait nécessairement à la destruction du système de distribution sélective. Au surplus, les critères envisagés par la Commission soulèvent encore, pour les parfumeurs, la question de l'évaluation, dont le soin de l'effectuer devrait certainement être laissé au fabricant et pour laquelle une différenciation devrait raisonnablement être faite, comme c'est déjà le cas actuellement, en fonction des chances réelles de vente de chaque négociant.

En rapport avec cette controverse, nous pensons qu'il peut difficilement être soutenu, de manière en quelque sorte abstraite, que l'article 85, paragraphe 3, n'entre absolument pas en ligne de compte pour un système de distribution sélective comme celui pratiqué par les parfumeurs. La Commission elle-même s'est du reste bornée à constater que les arguments avancés par les entreprises *jusqu'à présent* ne suffisaient pas pour une exemption, et elle a pertinemment souligné en outre qu'un jugement précis était seulement possible après une analyse approfondie des circonstances de chaque cas d'espèce, à l'instar de celle qu'elle a effectuée dans les affaires Omega et Junghans citées dans la procédure. C'est pourquoi, dans les présentes affaires préjudicielles, il peut difficilement être répondu au tribunal de renvoi que — à supposer que l'article 85, paragraphe 1, soit applicable — il ne doit indubitablement pas être songé à une application de l'article 85, paragraphe 3, et qu'il n'existe donc certainement aucun motif de suspendre éventuellement la procédure et de saisir la Commission du problème.

3. Nous en arrivons ainsi à un dernier groupe de questions soulevées par les demandes de décisions préjudicielles, lequel est sans doute le plus important du point de vue du tribunal de renvoi. Il s'agit de l'applicabilité des dispositions françaises sur le «refus de vente», qui est envisagée — avec ses sanctions pénales —, alors que les systèmes de distribution sélective qui justifient prétendument le refus de vente ont été appréciés par la Commission à la lumière du droit communautaire.

Compte tenu de tout ce que nous avons déjà dit, la question centrale sous ce rapport est celle de savoir s'il peut être songé à une application du droit national plus strict lorsque le droit communautaire n'intervient pas en raison de l'absence des conditions de l'article 85, paragraphe 1. En deuxième lieu il pourrait encore être examiné ce qu'il en est lorsque l'article 85, paragraphe 1, est en revanche applicable. A cet égard, il faut penser non seulement à la conséquence en droit communautaire de la nullité au titre de l'article 85, paragraphe 2, mais aussi aux effets juridiques des ententes anciennes qui ont été notifiées à temps, de même qu'à la nécessité éventuelle de suspendre une procédure nationale lorsqu'il semble y avoir une chance d'obtenir une décision d'exemption de la Commission.

a) Il y a lieu de partir de ce que la Cour a déclaré dans son arrêt dans l'affaire 14/68 (Walt Wilhelm et autres/ Bundeskartellamt, arrêt du 13. 2. 1969,

Recueil 1969, p. 1) sur la relation entre le droit communautaire et le droit national. Elle a jugé que la mise en œuvre du droit national de la concurrence n'était licite que sous réserve de ne pas «porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celui-ci», et qu'il serait contraire à la nature du droit communautaire «que les États membres puissent prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles de compromettre l'effet utile du traité». Lorsque, au cours d'une procédure nationale, il apparaît que la décision par laquelle la Commission mettra fin à une procédure en cours concernant le même accord pourrait s'opposer aux effets de la décision des autorités nationales, il appartient à celles-ci, a dit la Cour, de prendre «les mesures appropriées». Cela vaut naturellement, peu importe que le droit national soit appliqué par des tribunaux ou par des autorités administratives, car la règle de compétence de l'article 9 du règlement n° 17, pour laquelle se pose le problème de savoir si les tribunaux aussi sont des «autorités», concerne seulement l'application du droit communautaire et non pas celle du droit national.

b) S'il s'avère, comme cela semble être le cas dans les procédures au principal, que l'article 85, paragraphe 1, ne doit pas être appliqué aux systèmes de distribution en cause parce que les conditions d'une interdiction au titre du paragraphe 1 (restrictions *sensibles* du jeu de la concurrence et entrave *sensible* du commerce interétatique) ne sont pas réunies, il n'y a aucun obstacle en principe, comme la Commission l'a observé à juste titre, à ce que des dispositions nationales plus sévères soient appliquées à une telle organisation de vente.

Une solution différente, car sur ce point aussi la Commission a raison selon nous, pourrait tout au plus être envisagée si un pareil comportement d'entreprises, c'est-à-dire la pratique d'un système de distribution sélective, contribuait à réaliser les buts du traité, puisque des intérêts communautaires seraient alors de toute évidence en jeu. Mais ce caractère peut difficilement être invoqué pour les organisations de vente qui sont en cause ici.

Il n'est pas possible d'opposer à cela, comme les parfumeurs tentent de le faire, que les services de la Commission ont voulu aboutir, par une vaste procédure, comme les rapports sur la politique de concurrence le montreraient, à une solution globale pour tout le secteur économique et que cette solution lie par conséquent aussi les autorités nationales. Il ne faut précisément pas oublier à ce sujet que la Commission est parvenue à obtenir dans cette procédure que les systèmes de distribution soient modifiés de manière à ce qu'il n'y ait plus aucune place pour l'application de la norme d'interdiction de l'article 85, paragraphe 1.

