une amélioration de la concurrence pour autant qu'elle porte sur d'autres éléments que le prix. Il appartient cependant à la Commission de veiller à ce que la rigidité de cette structure ne soit pas renforcée, ce qui pourrait se produire dans l'hypothèse d'une multiplication de réseaux de distribution sélective pour la commercialisation d'un même produit.

7. Tout système de commercialisation fondé sur une sélection des points de distribution implique nécessairement l'obligation, pour les grossistes faisant partie du réseau, de n'approvisionner que des revendeurs agréés et, partant, la possibilité pour le producteur intéressé de contrôler l'observation de cette obligation. Les obligations acceptées en matière de contrôle, dans la mesure où elles visent à assurer le respect des conditions d'agréation en ce qui concerne les critères de qualification professionnelle, ne sauraient constituer par elles-mêmes une restriction de concurrence mais forment l'accessoire de l'obligation principale, dont elles contribuent à assurer l'application. Dans la mesure, cependant, où elles garantissent le respect d'obligations plus contraignantes, elles tombent sous l'interdiction de l'article 85, paragaphe 1, sauf à bénéficier, le cas échéant, ensemble avec l'obligation principale qu'elles accompagnent, de l'exemption de l'article 85, paragraphe 3.

8. La séparation des fonctions entre grossistes et détaillants dans le sens qu'il est interdit aux grossistes de livrer à des consommateurs privés y compris les gros utilisateurs finals est, en principe, conforme à l'exigence d'une concurrence non faussée.

9. La fonction d'un grossiste n'étant pas de promouvoir la production de tel ou tel producteur, mais d'assurer au commerce de détail un approvisionnement profitant de la concurrence entre producteurs, les engagements d'un grossiste qui limitent sa liberté à cet égard, constituent des restrictions de concurrence relevant du champ d'application de l'article 85, paragraphe 1.

10. L'obligation pour les grossistes non spécialisés d'ouvrir un rayon spécial est de nature à garantir la vente dans de bonnes conditions des produits concernés et ne constitue dès lors pas une restriction de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1; par contre, l'obligation de réaliser un chiffre d'affaires comparable à celui d'un grossiste spécialisé va au-delà des nécessités imposées par les critères qualitatifs propres à un système de distribution sélective et qu'il y a dès lors lieu de l'apprécier à la lumière du paragraphe 3 de l'article 85.

Dans l'affaire 26-76

METRO SB-GROSSMÄRKTE GMBH & CO. KG, Schlüterstraße 3, 4 Düsseldorf, représentée par Me von der Osten du barreau de Düsseldorf, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Robert Elter, 11, boulevard Royal,

partie requérante,

et

VERBAND DES SB-GROSSHANDELS E.V., Theaterstraße 8, 3 Hannover, représenté par Me Bartholatus du barreau de Hambourg, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Robert Elter, 11, boulevard Royal,

partie intervenante,

contre

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, représentée par M. Dieter Oldekop, membre du service juridique de la Commission, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Mario Cervino, Bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

partie défenderesse,

et

SABA (Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Söhne), Villingen-Schwenningen, représentée par Me Christian Hootz du barreau de Stuttgart, ayant élu domicile à Luxembourg, auprès de M. Georges Reuter, 12, rue Notre-Dame,

partie intervenante,

ayant pour objet l'annulation de la décision de la Commission des Communautés européennes du 15 décembre 1975 relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité CEE (IV/847-SABA, JO n° L 28 du 3. 2. 1976, p. 19),

LA COUR,

composée de MM. H. Kutscher, président, M. Sørensen et G. Bosco, présidents de chambre, A. M. Donner, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, A. J. Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe, et A. Touffait, juges,

avocat général: M. G. Reischl
greffier: M. A. Van Houtte

rend le présent

ARRÊT

En fait

Attendu que les faits, le déroulement de la procédure, les conclusions et les moyens et arguments des parties peuvent être résumés comme suit:

I — Faits et procédure

La firme Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Söhne

(ci-après SABA), dont le siège est à Villingen-Schwenningen en république fédérale d'Allemagne, fabrique des produits de l'électronique de divertissement (récepteurs de radio, télévisions, magnétophones) et les met sur le marché à travers un réseau de contrats et d'accords entre elle et des concessionnaires exclusifs, des grossistes et des détaillants agréés, le tout constituant un système de distribution sélective. Par la décision attaquée, du 15 décembre 1975, la Commission lui a délivré une attestation négative au sens de l'article 2 du règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962 (JO n° 13 du 21. 2. 1962, p. 204), en ce qui concerne certaines particularités de ce système, et lui a accordé une exemption au sens du paragraphe 3 de l'article 85 du traité CEE, valable jusqu'au 21 juillet 1980, moyennant le respect de certaines conditions, en ce qui concerne le surplus du système en cause.

Après les aménagements qui y ont été apportés, suite aux interventions de la Commission, ce système de distribution se présenterait, selon la décision attaquée, comme un système de distribution uniforme pour tout le territoire de la Communauté dont les caractéristiques essentielles seraient:

1) la coopération entre SABA et ses concessionnaires exclusifs et grossistes;
2) la limitation du nombre de revendeurs, et
3) la fixation de circuits de distribution par le fabricant (décision attaquée, point 3).

Ce réseau comprend, pour la république fédérale d'Allemagne et Berlin-Ouest, un réseau de grossistes et de détaillants, les uns et les autres agréés et pour les autres États membres — sauf l'Irlande — des concessionnaires exclusifs qui sont à leur tour en rapport, semble-t-il, avec des grossistes et en tout cas avec des détaillants agréés.

Les contrats et accords qui lient SABA aux différents distributeurs de son réseau, peuvent être décrits comme suit:

a) Les *grossistes allemands* ne sont agréés que s'ils acceptent de signer les trois documents analysés ci-après, et satisfont *en outre* aux conditions précisées sous 4).

1) *Un accord dit de coopération* par lequel ils s'engagent à conclure avec SABA des contrats de livraison semestriels et à enlever les quantités commandées dans les délais prévus, à stocker les produits visés et à réaliser un chiffre d'affaires considéré comme satisfaisant par SABA, cette dernière s'engageant de son côté à consulter les grossistes pour la mise au point de ses programmes de production (décision attaquée: points 14 et 40).

2) *Une attestation d'engagement de distribution imposée* (Verpflichtungsschein Vertriebsbindung SABA-Großhändler), comprenant deux parties.

La première, par laquelle le grossiste s'engage à ne fournir sur le territoire de la république fédérale d'Allemagne et à Berlin-Ouest à d'autres grossistes et à des détaillants que si ceux-si sont agréés par SABA, ce qui implique qu'ils réunissent un certain nombre de conditions qualitatives et sont disposés à accepter de fournir les prestations auxquelles SABA lie son agréation de la qualité de grossiste ou détaillant spécialisé. Les engagements décrits, dans cette première partie, correspondent pour l'essentiel à ceux que SABA impose dans le document ci-après décrit sub 3) à ses grossistes en ce qui concerne l'ensemble de la CEE.

La *seconde partie* de cette attestation contient des obligations supplémentaires propres à la distribution sur le marché allemand et qui doivent être mises en rapport avec les conceptions législatives et jurisprudentielles allemandes relatives à la séparation de la fonction de grossiste et de détaillant. Il est, conformément à ces conceptions, interdit aux grossistes allemands de vendre à des *utilisateurs finals privés* en république fédérale d'Allemagne et à Berlin-Ouest (décision attaquée, point 34).

Il leur est, par contre, permis de livrer à des utilisateurs finals professionnels, c'est-à-dire à des entreprises industrielles ou commerciales qui n'utilisent les produits achetés aux grossistes qu'à des fins professionnelles susceptibles de servir la rentabilité de l'entreprise et acceptent de s'engager par écrit au moyen d'un document appelé «SABA-Sonderverpflichtungsschein» dans ce sens. Des mesures de contrôle sont prévues. La livraison par le grossiste à des utilisateurs finals institutionnels (hôpitaux, écoles, casernes) est par contre exclue.

3) *Une attestation d'engagement pour la CEE des grossistes SABA* (EWG-Verpflichtungsschein SABA-Großhändler) qui concerne la distribution par ces grossistes sur l'ensemble du marché commun. Ce document reprend, pour l'ensemble du marché commun, l'obligation de ne fournir qu'à d'autres grossistes ou détaillants remplissant les conditions mises par SABA à leur agréation et celle de procéder à ou de permettre des mesures de contrôle. A cet égard ce document reproduit pour l'essentiel les obligations déjà précisées pour la république fédérale d'Allemagne dans la première partie du document décrit ci-dessus sub 2).

4) SABA a déclaré à la Commission (décision point 9) qu'elle est «en principe disposée à livrer ses produits en république fédérale d'Allemagne aux grossistes qui, outre l'acceptation du contrat de coopération et des attestations d'engagement, réunissent les conditions suivantes:

a) exploiter un commerce spécialisé réalisant plus de 50 % de son chiffre d'affaires dans la vente d'appareils électriques ou avoir un rayon spécial d'électronique, réalisant un chiffre d'affaires comparable à celui d'un grossiste spécialisé;
b) contribuer à la mise en place et au renforcement du réseau de distribution SABA;
c) participer au service à la clientèle».

De son côté SABA s'engage à l'égard de chaque grossiste, de faire respecter ce système de distribution par les autres (décision point 17). D'autre part, le système laisse aux distributeurs la liberté en ce qui concerne les prix, celle de livrer dans l'ensemble du marché commun, et celle de procéder à des livraisons dites horizontales (grossiste à grossiste, détaillant à détaillant) ou en amont (détaillant à grossiste).

b) *Des concessionnaires exclusifs* SABA sont établis dans chacun des autres États membres — à l'exclusion de l'Irlande. En France, au Royaume-Uni et en Italie il s'agit de filiales de SABA. Les concessionnaires exclusifs pour la Belgique, le grand-duché de Luxembourg, le Danemark et les Pays-Bas signent des contrats de concession exclusive (décision point 13) qui combinent l'essentiel des contrats de coopération et des attestations d'engagement et comprennent notamment l'engagement de ne fournir qu'à des grossistes ou détaillants agréés.

c) *Les détaillants, tant en république fédérale d'Allemagne que dans les autres États membres,* doivent, pour être agréés, signer un document dénommé «Attestation d'engagement pour la CEE des détaillants spécialisés SABA» (EWG-Verpflichtungsschein SABA-Facheinzelhändler). Par ce document ils s'engagent à réaliser un chiffre d'affaires satisfaisant en appareils SABA, à maintenir un stock correspondant, à exposer les appareils SABA de façon représentative et à disposer d'un point de vente se prêtant à la publicité en faveur des produits SABA et à leur présentation, à assurer un service clientèle approprié et à ne livrer à d'autres revendeurs SABA (grossistes ou détaillants) que s'il s'agit de distributeurs SABA agréés. Toute livraison à d'autres revendeurs agréés doit être enregistrée de façon à permettre un contrôle. Il ressort, *en outre,* bien qu'indirectement, de ce document, en particulier de son article 2, que pour être agréé comme détaillant spécialisé SABA il faut, en plus, a) exploiter un commerce spécialisé, c'est-à-dire réa-

lisant plus de 50 % de son chiffre d'affaires dans l'électronique de divertissement ou dans le commerce d'autres articles électriques ou avoir un rayon spécial pour les produits de l'électronique de divertissement; b) s'engager si l'on se fournit directement chez SABA (c'est-à-dire, sans passer par les grossistes) à conclure des contrats de livraison à long terme portant sur toute la gamme des produits SABA.

Les détaillants comme les grossistes sont libres en ce qui concerne les prix, ils peuvent vendre dans l'ensemble de la Communauté et ils ont le droit de distribuer des appareils concurrents de ceux de SABA.

Ainsi le système de distribution imposé est caractérisé par quatre éléments essentiels (décision point 11):

1) la distribution se fait par des grossistes et détaillants sélectionnés et agréés et des concessionnaires exclusifs;
2) ces revendeurs s'engagent à n'approvisionner dans le marché commun d'autres revendeurs que s'il s'agit de distributeurs agréés, et acceptent de procéder et de se soumettre à des mesures de contrôles sévères destinées à assurer le respect de cette obligation; les grossistes allemands s'engagent à ne pas livrer en république fédérale d'Allemagne à des utilisateurs finals privés;
3) ces grossistes, détaillants et concessionnaires s'engagent à ne pas exporter des appareils SABA hors de la Communauté, ni à en importer depuis des pays tiers;
4) ces grossistes et détaillants s'engagent à réaliser un chiffre d'affaires satisfaisant et à maintenir un stock d'appareils SABA.

Dans la décision du 15 décembre 1975 la Commission a estimé:

1) que le fait de réserver la distribution des produits aux seuls distributeurs agréés a pour objet et pour effet de restreindre sensiblement la concurrence à l'intérieur du marché commun (décision point 24);
2) qu'il résulte du caractère objectif des critères qualitatifs utilisés que, dans la mesure où sont effectivement admis tous les distributeurs qui réunissent ces conditions, le jeu de la concurrence n'est pas encore restreint au sens de l'article 85, paragraphe 1 (décision points 27 et 28);
3) qu'une telle restriction est toutefois présente dans la mesure où la sélection ne dépend pas seulement de critères qualitatifs garantissant une vente dans de bonnes conditions au consommateur, mais également d'obligations particulières que ne peut justifier la vente dans de bonnes conditions des produits considérés (réalisation d'un chiffre d'affaires satisfaisant, maintien d'un stock suffisant) (décision point 29);
4) que constituent également une obligation ayant pour objet et pour effet de restreindre et de fausser la concurrence, en tant qu'elles tendraient à assurer le respect par les distributeurs de restrictions interdites par l'article 85, paragraphe 1, les obligations imposées aux distributeurs en vue de permettre à SABA de vérifier qu'aucune livraison n'est faite à un distributeur non agréé. Ces obligations réduisent la liberté de choix des commerçants qui, bien que qualifiés pour vendre des produits de l'électronique de divertissement, n'ont pas été admis par SABA, ainsi que celle des utilisateurs (décision point 30);
5) enfin, dernière restriction de concurrence visée par l'article 85, paragraphe 1: l'exclusivité de fourniture de SABA aux concessionnaires nationaux et le respect des territoires respectifs auxquels s'engagent les concessionnaires exclusifs dans l'accord type de concession exclusive (décision point 32).

La décision attaquée fait un sort différent aux diverses stipulations qui constituent l'ensemble du système de distribution visé. Les unes font l'objet d'une attestation négative, établissant qu'elles ne violent pas l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, les autres font l'objet d'une

exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3.

L'attestation négative concerne les «conditions de vente pour le marché intérieur» (art. 1 de la décision). Il semble que soient ainsi visées les dispositions analysées aux points 34 (interdiction pour les grossistes allemands de livrer en république fédérale d'Allemagne à des utilisateurs finals privés), 35 (interdiction d'exporter hors de la Communauté) et 36 (conditions de vente, ce qui comprendrait la plus grande partie des obligations assumées par les grossistes et détaillants dans les documents dénommés «Attestations d'engagement de distribution imposée»).

L'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, viserait essentiellement les contrats de coopération et *certains* éléments des «attestations d'engagement» à savoir l'obligation pour les détaillants d'offrir un assortiment d'articles SABA aussi complet que possible, de réaliser un chiffre d'affaires jugé satisfaisant et d'avoir des stocks correspondants (décision point 29) ainsi que l'obligation tant pour les concessionnaires et les grossistes que les détaillants de vérifier, en cas de livraison à un autre revendeur, s'il s'agit d'un distributeur agréé SABA.

La requérant pratique le commerce de gros en libre service d'après le système dit «cash and carry». En excluant un certain nombre de prestations dont profite l'acheteur dans le commerce traditionnel (octroi de crédit, livraison, conseils à la clientèle) on obtiendrait une compression des frais généraux et des prix plus favorables. L'accès des magasins Metro ne serait autorisé qu'aux commerçants détaillants (revendeurs ou utilisateurs commerciaux) et aux institutions qui, en raison de leur structure, ont des besoins professionnels considérables pour leur propre exploitation. L'acheteur devrait être titulaire d'une autorisation d'achat délivrée par écrit. Les conditions générales de vente de la firme Metro obligent le client, entre autres, à ne couvrir auprès de Metro que les besoins professionnels de son entreprise. Exception serait toutefois faite pour l'équipement professionnel propre à l'entreprise servant ensuite à la couverture des besoins privés.

Metro à qui SABA refuse de livrer les produits de sa marque parce que Metro ne remplirait pas les conditions pour être agréée comme grossiste SABA, a, par télex du 7 novembre 1973 et mémoire du 9 novembre 1973, déposé une plainte auprès de la Commission en application de l'article 3 du règlement n° 17 en faisant valoir que le système d'accords de distribution imposée violait les articles 85 et 86 du traité CEE et demandé qu'il soit mis fin à cette infraction. Dans un premier stade Metro contestait principalement l'interdiction, résultant à *cette époque* du système de distribution SABA, pour le grossiste, d'effectuer des «livraisons sautées», c'est-à-dire de livrer à des consommateurs finals professionnels en Allemagne.

Sur intervention de la Commission, SABA a, en cours de procédure administrative, modifié la clause interdisant les livraisons sautées en ce sens que les grossistes allemands pourraient désormais fournir à certaines conditions des produits SABA à des utilisateurs finals professionnels, seule la livraison à des «institutions» telles que casernes, églises, hôpitaux et écoles restant interdite.

En outre, SABA aurait, aux dires de la Commission, étendu la définition du grossiste au commerce de gros pratiquant le libre service, de sorte que Metro aurait accès au système de distribution SABA, à condition de remplir les conditions d'admission appliquées aux autres grossistes. De plus, SABA aurait déclaré que ses distributeurs auraient le choix d'assurer eux-mêmes le service d'après-vente ou de le confier à des ateliers sous contrat.

Malgré ces modifications Metro a maintenu le point de vue qu'il subsisterait une discrimination à l'égard du commerce de gros pratiquant le libre service en ce qu'étaient maintenues différentes restrictions

de concurrence non nécessaires à la réalisation des objectifs qui justifient une exemption au sens de l'article 85, paragraphe 3, à savoir:

1) est maintenue l'interdiction pour les grossistes de livrer à des consommateurs finals institutionnels;
2) est maintenue pour les utilisateurs finals professionnels l'exigence que le produit acheté par eux aux grossistes soit susceptible de servir la rentabilité de l'entreprise;
3) est maintenue l'obligation pour l'utilisateur final professionnel de souscrire un engagement qu'il ne serait pas raisonnable de lui demander;
4) est maintenue l'obligation pour le grossiste à rayon spécial de faire un chiffre d'affaires comparable à celui d'un grossiste spécialisé;
5) est maintenue l'obligation de signer un contrat de coopération;
6) est maintenue l'obligation pour tous les grossistes de contribuer au renforcement du réseau de distribution SABA, exigence inacceptable pour un grossiste pratiquant le libre service.

Estimant que ces objections n'étaient pas fondées, la Commission a, le 15 décembre 1975, pris la décision attaquée, qui fut notifiée au requérant en même temps que le rejet de ses objections, par lettre du 14 janvier 1976.

Le recours du 10 mars 1976 a été enregistré au greffe de la Cour le 11 mars 1976.

Par ordonnance du 5 mai 1976, la société SABA a été admise, à sa requête, à intervenir à l'appui des conclusions de la défenderesse.

Par ordonnance du 23 juillet 1976, une demande en référé introduite par Metro a été rejetée.

Par ordonnance du 30 novembre 1976 le «Verband des SB-Großhandels e.V.» (Association des grossistes pratiquant la formule du libre service) a été admis à intervenir à l'appui des conclusions de la requérante.

Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé qu'il n'y avait pas lieu de procéder à des mesures d'instruction.

II — Conclusions des parties

La requérante conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— déclarer nuls et non avenus la décision de la Commission des Communautés européennes du 15 décembre 1975 n° K 75 1852 — final relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité CEE (IV/847 SABA) et le rejet par la défenderesse le 14 janvier 1976 des objections qui lui avaient été présentées au cours de la procédure visée ci-dessus;
— condamner la défenderesse aux dépens de la procédure.

La défenderesse conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— rejeter comme non fondée la partie du recours visant à obtenir l'annulation de la décision de la Commission du 15 décembre 1975;
— rejeter l'autre partie du recours comme irrecevable et subsidiairement comme non fondée;
— condamner la requérante au dépens.

La partie intervenante SABA soutient les conclusions de la Commission.

La partie intervenante Verband des SB-Großhandels e.V. soutient les conclusions de la requérante.

III — Moyens et arguments des parties

A — Recevabilité du recours

Selon Metro, le recours serait recevable tant en ce qui concerne la lettre du 14 janvier 1976 dont elle est le destinataire qu'en ce qui concerne la décision du 15 décembre 1975 qui la concernerait directement et individuellement car elle aurait

pour conséquence qu'elle ne pourrait être approvisionnée en appareils SABA et serait ainsi exclue du commerce d'un produit de marque prisé par les acheteurs.