Pareillement nous pensons que n'est pas pertinente l'assertion des parfumeurs selon laquelle seul le droit français connaît des dispositions aussi strictes sur le refus illégal de vente, tandis qu'en droit allemand, néerlandais, britannique et luxembourgeois, une telle interdiction ne jouerait qu'à certaines conditions. Si l'application des dispositions françaises était autorisée, il se produirait, de l'avis des parfumeurs, des distorsions de concurrence dans les relations avec les fabricants d'autres États membres, puisque seuls les producteurs français seraient empêchés, par suite de l'augmentation des coûts de distribution provo-

quée par la suppression de la sélection, de développer harmonieusement leur activité. Sur ce point la Commission a rappelé à juste titre que de pareilles conséquences ne peuvent pas être écartées en se prévalant du principe énoncé à l'article 3, sous f), du traité CEE, mais qu'une solution à ce problème doit plutôt être recherchée par l'harmonisation des dispositions nationales concernées. De même il ne nous paraît pas sans intérêt de noter que dans l'arrêt déjà cité dans l'affaire 14/68, la Cour a constaté en rapport avec un problème similaire (violation de l'interdiction de discrimination énoncée à l'article 7 du traité CEE) que la disposition en cause ne visait pas les éventuelles disparités de traitement et les distorsions qui peuvent résulter, pour les personnes et les entreprises soumises à la juridiction de la Communauté, des divergences existant entre les législations des différents États membres, dès lors que celles-ci affectent toutes personnes tombant sous leur application, selon des critères objectifs et sans égard à leur nationalité.

c) Si le tribunal national arrive par contre à la conclusion que l'article 85, paragraphe 1, joue néanmoins, il faut rappeler d'abord ce que la jurisprudence a déjà déclaré sur les effets des accords notifiés à temps. Ces constatations peuvent obliger de considérer les accords en question comme efficaces, avec comme conséquence qu'une application du droit national, qui conduirait à un résultat opposé, ne serait pas en accord avec l'exigence qui veut que le droit national soit seulement appliqué de manière à ne pas entraver les effets du droit comunautaire.

De plus il y a lieu de considérer que, même en dehors d'une telle situation de fait, il faut compter sur la possibilité que la Commission, si elle partage éventuellement plus tard l'opinion du tribunal national sur l'applicabilité de l'article 85, paragraphe 1, pourrait adopter une décision au titre de l'article 85, paragraphe 3. Dans ce cas les autorités nationales auraient à prendre, comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt 14/68, des «mesures appropriées» consistant par exemple dans une suspension de la procédure, pour éviter ainsi que leur propre décision entre en conflit avec celle possible de la Commission.

Enfin, pour le cas où le juge national conclurait à la nullité en application de l'article 85, paragraphe 2, la Commission a encore signalé à juste titre la nécessité de veiller à ce que les effets dérivant de cette prescription ne soient pas entravés. Une telle entrave ne doit effectivement pas être exclue en cas d'application des dispositions sur le «refus de vente», si l'inefficacité découlant des dispositions nationales dépasse les effets juridiques du droit communautaire qui, pour les produits de la parfumerie, n'exclut pratiquement pas, comme nous l'avons montré, une sélection *qualitative*. Les impératifs du droit communautaire et de son application uniforme obligeront donc, en tout cas, à renoncer à appliquer systématiquement les dispositions sur le «refus de vente» si, contrairement aux exigences du droit communautaire, cette application implique un abandon total de la sélection.

Davantage ne doit être dit, sous l'angle du droit communautaire, sur le problème de la relation entre ce dernier et le droit national, que le tribunal de renvoi devra encore examiner.

III — En conclusion, nous proposons par conséquent de dire, en réponse aux demandes préjudicielles du tribunal de grande instance de Paris:

1. Les lettres qui ont été adressées en date des 28 octobre 1975, 26 mars 1976, 22 septembre 1976 et 20 janvier 1978 aux fabricants de parfum impliqués dans des procédures pénales devant le tribunal de grande instance de Paris et qui étaient signées par le directeur général de la concurrence ou par un directeur de cette direction générale, ne comportent pas des décisions d'exemption au sens de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE, mais elles expriment seulement l'opinion que, sur la base des éléments qui étaient connus à l'époque, il n'y avait pas lieu d'intervenir au titre de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE.

2. La question de savoir si l'article 85, paragraphe 1, doit être appliqué à une organisation de vente qui repose sur des critères de sélection non seulement qualitatifs mais aussi quantitatifs, doit être appréciée en fonction de l'ensemble des circonstances juridiques et économiques (nature des produits, part de marché du fabricant, nombre et position des concurrents sur le marché, existence de contrats de distribution similaires, présence de clauses qui entravent les échanges interétatiques et qui excluent la libre fixation du prix), puis il faut vérifier s'il peut être parlé d'une restriction sensible du jeu de la concurrence et d'une entrave sensible au commerce interétatique.

3. Lorsque les conditions d'application de l'article 85, paragraphe 1, sont réunies, une telle organisation de vente peut seulement être considérée comme inefficace par les tribunaux nationaux sur la base du droit communautaire lorsque le règlement n° 67/67 du 22 mars 1967 ne joue pas, lorsqu'il ne s'agit pas d'accords anciens provisoirement valides et lorsqu'il ne fait aucun doute que l'article 85, paragraphe 3, ne saurait trouver application, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe aucun motif censé de provoquer à ce sujet une prise de position de la Commission.

4. Lorsque les conditions d'application de l'article 85, paragraphe 1, à une organisation de distribution sélective font défaut, rien ne s'oppose à l'application du droit national dans un tel cas.

   Lorsque les conditions d'application de l'article 85, paragraphe 1, sont réunies, le droit national peut seulement être appliqué à de tels accords à la condition et pour autant qu'il n'en résulte aucune entrave à l'application uniforme du droit communautaire et que l'efficacité des mesures éventuellement prises pour son exécution n'est pas mise en péril.