Selon la *Commission* le recours serait recevable dans la mesure où il vise la décision du 15 décembre 1975 mais irrecevable pour autant qu'il vise la lettre du 14 janvier 1976 rejetant la plainte introduite le 17 novembre 1973. La situation dont la requérante se plaint découlerait uniquement de la décision, et la lettre du 14 janvier 1976 n'aurait plus influencé la situation de droit qui en résulterait et ne constituerait, dès lors, pas une décision au sens de l'article 173.

Selon la *partie intervenante SABA,* la recevabilité du recours en tant que dirigé contre la décision du 15 décembre 1975 serait douteuse. Cette décision ne concernerait pas directement et en tout cas pas individuellement la requérante, car elle concerne l'ensemble des commerçants qui dans le marché commun peuvent être intéressés par la commercialisation des produits SABA.

La requérante réplique que la circonstance qu'elle a participé à la procédure administrative démontre qu'elle était directement et individuellement concernée et que cela ressort surtout de la circonstance que SABA s'appuie sur la décision attaquée pour se refuser à lui vendre ses produits.

B — Sur le fond

I — La *requérante* estime que la décision litigieuse viole l'article 85 du traité CEE, en particulier le paragraphe 3. Ainsi que l'aurait constaté la Cour de justice (arrêt du 13 juillet 1966, affaires jointes 56 et 58-64, Grundig Consten/Commission, Recueil, p. 429), les accords restrictifs de concurrence ne pourraient être exemptés de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, que lorsque les quatre conditions formulées par le paragraphe 3 sont remplies, 1) contribuer à améliorer la production ou la distribution ou à promouvoir le progrès technique, 2) réserver aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte, 3) ne pas imposer des restrictions de concurrence qui vont au-delà de ce qui est indispensable pour réaliser ces objectifs, 4) ne pas donner aux entreprises liées par les accords ou participant à la pratique concertée la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Or, le système de distribution SABA a bénéficié d'une exemption, alors qu'il ne répondrait en tout cas pas aux exigences des deuxième, troisième et quatrième conditions.

En ce qui concerne la *deuxième condition,* Metro observe que les utilisateurs seraient essentiellement intéressés par une concurrence sur les prix, alors que le système critiqué aboutirait à scléroser la structure des prix au niveau du commerce de détail. Les différences de prix entre détaillants spécialisés SABA se situeraient dans une fourchette de 1 %. D'autre part l'obligation pour les grossistes et détaillants de promouvoir (systématiquement) les produits SABA et l'obligation corrélative de réaliser des quotas inciteraient les distributeurs à orienter leurs clients vers la production SABA plutôt qu'à leur présenter un choix objectif.

En ce qui concerne la *troisième condition,* Metro observe que nombre de clauses restrictives ne seraient pas indispensables ni même nécessaires pour améliorer la distribution des produits SABA. Pour satisfaire l'intérêt du consommateur à un service irréprochable, il aurait suffi que le système prévoie la vente aux seuls distributeurs pouvant manifestement assurer l'entretien technique, soit par eux-mêmes, soit en recourant à un atelier. Le système critiqué irait bien au-delà de cette nécessité en imposant des contrats de coopération, en exigeant une exposition représentative, en imposant des contrôles au stade du commerce de gros, et en interdisant la livraison aux utilisateurs institutionnels.

En ce qui concerne la *quatrième condition,* Metro fait valoir que le système

critiqué éliminerait le commerce de gros en libre service en imposant notamment par les contrats de coopération et par les obligations de contrôle, des conditions incompatibles avec la nature de cette technique nouvelle de distribution. Il éliminerait, d'autre part, les petits détaillants en posant des conditions sélectives trop sévères (exposition représentative — stocks). Or ce serait précisément le commerce de gros en libre service et les petits détaillants qui permettraient la forme de concurrence la plus intéressante, celle portant sur les prix. Metro observe encore que les distributeurs n'auraient pas pour tâche de favoriser le fabricant mais de favoriser le meilleur choix de la clientèle. Enfin, le système critiqué serait, selon elle, d'autant plus inadmissible que SABA disposerait d'une position dominante.

II — La Commission dans son *mémoire en défense* estime qu'en dépit des liens étroits qui unissent les grossistes et les concessionnaires exclusifs aux producteurs, le système de distribution SABA serait un système ouvert, auquel notamment les grossistes pratiquant la formule du libre service pourraient avoir accès, et susceptible de bénéficier d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3.

Les clauses non susceptibles de bénéficier d'une exemption (cloisonnement des marchés, interdiction des livraisons horizontales ou en amont, exclusion des grands magasins et discounts) auraient été supprimées. En particulier l'interdiction de livraisons sautées, c'est-à-dire directement du grossiste au consommateur final, qui serait à l'origine du différend entre SABA et Metro, aurait été assouplie et limitée à l'interdiction pour le grossiste de livrer à des utilisateurs finals privés, la livraison à des utilisateurs finals professionnels étant désormais possible.

La Commission renvoie à ses décisions antérieures dans le domaine de la distribution sélective (Kodak, décision du 30. 6. 1970, JO n° 147 du 7. 7. 1970, p. 24, Omega, décision du 28. 10. 1970, JO n° L 242 du 5. 11. 1970, p. 22, BMW, décision du 13. 12. 1974, Jo n° L 29 du 3. 2. 1975, p. 1).

Ces décisions auraient déjà permis de résoudre deux des difficultés que soulèvent les systèmes de distribution sélective. Il en ressortirait, d'une part, que les dispositions ayant pour but ou effet de cloisonner les marchés nationaux ne seraient pas susceptibles d'exemption et, d'autre part, que l'obligation de passer par le commerce spécialisé («Fachhandelsbindung») d'où résulte, par l'application de critères qualitatifs appropriés et non discriminatoires, une limitation du nombre de distributeurs, ne tomberait pas sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1.

La difficulté à propos d'une application éventuelle de l'article 85, paragraphe 3, surgirait en ce qui concerne les clauses qui vont au-delà de l'obligation de passer par le commerce spécialisé mais qui forment avec elle un système uniforme: en l'occurrence les obligations imposées par le contrat de coopération et celles mises à l'admission en qualité de détaillant spécialisé.

A cet égard, il ressortirait de la jurisprudence de la Cour (CJ 13 juillet 1966, affaires 56 et 58-64, Grundig Consten/Commission, Recueil, p. 429) que l'exercice des pouvoirs de la Commission, en la matière, comporte nécessairement des appréciations complexes en matière économique et que le contrôle juridictionnel de ces appréciations doit respecter ce caractère en se limitant à l'examen de la matérialité des faits et des qualifications juridiques que la Commission en a déduites. La Commission souligne d'ailleurs qu'elle n'a accordé l'exemption sollicitée que pour un délai relativement bref (21 juillet 1980).

Les griefs formulés à l'encontre de la décision du 15 décembre 1975 ne seraient, de l'avis de la Commission, pas fondés. Le système de distribution SABA ne réduit-

rait pas exagérément le nombre de distributeurs et n'exclurait pas la concurrence entre distributeurs agréés. Les critères établis pour l'admission en qualité de distributeur seraient de nature objective de sorte que SABA ne pourrait prétexter de la politique concurrentielle d'un distributeur pour lui refuser ses produits s'il remplit les critères d'admission.

D'autre part, les grossistes en libre service, tels que la requérante, seraient en mesure de réunir les conditions fixées par SABA sans pour autant devoir renoncer à leur fonction de grossiste. Si la limitation du nombre des distributeurs agréés par rapport au nombre total de distributeurs susceptibles de commercialiser les produits SABA conduit à considérer que ce système était visé par l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE, cette limitation de concurrence s'accompagnerait cependant d'effets bénéfiques qui ne pourraient être passés sous silence. L'obligation imposée aux distributeurs de se consacrer particulièrement à la commercialisation des produits SABA aurait pour conséquence d'aviver la concurrence entre les produits SABA et ceux d'autres marques (interbrand competition) qui s'ajouterait à celle que se feraient les distributeurs SABA à l'intérieur de la marque (intra-brand competition). Sans nier l'importance de nouvelles formes de distribution tel le commerce de gros pratiquant le libre service, la Commission met en doute certaines affirmations de la requérante concernant l'avantage de prix qui en résulterait pour le consommateur. Cette économie de frais devrait être appréciée en considération de l'importance particulière de l'information du consommateur dans le secteur de l'électronique de divertissement.

La Commission conteste que le système de distribution de SABA conduirait à une paralysie des prix au stade du commerce de détail. On ne pourrait, à cet égard, se fonder sur des comparaisons purement locales pour une région économiquement très homogène comme le ferait la requérante. Le nivellement des prix observé dans un tel cas pourrait, en effet, être précisément le résultat d'une vive concurrence. La Commission produit des tableaux desquels il apparaîtrait que les différences entre les prix les plus bas et les prix les plus élevés demandés au consommateur final pour un même produit pour l'ensemble du territoire de la république fédérale d'Allemagne seraient en moyenne de 30 % et atteindraient même 50 % ou plus.

Analysant les clauses des contrats de coopération, la Commission observe que les engagements de livraison assumés par les grossistes le sont pour une durée déterminée de 6 mois et que, contrairement à ce qu'affirmerait la requérante, ils ne comportent pas l'obligation pour le grossiste de réaliser une part *déterminante* mais seulement une part satisfaisante de son chiffre d'affaires en produits SABA, compte tenu d'ailleurs des critères énoncés au point 14 de la décision attaquée. Par ailleurs, cette condition ne s'appliquerait directement qu'aux grossistes spécialisés, les grossistes pratiquant le libre service et ayant ouvert un rayon spécial devant réaliser un chiffre d'affaires comparable à celui d'un grossiste spécialisé en produits de l'électronique de divertissement. Ces contrats de livraison semestriels présenteraient, d'après une enquête de la Commission auprès des grossistes allemands SABA, un grand intérêt pour eux, parce qu'ils répondraient au besoin d'assurer à l'avance leur approvisionnement continu en produits sous contrat. La requérante n'aurait jamais fait valoir qu'elle était incapable de souscrire à une telle obligation. Enfin, la période relativement courte sur laquelle porte l'obligation de livraison et les critères utilisés pour le calcul des volumes de livraison ne permettraient pas d'affirmer que le fabricant ne supporte plus aucun risque en ce qui concerne l'écoulement de ses produits et se trouve libéré de la nécessité de réagir de façon souple aux situations changeantes de la concurrence. La Commission estime que la coopération entre SABA et les grossistes sert les intérêts d'une politique de production et de

distribution conforme à l'esprit de marché et répondant aux désirs des consommateurs.

En ce qui concerne l'interdiction aux grossistes allemands de livrer aux utilisateurs finals qualifiés «d'institutionnels» (hôpitaux, hospices, etc.) et la nécessité d'introduire des mesures de contrôle qualifiées par la requérante de «pratiquement irréalisables», la Commission fait valoir que cette interdiction n'obligerait pas le commerce de gros à renoncer à sa structure économique et ne l'empêcherait pas de remplir une de ses fonctions essentielles. Quant aux mesures de contrôle, la requérante aurait déjà été amenée, pour satisfaire aux conditions imposées par la jurisprudence allemande pour la reconnaissance de la qualité de grossiste, à prévoir un système de contrôle qui devrait suffire pour l'essentiel à écarter les institutions qui ne seraient pas autorisées à s'approvisionner en appareils SABA.

La requérante aurait encore jugé inadmissible d'exiger des utilisateurs finals professionnels désireux d'acheter des produits SABA qu'ils souscrivent certaines déclarations ou acceptent certaines obligations en matière d'utilisation des produits achetés, mais cette clause serait en rapport direct avec le régime légal du commerce de gros en libre service en république fédérale d'Allemagne, lequel vise, pour des raisons concurrentielles, à séparer les fonctions de grossiste et de détaillant et subordonne la qualité de grossiste et les avantages qu'elle comporte à la condition de livrer essentiellement à des revendeurs ou à des consommateurs finals professionnels, à l'exclusion de la couverture des besoins privés.

Ayant reconnu que la vente aux utilisateurs finals professionnels était une fonction typique du grossiste, la Commission a fait supprimer l'interdiction que SABA imposait, à cet égard, aux grossistes. L'interdiction portant sur les ventes aux utilisateurs finals privés, par contre, serait conforme au souci de protection de la structure de concurrence au niveau des détaillants et aurait, pour ce motif, été maintenue.

Quant à l'obligation pour le grossiste de faire souscrire par l'utilisateur final professionnel une déclaration selon laquelle il n'utiliserait les produits SABA qu'à des fins professionnelles susceptibles «de servir la rentabilité de l'entreprise», elle aurait pour objectif de prévenir que le consommateur final professionnel satisfasse également ses besoins privés auprès du grossiste. Ce risque serait particulièrement sensible dans le cas de grossistes pratiquant le libre service et la jurisprudence allemande elle-même exigerait que le grossiste allemand veille à ce que cette situation ne dépasse pas une certaine limite de tolérance.

La Commission ne voit pas pourquoi le fait de devoir souscrire la déclaration susmentionnée se heurterait à l'incompréhension des utilisateurs finals qui envisagent effectivement d'utiliser les appareils achetés à des fins professionnelles. Cette déclaration, parfaitement appropriée et suffisamment concrète, pourrait être contrôlée, sans grande difficulté, par les grossistes pratiquant la formule du libre service.

Quant à l'obligation pour les distributeurs de réaliser un chiffre d'affaires approprié, elle aurait été exemptée parce qu'elle entraîne une rationalisation de la distribution, une prospection plus intensive du marché et une promotion des débouchés. Ce chiffre d'affaires est déterminé, en fonction des possibilités de chaque distributeur et par comparaison de la part approximative de marché de SABA dans la région concernée avec le volume de vente des produits d'autres fabricants.

L'accroissement exigé serait, lui aussi, déterminé selon des critères objectifs et *admissibles*. Ces obligations auraient pour effet d'inciter, d'une même manière, les distributeurs à se consacrer, de façon intensive, à la distribution des produits

SABA dans les limites de leurs possibilités d'écoulement.

L'obligation d'exposer les produits SABA d'une manière représentative viserait à empêcher que les appareils SABA ne soient entourés d'autres produits qui pourraient nuire à leur mise en valeur. Elle serait également à la portée des petits distributeurs.

III — La *partie intervenante SABA* observe en premier lieu que la requérante ne pourrait se prévaloir de la qualification de grossiste. Malgré les dires de Metro l'accès de ses surfaces de vente ne serait pas réservé aux seuls commerçants et, en tout cas, pas limité aux seuls produits achetés à des fins professionnelles.

D'une part, la carte d'achat relative au rayon des denrées alimentaires serait délivrée à des institutions à but non lucratif qui l'utilisent à des fins exclusivement privées. D'autre part, si Metro approvisionne effectivement des commerçants, ce serait essentiellement en tant que consommateurs finals privés que ces commerçants s'adresseraient à elle et c'est pour l'essentiel en dehors de leur branche qu'ils s'y approvisionneraient. C'est ainsi qu'aucun détaillant spécialisé dans la distribution d'appareils de radio ne s'approvisionnerait auprès de Metro, dont les prix seraient trop élevés et qui n'offrirait aucun service après vente. Metro contreviendrait d'ailleurs aux conditions auxquelles la législation allemande subordonne la qualité de grossiste et essaierait, par le présent recours, de conjurer les menaces qui pèsent sur son système de commercialisation.

En ce qui concerne le fondement du recours, la partie intervenante note que les griefs de Metro ne portent que sur deux des conditions auxquelles l'article 85, paragraphe 3, subordonne la possibilité d'une exemption: les utilisateurs n'auraient pas une part équitable au profit résultant du système de distribution; le système de distribution donnerait la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

Sur ces deux points SABA fait valoir qu'elle aurait désigné sur le territoire de la république fédérale d'Allemagne comme distributeurs SABA quelque 100 grossistes et presque 9 000 détaillants. S'y ajouteraient les nombreux distributeurs SABA établis dans les autres États membres du marché commun qui se feraient une vive concurrence. Enfin, SABA qui ne détiendrait qu'une faible part du marché dans la république fédérale d'Allemagne subirait la concurrence des autres producteurs du même secteur. Des comparaisons de prix portant sur la totalité du territoire prouveraient combien est vive la concurrence entre les distributeurs SABA.

IV — Dans son *mémoire en réplique*, la requérante Metro observe que son recours est essentiellement fondé sur une double constatation, qu'elle formule comme suit.

A — En s'appuyant pour accorder un bénéfice d'exemption ex article 85, paragraphe 3, sur les faits par elle constatés dans la décision attaquée, la Commission aurait fait de son pouvoir discrétionnaire un usage incompatible avec la volonté du législateur.

B — La Commission serait partie de faits qu'il ne lui était pas possible de présumer — ce qu'elle aurait fait — en l'absence d'une preuve précise.

Ad A — Les principaux vices qui s'attacheraient à l'usage que la Commission a fait de son pouvoir discrétionnaire seraient les suivants.

1) La Commission méconnaîtrait que le système de distribution sélective SABA, sous l'apparence de critères qualitatifs, conduit en réalité à un choix de distributeurs — grossistes et détaillants — dont il n'y a plus lieu de craindre une concur-

rence sensible par les prix. Ce résultat serait atteint par l'élimination des grossistes pratiquant le libre service et par celle des détaillants chez lesquels la probabilité de vente sous enchère est la plus grande.

2) La Commission estimerait, à tort (p. 13 de son mémoire) que l'atténuation de la concurrence sur les prix serait compensée par le fait que la position concurrentielle des distributeurs SABA serait renforcée à l'égard (des distributeurs) d'autres marques. L'affirmation que l'atténuation de la concurrence intra-brand favoriserait la concurrence inter-brand serait inexacte et, en tout cas, on n'en verrait pas l'avantage pour le consommateur.

3) La Commission aurait perdu de vue l'impact qu'a la circonstance que les produits SABA sont des produits de très haute qualité. Il en résulterait que les utilisateurs n'accepteraient que difficilement des produits de substitution, d'où résulterait l'obligation pour les distributeurs de disposer d'une gamme de marques complète comprenant notamment les produits SABA. Cette nécessité aurait été reconnue par le Bundesgerichtshof dans son arrêt «Rossignol» du 20 novembre 1975 (WuW 1976, p. 279).

4) La Commission aurait omis de tenir compte de la circonstance que la politique de commercialisation adoptée par SABA n'est qu'un élément d'un système appliqué de façon similaire par les principaux producteurs d'appareils de l'électronique de divertissement.

Ad B — La Commission se serait fondée sur des éléments de fait qui ne seraient pas ou insuffisamment établis.

1) Il serait inexact d'affirmer que les utilisateurs finals «institutionnels» (écoles, casernes, hôpitaux...) n'exploiteraient pas une entreprise commerciale ou industrielle. Toute activité sur le marché qui n'a pas pour but de satisfaire des besoins privés serait, selon la requérante, professionnelle ou lucrative.

2) La Commission croirait, à tort, (mémoire en défense p. 24-25) que la requérante se contenterait, pour vérifier la qualité des clients qui s'adressent à elle, de leur demander une déclaration écrite confirmant que les marchandises sont achetées pour les seuls besoins de leur entreprise. Elle procéderait à un certain nombre de contrôles, mais s'élève contre les contrôles supplémentaires exigés pour les seuls produits SABA et dont le but serait, selon elle, d'exclure le commerce de gros à libre service.

3) Contrairement à ce que pense la Commission, le commerce de gros à libre service, du fait des économies de coût de transport et de crédit, constituerait bien une source d'approvisionnement particulièrement intéressante pour les petits commerçants qui peuvent grouper leurs achats à prix réduit en supportant, dans le cadre de leur propre prestation de travail, les coûts de transport.

4) Serait également inexacte, l'affirmation de la Commission que «par comparaison aux prix en vigueur dans le commerce de gros spécialisé classique et compte tenu surtout des prestations supplémentaires fournies par celui-ci», les prix pratiqués par la requérante seraient peu avantageux pour les revendeurs (mémoire en défense p. 14). Selon la requérante, elle ne pourrait atteindre un chiffre d'affaires de 100 millions de DM par an dans le domaine de l'électronique de divertissement si ses prix n'étaient pas attractifs.

La publication «Markt intern», citée notamment par l'intervenante SABA pour affirmer que Metro ne pourrait se qualifier de grossiste (annexes 2, 4, 6 à 13 et 15 au mémoire de l'intervenante), aurait à plusieurs reprises signalé les prix avantageux pratiqués par la requérante.

Ces prix seraient, selon la requérante, plus avantageux encore si tous les fabricants importants ne s'étaient pas ligués pour s'interdire de fournir à la requérante.

5) Il serait inexact ou en tout cas incomplet d'affirmer, comme le ferait la Commission (défense p. 2 et 16), que SABA se trouverait en concurrence avec plus de 20 autres fabricants allemands. En réalité, ne seraient importantes pour le marché considéré que 8 firmes (dans l'ordre d'importance: Grundig, Philips, Telefunken, Nordmende, SABA, Blaupunkt, Loewe-Opta, Schaub-Lorenz), qui toutes pratiqueraient un système de distribution imposée dirigé contre le commerce de gros en libre service.

6) La Commission se serait fondée à tort sur des documents produits par SABA (SABA-Preisspiegel, défense annexe 7) pour conclure à l'existence d'une concurrence sur les prix entre les détaillants SABA amenant des différences de prix de l'ordre de 30 à 40 ou 50 %. La requérante conteste la représentativité de tableaux de prix présentés par SABA dans son propre intérêt. En tout état de cause le marché relevant pour établir une comparaison de prix ne serait pas l'ensemble du territoire de la république fédérale d'Allemagne mais les marchés partiels locaux, un client de Düsseldorf n'étant nullement intéressé par les prix pratiqués à Francfort ou Oberammergau. Si l'on considère les marchés partiels locaux on ne constaterait que de très faibles différences de prix. Cela résulterait notamment du fait que les critères de sélection qualitative du système SABA permettent, en fonction des possibilités de stockage, du caractère représentatif, etc., de n'accepter comme distributeurs SABA que les principaux commerçants locaux, c'est-à-dire ceux qui ont intérêt à ne pas entrer en concurrence sur les prix. Le résultat serait une situation oligopolistique sur chacun de ces marchés régionaux. La requérante demande à la Cour d'ordonner à l'intervenante de présenter une liste des détaillants spécialisés SABA, avec indication de l'adresse précise de ceux-ci à l'aide de laquelle une étude correspondante pourrait être effectuée.

7) D'après la requérante, il ne correspondrait pas à l'expérience quotidienne de prétendre, comme le suggèrerait la Commission, que la coopération entre le producteur et le distributeur profite au consommateur. Cette coopération qui se répercute jusqu'au niveau du commerce de détail paralyserait la concurrence sur les prix et exclurait une information neutre et objective du client par le distributeur quant aux qualités des produits offerts.

La requérante présente ensuite ses observations sur le mémoire de la partie intervenante SABA. Elle impose le fonctionnement de son système de distribution en libre service et apporte des précisions sur le contrôle qu'elle exerce sur la qualification professionnelle des acheteurs. Elle récuse les divers documents par lesquels la partie intervenante SABA cherche à prouver que Metro contreviendrait aux conditions fixées par la loi allemande pour se qualifier de commerçant grossiste.

V — Dans le *mémoire en duplique* la Commission estime que les griefs articulés par la requérante sont, à tort, qualifiés par cette dernière de griefs de détournement du pouvoir discrétionnaire, mais qu'il s'agirait de griefs de violation du traité qui doivent être examinés comme tels. A son avis, ces griefs peuvent être résumés comme suit:

La décision attaquée violerait l'article 85, paragraphe 3, du traité en ce que l'effet sélectif du système de distribution, approuvé par la Commission, aboutirait à éliminer de ce système le commerce de gros en libre service et le commerce de détail, supprimant ainsi la concurrence par les prix.

Quant à l'effet d'élimination du commerce de gros en libre service et du commerce de détail, la Commission conteste à nouveau que la décision attaquée puisse avoir pareil effet après les aménagements qu'elle a imposés.

Les mesures de contrôle exigées dans le cadre du système et visant, d'une part, à

faire souscrire certaines déclarations quant à l'utilisation des produits par les utilisateurs finals professionnels (point 15 de la décision attaquée) et l'exclusion des livraisons directes du grossiste aux utilisateurs finals institutionnels ne seraient pas excessives et ne conduiraient pas, en fait, à l'élimination des entreprises du type de la requérante. La déclaration serait rédigée de façon telle que tous les clients de la requérante pourraient la signer sans difficultés, pour autant que les produits achetés soient effectivement destinés à être utilisés dans leurs établissements commerciaux. Il serait d'ailleurs inexact de prétendre que ce serait le système de distribution SABA qui obligerait Metro à organiser un contrôle particulier à la sortie des marchandises. Outre les contrôles à effectuer à la sortie par la caissière (vérification des prix, factures, documents de garantie) un «contrôle final» aurait déjà été organisé par la requérante elle-même dans le cadre des obligations que lui impose la législation allemande.

De même l'exclusion de livraison aux acheteurs à caractère «institutionnel» ne devrait pas poser de problèmes et ne devrait empêcher ni les grossistes SABA ni la requérante d'exercer effectivement une importante fonction de grossiste. Les institutions ne pourraient d'ailleurs pas être approvisionnées par la requérante qui se qualifierait elle-même de «centre d'achat pour revendeurs et utilisateurs finals professionnels», qualité que, manifestement, lesdites institutions ne posséderaient pas.

Aux termes de la directive n° 64/233/CEE du 25 février 1964 (JO du 4. 4. 1964, p. 803) ces institutions ne pourraient être prises en considération en tant que clients de grossistes que dans la mesure où elles peuvent être considérées comme «utilisateurs importants», ce qui, d'une manière générale, ne serait pas le cas lorsqu'il s'agit de produits de l'électronique de divertissement.

Seraient également sans fondement les critiques dirigées, à cet égard, contre les engagements de coopération et notamment l'obligation qu'ils comportent de conclure des contrats semestriels de livraison avec SABA.

La coopération entre SABA et ses grossistes viserait à une adaptation constante de la conception et de la structure du programme de fabrication aux désirs des utilisateurs en vue de suivre au plus près l'évolution du marché, réduisant le «temps de réaction» du fabricant à la suite d'éventuelles erreurs du point de vue quantitatif ou qualitatif. La liberté des grossistes n'en serait pas exagérément restreinte, la période de validité des contrats étant relativement limitée et les conditions prévues par les contrats étant relativement souples.

La Commission conteste également que le système de distribution SABA exclurait, au niveau du commerce de détail, les petits commerçants assurant une concurrence active des prix. Ce seraient, au contraire, souvent les grandes entreprises de vente au détail qui, en raison de leurs conditions d'achat favorables, des possibilités de rationaliser la distribution et le service après vente ainsi que de la possibilité de calculer une marge bénéficiaire moyenne sur la base de plusieurs séries de produits différents pourraient offrir le prix le plus favorable à l'utilisateur final.

Quant à l'effet d'élimination de la concurrence de prix entre les distributeurs SABA, la Commission affirme qu'il n'existerait pas de «marchés d'importance locale» où le niveau des prix soit plus ou moins uniforme. L'enquête menée par la requérante à Düsseldorf et produite dans le cadre de la procédure en référé ne serait pas concluante, le nombre de distributeurs mentionnés étant trop restreint. De plus, le fait que les prix pratiqués par ces distributeurs seraient fort rapprochés et parfois même identiques pourrait s'expliquer par la structure des coûts des distributeurs interrogés ou, précisément, par la pression exercée par la concurrence sur des distributeurs géographiquement rapprochés.

S'il est vrai que le commerce de gros à libre service offre des avantages en matière de concurrence, la Commission observe toutefois qu'il faudrait rectifier les allégations de la requérante tendant à donner l'impression que son admission comme grossiste SABA suffirait à révolutionner l'ensemble de la structure des prix et des coûts de la distribution des produits SABA.

Dans le marché vivement convoité de l'électronique de divertissement le commerce de gros classique se serait aligné sur certaines techniques et avantages vantés par la requérante (pas d'approvisionnement minimum, possibilité pour le client d'enlever les marchandises avec ses propres moyens de transport). La référence faite par la requérante au chiffre d'affaires de 100 millions de DM par an dans le secteur de l'électronique de divertissement ne pourrait prouver son caractère attractif aussi longtemps qu'il n'est pas clair quelle partie de ce chiffre d'affaires correspond à des opérations réalisées avec des revendeurs et utilisateurs finals «authentiques», c'est-à-dire ne couvrant pas leurs besoins personnels étrangers au secteur considéré. Dans la mesure où il s'agirait d'un chiffre d'affaires réalisé par des commerçants par la couverture de leurs besoins privés, ce chiffre d'affaires ne donnerait aucune indication sur la valeur concurrentielle des prix pratiqués par la requérante par rapport au commerce de gros classique, les grossistes classiques ne pouvant s'adresser, pour la satisfaction de ces besoins, qu'aux détaillants.

Une véritable appréciation réaliste de la capacité concurrentielle du système de distribution de la requérante ne serait possible que si elle disposait des mêmes possibilités d'approvisionnement que le commerce de gros classique dans le domaine concerné; ce n'est que si la requérante était admise comme grossiste SABA que l'on pourrait apprécier les avantages de son système de distribution.

Aussi longtemps que le présent litige ne serait pas tranché, une telle comparaison serait impossible, puisque la requérante affirme ne pouvoir accepter certains conditions du système de distribution SABA exemptées par la Commission.

Quant à la relation de la concurrence entre distributeurs d'une marque, d'une part, (intra-brand), et la concurrence entre ces distributeurs et ceux des autres marques (inter-brand), la Commission précise qu'à son avis le système de distribution de SABA a pour effet positif *qu'en plus* du maintien de la concurrence entre distributeurs de la même marque, il accentue la concurrence avec des produits d'autres fabricants.

Les efforts intensifs des distributeurs importants pour vendre le produit d'un fabricant n'excluraient ni que le distributeur représente des produits d'autres producteurs, ni qu'il conseille convenablement ses clients. Contrairement à ce qu'affirme la requérante, la Commission aurait été parfaitement consciente de ce que d'autres fabricants d'électronique de divertissement pratiqueraient, de façon autonome, des systèmes de distribution comprenant des conditions que la requérante affirme ne pouvoir remplir en raison de sa structure particulière. La Commission aurait été consciente de ce que sa décision présenterait un caractère de précédent pour des systèmes de distribution d'autres fabricants. La décision aurait précisément pour but de fixer des critères d'appréciation des systèmes de distribution comparables à celui de SABA au regard des règles de concurrence communautaires.

VI — La partie intervenante, Verband des SB-Großhandels (ci-après «Verband»), estime que, considéré en rapport avec les facteurs qui déterminent le marché des produits en cause, le système sélectif de distribution SABA aurait pour conséquence inéluctable l'exclusion des grossistes pratiquant le libre service. De plus, il y aurait lieu de tenir compte du fait que non seulement SABA mais tous les autres fabricants importants de l'électronique de divertissement pratiquent des

systèmes de distribution excluant la livraison aux grossistes pratiquant le libre service.

La Commission méconnaîtrait que ce qui fait l'objet de la protection instaurée par l'article 85 du traité c'est la liberté de concurrence au profit du consommateur et non la défense des intérêts parallèles d'un fabricant et d'un groupe déterminé de commerçants visant à obtenir des prix de vente jugés satisfaisants par ces derniers. L'intérêt des consommateurs impliquerait une concurrence active en matière de prix également au niveau du commerce.

Le Verband attire en particulier l'attention sur les points suivants:

1) Les exigences de contrôles inhérentes au système de distribution SABA ne pourraient être remplies par les entreprises de commerce de gros à libre service, car elles entraîneraient une telle complication du déroulement des affaires que les avantages procurés par la rationalisation de la vente des marchandises selon le système de libre service disparaîtraient.

Contrairement à ce qu'affirme la Commission l'emploi de «l'attestation spéciale d'engagement» (Sonderverpflichtungsschein) serait, du fait des précisions à apporter par l'acheteur final professionnel (indications détaillées sur le but d'utilisation, déclarations quant à la revente à faire par le directeur responsable de l'entreprise, communication préalable à SABA de toutes informations et pièces permettant à SABA de vérifier l'utilisation des produits), trop onéreux pour être envisagé par le commerce de gros à libre service.

L'instauration d'une véritable concurrence sur les prix, par l'annulation de la décision d'exemption dont a bénéficié le système de distribution SABA, n'inciterait pas, comme le soutiendrait, à tort, la Commission, les commerçants spécialisés à se désintéresser des produits SABA pour porter leur préférence sur les produits concurrents. Une décision d'annulation signifierait en effet la condamnation des systèmes de distribution identiques à celui de SABA mis en place par ses concurrents. L'égalité des conditions de concurrence serait assurée.

2) Quant aux obligations rattachées au «contrat de coopération», le Verband estime que ce genre de coopération verticale conduit nécessairement à une restriction de concurrence. Le commerce ne serait pas là pour coopérer avec le fabricant mais pour faire apparaître, au contraire, l'offre la plus favorable sur le marché et la proposer au consommateur.

Il ne serait pas possible pour un grossiste qui pratique la formule du libre service de se préoccuper du développement du réseau de distribution d'un fabricant. Le fait de s'engager à couvrir ses besoins probables pour six mois serait anticoncurrentiel, spécialement lorsque la demande fléchit et inciterait de commerçant à donner la priorité aux produits SABA. De plus, la gestion d'un dépôt serait un facteur de coût important.

Le système de distribution sélective, dans la mesure où il se multiplie, partagerait le marché, rattacherait les commerçants à leurs marques respectives et tendrait à faire disparaître la concurrence par la création de situations locales de monopole.

3) La partie intervenante Verband se réfère au droit des ententes tel que pratiqué aux États-Unis et cite, en ce qui concerne l'importance de la liberté de concurrence au niveau de la distribution, la décision de la Cour suprême du 12 juin 1967 (U.S. v Arnold Schwinn & Co., 388 US, 365, en particulier 382).

4) La partie intervenante Verband fait ensuite connaître son point de vue sur une série de questions posées par la Cour aux parties en litige, avant qu'elle ait demandé à intervenir (voir ci-après sub VIII).

VII — En réponse aux observations du Verband, la Commission s'oppose à l'affirmation selon laquelle elle méconnaîtrait le véritable objet protégé par l'article 85, à savoir l'intérêt du consommateur, et qu'elle protégerait l'intérêt d'un producteur et d'un groupe déterminé de commerçants à obtenir un certain niveau de prix.

Ainsi qu'il ressortirait des points 39 à 43 de la décision attaquée, la Commission n'aurait autorisé les limitations de concurrence rattachées au système de distribution SABA qu'en raison des avantages objectifs réels que le système apporterait au consommateur. La Commission aurait accordé une attention toute particulière à la question de savoir si le système de distribution considéré garantit une concurrence de prix active (décision points 43 et 53). Le prix ne serait toutefois qu'un des facteurs parmi d'autres, qui directement (service au client amélioré, meilleure adaptation aux besoins spécifiques, élargissement de l'éventail des produits offerts) ou indirectement (rationalisation de la distribution) profitent au consommateur. Dans un marché disputé et peu transparent de produits compliqués du point de vue technique et nécessitant un entretien prolongé, le prix ne serait en aucune façon le seul critère déterminant pour le consommateur. En ce qui concerne les mesures imposées aux grossistes en vue d'empêcher la vente aux particuliers et le caractère approprié de ces mesures, la Commission observe:

1) La mesure dans laquelle la marche des affaires de la requérante se trouve compliquée par les mesures de contrôle nécessaires serait plus faible que ne le ferait croire l'intervenante. Ce serait seulement en cas de vente à un utilisateur final professionnel qu'un formulaire (SABA-Sonderverpflichtungsschein) devrait être rempli. Il ne serait pas prévu de formalités particulières pour la remise d'un article à un revendeur.

2) Il ressortirait d'un arrêt du Oberlandesgericht de Hambourg du 16 décembre 1976 que la requérante, ou une de ses filiales, aurait reconnu que, contrairement à ce qu'elle affirme dans la présente affaire, il lui est possible de vérifier si les marchandises achetées sont destinées à une utilisation professionnelle.

3) A la suite d'une lettre adressée par Metro à la Commission, le 12 janvier 1977 (annexe 2a au mémoire du Verband) la Commission aurait invité SABA à modifier le libellé de la «Sonderverpflichtungsschein» notamment de façon à ne pas imposer aux grossistes une obligation de vérification, après la vente, de l'utilisation du produit. Le grossiste devrait uniquement vérifier si la destination indiquée par l'acheteur ressortit au domaine d'activité spécifique de l'établissement commercial en cause, ce qui pourrait se faire à l'aide de la carte d'achat que doit présenter l'acheteur.

4) Quant aux contrats de coopération, la Commission fait observer que SABA aurait récemment modifié leur teneur, de sorte que les grossistes ne seraient plus tenus de conclure les contrats de livraison que pour une durée de quatre mois, au lieu de six. Cette nouvelle version aurait été communiquée à la Commission par lettre du 25 janvier 1977 et serait actuellement examinée par elle.

5) Les obligations d'achat et d'entreposage ne seraient pas si exigeantes que le commerçant spécialisé serait amené à sacrifier la vente de produits concurrents, créant ainsi des «monopoles locaux». Dans la pratique les grossistes SABA distribueraient parallèlement des produits de plusieurs marques, allemandes ou étrangères, malgré la coopération pratiquée depuis plus de dix ans. La répercussion sur les consommateurs des coûts occasionnés par les obligations d'achat et de stockage serait atténuée par les rabais que les grossistes accorderaient, dans le cadre de la concurrence inter-brand (= pour les produits de marques différentes), aux détaillants qui, de leur côté, ne sont pas tenus d'acheter certains types d'appareils.

6) En ce qui concerne la référence à l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire Schwinn, la Commission estime que tant dans les faits que dans l'appréciation juridique d'importantes différences rendraient impraticable toute comparaison avec la présente espèce.

La Commission doute que la Cour puisse ordonner une enquête sur le niveau des prix des produits SABA, car une telle enquête ne pourrait porter que sur les prix actuels. Or, l'objet du litige serait de savoir si la Commission a, dans sa décision du 15 décembre 1975, interprété de façon erronée l'article 85, paragraphe 3, notamment par une appréciation erronée de la concurrence subsistant entre les distributeurs SABA à l'époque de cette décision, c'est-à-dire en 1975.

VIII — Avant la demande d'intervention, introduite par le Verband, alors que la procédure écrite entre les autres parties était arrivée à son terme, la Cour avait prié ces parties de répondre à un certain nombre de questions, dont une première portait sur la recevabilité du recours, compte tenu des articles 173, alinéa 2, du traité CEE et 3, paragraphe 2 b) du règlement n° 17.

La *requérante Metro* estime le recours recevable parce qu'elle est directement et individuellement concernée par la décision d'exemption prise par la Commission. Les conditions définies par l'article 3, paragraphe 2 b) du règlement n° 17 seraient également réunies. Metro serait directement concernée dans la mesure où la décision d'exemption donne à SABA le droit de refuser de livrer à Metro. De plus, la décision litigieuse exposerait Metro à des poursuites judiciaires devant les juridictions allemandes dans la mesure où Metro s'approvisionnerait en produits SABA. Metro serait individuellement concernée du fait qu'elle aurait introduit une réclamation contre la décision d'exemption projetée et qu'elle aurait participé à la procédure administrative conformément à l'article 19, paragraphe 2, du règlement n° 17. Les mêmes motifs justifieraient la recevabilité du recours au regard du règlement n° 17.

La *partie intervenante Verband* abonde dans le même sens.

La *Commission* est, elle aussi, d'avis que le recours est recevable.

Les actes contre lesquels le recours en annulation aurait, suivant la jurisprudence de la Cour, été déclaré irrecevable, motif pris de ce que la requérante n'était pas individuellement concernée, auraient tous été de nature impérative et normative, soit directement, s'agissant de règlements du Conseil ou de la Commission, soit indirectement, par le biais de décisions adressées aux États membres et autorisant ou obligeant ceux-ci à arrêter des dispositions normatives. La décision attaquée, par contre, porterait sur une mesure relevant exclusivement du droit privé à savoir la détermination de la politique de vente d'une entreprise sous la forme d'accords types passés avec ses partenaires sur le marché. Ce type de décisions ne pourrait être mis sur le même pied que les actes portant sur l'adoption de réglementations de droit public et cette différence devrait également se traduire dans l'étendue de la protection juridique offerte aux personnes concernées. Une décision de la Commission exemptant un système de distribution contiendrait un élément individuel important à l'égard des commerçants concernés dans la mesure où les critères d'admission au système de distribution exemptés font l'objet de conventions conclues entre le fabricant et les commerçants, ou donnent au fabricant la possibilité de refuser aux commerçants ne satisfaisant pas à ces critères la conclusion de telles conventions individuelles.

La Commission observe enfin qu'un contrôle de la Cour de justice sur les décisions d'exemption serait pratiquement exclu si les tiers concernés ne pouvaient attaquer lesdites décisions, les destinataires des décisions n'ayant généralement aucun intérêt à les attaquer. À cela, s'ajou-

terait la circonstance qu'une fois prise la mesure d'exemption, les tiers concernés ne pourraient plus non plus faire valoir la nullité de la restriction de concurrence devant les tribunaux nationaux, étant donné que les tribunaux seraient liés par les décisions d'exemption de la Commission. Un contrôle ne pourrait, dès lors, être envisagé que dans le cadre d'une demande de décision préjudicielle.

On ne pourrait se fonder sur l'existence de la procédure prévue à l'article 19, paragraphes 2 et 3 du règlement n° 17, pour nier la nécessité d'une possibilité de recours indépendante contre la décision d'exemption. Cette procédure ne concernerait que le droit à présenter des observations et ne permettrait pas un contrôle de la décision.

Pour apprécier si le recours est recevable en l'espèce, il s'agirait de savoir si la requérante est concernée directement et individuellement par la décision d'exemption qui impliquerait le rejet partiel de sa demande déposée en vertu des dispositions de l'article 3, paragraphe 2, b) du règlement n° 17. La Cour aurait certes déjà rejeté comme irrecevable le recours formé dans des cas où la Commission avait refusé d'accéder à une demande de la requérante: pour la recevabilité d'un tel recours l'élément déterminant résiderait dans la nature juridique de l'acte souhaité mais refusé (CJ 8. 3. 1972, affaire 42-71, Nordgetreide/Commission, Recueil, 110; CJ 1. 3. 1966, affaire 48-65, Lütticke, Recueil, 28; CJ 18. 11. 1970, affaire 15-70, Chevalley, Recueil, 1975).

Dans toutes ces affaires la demande portait sur l'adoption d'un acte non obligatoire ou d'un acte normatif, c'est-à-dire sur l'adoption d'un acte non attaquable, de sorte que le recours devrait être considéré comme irrecevable.

Dans la présente affaire la situation serait différente. La demande de la requérante était fondée sur l'article 3, paragraphe 2, b) du règlement n° 17, habilitant les personnes justifiant d'un intérêt légitime à une décision de la Commission visant à constater ou à mettre fin à une infraction à présenter une demande. En présentant celle-ci la requérante serait intervenue dans la procédure d'autorisation déjà en cours. La procédure ouverte par la plainte aurait été mise en œuvre dans toutes ses phases. Les deux procédures auraient été closes quant au fond par la décision d'exemption attaquée, dans le cadre de laquelle la plainte aurait été partiellement prise en compte et partiellement rejetée.

La décision attaquée toucherait la requérante *individuellement* en raison «de faits particuliers qui la caractérisent par rapport à toutes les autres personnes et, de ce fait, l'individualisent de manière analogue au destinataire». SABA ayant effectivement mis en pratique son système de distribution dans sa forme exemptée, cela suffirait pour considérer Metro comme *directement* concernée.

La *partie intervenante SABA* considère que l'article 3, paragraphe 2, b), du règlement n° 17 ne saurait être invoqué pour écarter l'irrecevabilité du recours, Metro n'étant pas «concernée» par la décision attaquée.

IX — En réponse à la question de savoir quels éléments du système de distribution SABA ont bénéficié d'une attestation négative et quels autres bénéficient d'une exemption ex article 85, paragraphe 3, la Commission précise que l'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, vaudrait pour l'ensemble des accords sur lesquels repose le système de distribution SABA. Aucune disposition particulière des accords visés ne ferait l'objet de la délivrance d'une attestation négative ou d'une exemption. Seules les conditions de vente pour le marché intérieur qui ne constitueraient pas un élément du système de distribution SABA proprement dit, feraient l'objet d'une attestation négative.

X — La Cour ayant prié la Commission d'indiquer si son accord pour que soit

maintenue, dans le système de distribution SABA, l'interdiction pour les grossistes allemands de livrer à des consommateurs finals institutionnels, était inspiré par sa volonté de respecter la législation allemande en la matière ou par un autre motif, la défenderesse répond que sa décision sur ce point n'est pas fondée sur une disposition allemande, aucune disposition de ce droit n'interdisant aux grossistes de fournir les consommateurs finals à caractère d'institution. Si, sur ce point, la décision attaquée fait un sort différent aux grossistes allemands à qui cette interdiction est imposée et aux concessionnaires étrangers de SABA qui en sont exempts, cela serait simplement dû au fait que SABA n'avait pas de raison d'interdire des livraisons sautées à ses concessionnaires étrangers.

XI — La Cour a prié la Commission de faire connaître son point de vue sur les conséquences pour la concurrence de l'utilisation par d'autres producteurs du même secteur de systèmes de distribution similaires à celui mis en place par SABA.

Selon la Commission le système de distribution SABA comporte, en premier lieu, l'obligation de passer par le commerce spécialisé ce qui entraîne des exigences minimales à satisfaire par les distributeurs (connaissances professionnelles, aménagement des locaux de vente, service à la clientèle, participation au développement du réseau). Ces éléments se retrouveraient dans presque tous les systèmes de distribution et ne violeraient pas l'article 85. Les obligations particulières, par contre, allant au-delà d'une simple obligation de passer par le commerce spécialisé (pour les grossistes: conclusion de contrats semestriels de livraison, réalisation d'un chiffre d'affaires satisfaisant; pour les détaillants: obligation d'offrir un assortiment de produits SABA aussi complet que possible, de réaliser un chiffre d'affaires satisfaisant en produits SABA et de maintenir un stock de produits SABA correspondant au chiffre d'affaires) ne se retrouveraient pas en aussi grande quantité dans les systèmes de distribution d'autres fabricants. Il ne serait donc pas exact que les principaux autres fabricants de produits de l'électronique de divertissement ont établi des systèmes de distribution analogues à celui pratiqué par SABA.

Il serait indéniable que le système de distribution SABA lie assez fortement les distributeurs au producteur. Cela répond à l'objectif que poursuit SABA, qui vise à assurer la participation active des distributeurs à l'écoulement de ses produits. Toutefois, les obligations que SABA impose à ses distributeurs ne lieraient pas ceux-ci à un point tel qu'ils ne peuvent plus contracter des obligations analogues vis-à-vis d'autres fabricants. Théoriquement, il n'est certes pas exclu qu'une accumulation de systèmes de distribution aussi rigoureux que celui de SABA puisse donner lieu, par exemple, à un renforcement de la spécialisation des distributeurs dans le sens d'une réduction du nombre des marques offertes par ceux-ci.

Jusqu'ici en tout cas, les systèmes de distribution des différents fabricants seraient très différents les uns des autres, car ils reposent sur des positions sur le marché et sur des stratégies d'écoulement différentes. Actuellement, on ne peut encore dire avec suffisamment de certitude si les différents systèmes de distribution vont converger. Mais même si cela devait être le cas et si cela devait mener à une spécialisation plus poussée des distributeurs, cela n'aboutirait pas nécessairement, de l'avis de la Commission, à une réduction de la concurrence entre produits de marques différentes au niveau de la distribution, mais peut-être même à un renforcement de cette concurrence, car les distributeurs devraient en même temps intensifier leurs efforts pour écouler les autres marques.

XII — Enfin, interrogée sur le point de savoir si elle acceptait l'affirmation de SABA, selon laquelle elle vend en géné-

ral — notamment les produits de l'électronique de divertissement — à un prix inférieur à celui pratiqué par les détaillants spécialisés mais supérieur à celui pratiqué par les grossistes spécialisés, la requérante répond en contestant cette allégation et en affirmant que ses prix de vente se situent à un niveau inférieur à ceux du commerce de gros spécialisé pour tout l'éventail des produits et qu'il en va, en principe, de même pour les produits de l'électronique de divertissement.

Attendu que les parties ont été entendues en leurs plaidoiries à l'audience publique du 10 mai 1977;

Attendu que l'avocat général a présenté ses conclusions à l'audience du 9 juin 1977.

En droit

1 Attendu que le recours introduit par la firme Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG (ci-après Metro) et parvenu le 11 mars 1976 au greffe de la Cour tend, en premier lieu, à l'annulation de la décision de la Commission du 15 décembre 1975 (JO n° L 28 du 3. 2. 1976, p. 19) relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité concernant le système de distribution sélective mis en œuvre par la société Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt, August Schwer und Söhne GmbH (ci-après SABA) pour la commercialisation dans le marché commun des appareils de l'électronique de divertissement de sa marque;

que le recours tend, en second lieu, à l'annulation du refus, exprimé par la Commission dans sa lettre du 14 janvier 1976, de revenir sur sa décision du 15 décembre 1975 pour tenir compte d'objections, présentées à nouveau par la requérante qui avait cependant déjà eu l'occasion de les faire valoir au cours de l'audition des intéressés et des tiers à laquelle la Commission avait procédé, conformément à l'article 19 du règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962 et au règlement n° 99/63 de la Commission du 25 juillet 1963, avant de prendre la décision attaquée;

que par l'article 1er de cette décision il est reconnu que les conditions de vente pour le marché intérieur (édition de mai 1972), arrêtées par SABA, ne tombent pas sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité tandis que, par l'article 2, la Commission décide que les autres dispositions du système de distribution concerné bénéficient d'une exemption au sens de l'article 85, paragraphe 3;

2 attendu que, bien que le recours tende à l'annulation de l'ensemble de la décision attaquée, l'examen des moyens soulevés révèle que ceux-ci ne mettent en cause que la légalité du seul article 2 de cette décision;

Sur la recevabilité

a) Quant à la lettre du 14 janvier 1976

3 Attendu que la Commission a contesté la recevabilité du recours en tant qu'il est dirigé contre le refus exprimé dans sa lettre du 14 janvier 1976;

4 attendu que ce refus a un caractère purement confirmatif de la décision du 15 décembre 1975 et que son annulation se confondrait avec celle de cette décision, de sorte que le recours doit, sur ce second point, être considéré comme sans objet et, partant, irrecevable;

b) Quant à la décision du 15 décembre 1975

5 Attendu que SABA, qui intervient au litige en vue de soutenir les conclusions de la Commission, estime que le recours est irrecevable, Metro n'étant pas directement et individuellement concernée par la décision qu'elle attaque;

6 attendu que, selon l'article 173, alinéa 2, du traité, «les personnes physiques ou morales peuvent former un recours en annulation contre les décisions dont elles sont le destinataire, ou contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, les concernent directement et individuellement»;

que Metro n'étant pas le destinataire de la décision attaquée, il y a lieu d'examiner si celle-ci la concerne directement et individuellement;

7 attendu que Metro exploite une entreprise de commerce de gros, dit en libre service, dans une trentaine d'établissements, en république fédérale d'Allemagne, ainsi que dans certains autres États membres;

que cette forme de distribution, qui la met en concurrence, notamment avec les grossistes spécialisés, consiste à s'approvisionner en gros chez les producteurs, pour une large gamme de produits alimentaires (rayon food) et autres (rayon non food) en vue de la revente, en ordre principal, soit à des détaillants aux fins de la revente par ceux-ci, soit à des exploitants d'entreprises commerciales, artisanales ou industrielles en vue de l'utilisation des marchandises achetées dans leur établissement à des fins professionnelles, soit enfin en vue de la vente à des utilisateurs finals privés qualifiés d'«institutionnels», étant

cependant entendu que cette dernière fonction fait l'objet de contestations entre parties;

que Metro distribue ces produits par le système dit «cash and carry», selon lequel les acheteurs s'approvisionnent sur les lieux de vente en marchandises qui sont stockées de façon à permettre un enlèvement rapide par le dient lui-même, présentées de façon rudimentaire et payées au comptant, d'où résulteraient des compressions de prix et la possibilité de se contenter de marges bénéficiaires plus réduites que celles du commerce de gros traditionnel;

qu'ainsi cette forme de distribution est caractérisée à la fois par des méthodes de vente spéciales et par la nature de la clientèle à laquelle le grossiste s'adresse;

8 attendu que la requérante, ayant demandé à SABA de l'admettre en qualité de grossiste pour la distribution d'appareils de l'électronique de divertissement, s'est vu opposer un refus parce qu'elle n'était pas disposée à accepter un certain nombre des conditions auxquelles SABA subordonne l'agréation en qualité de grossiste SABA, conditions qui, selon la requérante, seraient inconciliables avec la structure du commerce de gros en libre service telle qu'elle le pratiquerait;

que tel aurait été notamment le cas de l'interdiction faite aux grossistes SABA de livrer des appareils SABA à des utilisateurs finals professionnels, c'est-à-dire à des commerçants ou artisans n'appartenant pas à la branche de l'électronique mais qui utilisent les appareils achetés dans leur établissement à des fins professionnelles, ainsi que de l'interdiction de livrer aux utilisateurs finals «institutionnels» et également des obligations imposées aux grossistes par le contrat de coopération qui les lie à SABA;

que, selon la partie intervenante SABA, par contre, ces conditions seraient compatibles avec l'activité de Metro dont le refus s'expliquerait, plutôt, par une politique de vente visant à confondre dans sa personne le rôle d'un grossiste et celui d'un détaillant, ce que SABA ne pourrait admettre, compte tenu de la structure de son système de distribution qui séparerait nettement les deux fonctions, en conformité, affirme-t-elle, avec les exigences de la législation fédérale allemande;

9 qu'à raison du refus qui lui a été opposé la requérante a déposé, les 7 et 9 novembre 1973, entre les mains de la Commission, conformément à l'article 3,

paragraphe 2, b) du règlement n° 17, une demande visant à faire constater que le système de distribution mis en œuvre par SABA constituait une infraction aux articles 85 et 86 du traité et à obliger SABA d'y mettre fin;

10 que de son côté, SABA avait en 1962, 1963, 1969 et 1972, en vue de l'obtention d'une attestation négative au sens de l'article 2 du règlement n° 17, ou d'une déclaration d'exemption au sens des articles 85, paragraphe 3 du traité, et 6 du règlement n° 17, notifié à la Commission ses conditions de vente pour le marché intérieur, les accords de concession exclusive qu'elle conclut avec des entreprises établies dans d'autres États membres, les «attestations d'engagement de distribution imposée» qu'elle fait souscrire à ses distributeurs, grossistes et détaillants, en république fédérale d'Allemagne et les «attestations d'engagement pour la CEE des grossistes SABA et des détaillants spécialisés SABA»;

que le 22 juillet 1974, après la réclamation introduite par Metro, SABA a également notifié le contrat type de coopération qu'elle impose aux grossistes agréés par elle;

11 que la Commission, considérant que Metro faisait valoir un intérêt légitime à la constatation d'une infraction éventuelle, a instruit les demandes, tant de Metro que de SABA;

qu'après avoir, dans un premier stade, communiqué à Metro qu'elle estimait ne pouvoir donner une réponse favorable à sa plainte, tout en l'invitant, par télex du 6 décembre 1974, conformément à l'article 6 du règlement n° 99/63, à lui présenter ses observations, elle a, suite aux observations présentées par la requérante et à l'audition de celle-ci, partiellement modifié son point de vue et obligé SABA à éliminer des engagements qu'elle impose aux grossistes notamment l'interdiction de vente aux utilisateurs finals professionnels;

qu'après que SABA eut accepté, parmi d'autres, cette modification, la Commission a pris la décision attaquée, qui maintient cependant, sur divers points, les particularités du système de distribution critiquées par la requérante au cours de la procédure administrative;

12 que Metro, estimant que le système de distribution ainsi approuvé maintenait des obstacles illégitimes à son admission en qualité de grossiste de SABA, a introduit le présent recours;

13 attendu qu'il résulte des faits ci-dessus relevés que la décision attaquée a été rendue notamment à la suite d'une réclamation introduite par Metro et qu'elle se prononce sur les dispositions du système de distribution SABA que cette entreprise a opposées et continue d'opposer à Metro pour justifier son refus de vente et d'agréation comme grossiste et que la requérante avait pour ce motif incriminées dans sa réclamation;

qu'il est de l'intérêt à la fois d'une bonne justice et d'une exacte application des articles 85 et 86 que les personnes physiques ou morales qui sont, en vertu de l'article 3, paragraphe 2, b) du règlement n° 17, habilitées à demander à la Commission de constater une infraction auxdits articles 85 et 86, puissent, s'il n'est pas fait droit, en tout ou en partie, à leur demande, disposer d'une voie de recours destinée à protéger leurs intérêts légitimes;

que dans ces conditions la requérante doit être considérée comme étant directement et individuellement concernée, au sens de l'article 173, alinéa 2, par la décision litigieuse et que le recours est dès lors recevable;

Sur le fond

14 Attendu que, selon la requérante, la Commission aurait, en édictant la décision litigieuse, violé, à la fois l'article 85, paragraphe 3, du traité en accordant le bénéfice d'une exemption de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, alors que les conditions de pareille exemption n'étaient pas réunies, et l'article 86 du traité en autorisant un abus de position dominante;

15 attendu qu'il ne saurait y avoir lieu à application de l'article 86 du traité que si SABA dispose d'une position dominante, de sorte qu'il y a lieu d'examiner en premier lieu si tel est le cas;

I — En ce qui concerne l'existence d'une position dominante

16 Attendu que à l'appui de son allégation selon laquelle SABA disposerait d'une position dominante sur le marché de l'électronique de divertissement en république fédérale d'Allemagne, la requérante fait valoir que dans cet État membre dix producteurs s'occuperaient activement de la fabrication d'appareils de l'électronique de divertissement, mais que six d'entre eux détiennent des parts qui ensemble constituent l'essentiel du marché, dont SABA, qui, dans le domaine de la télévision en couleurs, aurait une part supérieure à la moyenne en produisant quotidiennement mille appareils;

qu'elle ajoute qu'à raison de leur haute qualité les appareils SABA sont, malgré leur prix, recherchés par la clientèle de sorte que tout distributeur devrait, dans l'éventail des produits qu'il offre, pouvoir présenter des appareils SABA sous peine de se trouver dans une position concurrentielle défavorable;

17 attendu que, selon les éléments produits par la Commission et non contestés par la requérante, vingt-six producteurs allemands seraient présents sur le marché de l'électronique de divertissement dont huit, parmi lesquels SABA, détiennent environ 90 % du marché, la part de SABA se situant entre 5 et 10 %;

qu'en ce qui concerne en particulier les appareils de télévision dont le chiffre de production quotidienne est invoqué par la requérante à l'appui de ses dires, il ressort des données fournies par la Commission pour 1975 et acceptées par la requérante comme représentatives que huit producteurs couvrent 91 % du marché allemand, dont un dépasse 25 %, trois 10 % tandis que les quatre autres, dont SABA, ont des parts de marché de 7 ou 6 %;

qu'il suit de ces données que, même s'il fallait — ce qui n'a été ni allégué ni à plus forte raison démontré — considérer le marché des appareils de télévision en couleurs comme le marché à prendre en considération, plutôt que celui de l'ensemble des produits de l'électronique de divertissement, il s'agit de parts de marché relativement modestes;

que si la part de marché détenue par une entreprise ne constitue pas nécessairement le seul critère de l'existence d'une position dominante on peut cependant conclure à bon droit que des parts de marché aussi réduites que celles détenues par SABA excluent, sauf circonstances particulières, dans un marché de produits hautement techniques, mais aisément interchangeables aux yeux de la grande masse des acheteurs, l'existence d'une position dominante;

qu'il en est d'autant plus ainsi qu'il est constant qu'entre les différents producteurs règne une vive concurrence;

que la circonstance que la qualité du produit en cause doit inciter les distributeurs à le comprendre dans la gamme qu'ils offrent ne constitue pas, en soi, un élément susceptible de permettre au producteur d'agir dans une mesure notable sans devoir tenir compte de l'attitude de ses concurrents et, par conséquent, de lui assurer une position dominante, mais constitue un moyen de concurrence parmi d'autres;

qu'il en est de même de la circonstance, invoquée par la requérante et l'intervenante Verband des Selbstbedienungs-Großhandels (ci-après SB-Verband), que d'autres producteurs de l'électronique de divertissement auraient adopté ou s'apprêteraient à adopter des systèmes de distribution sélective analogues à celui approuvé par la Commission dans la décision attaquée;

que cette circonstance est de nature à être, éventuellement, prise en considération pour l'appréciation de la conformité du système litigieux avec l'article 85 du traité mais ne saurait avoir pour effet, dans les circonstances de l'espèce, de transformer la position de SABA sur le marché concerné en une position dominante;

18 que SABA n'étant pas dans une position dominante au sens de l'article 86 du traité CEE, cette disposition ne saurait trouver application à son égard, de sorte que le recours, pour autant qu'il est fondé sur sa violation, doit être rejeté;

II — En ce qui concerne l'application de l'article 85

19 Attendu que, selon la requérante, l'article 2 de la décision attaquée serait entaché de détournement de pouvoir en ce que la Commission aurait méconnu «ce qui fait l'objet de la protection instaurée par l'article 85 (à savoir) la liberté de concurrence au profit du consommateur et non la défense des intérêts parallèles d'un fabricant et d'un groupe déterminé de commerçants, visant à obtenir des prix de vente jugés satisfaisants par ces derniers»;

qu'en outre, pour le cas où le système de distribution litigieux devrait être considéré comme susceptible de bénéficier d'une exemption d'interdiction par application de l'article 85, paragraphe 3, la requérante soutient que la Commission a fait une application inexacte de cette disposition en faisant bénéficier de l'exemption des restrictions de concurrence qui ne seraient pas indispensables pour atteindre les objectifs d'amélioration de la production ou de la distribution ou de promotion du progrès technique et économique et qui aboutiraient à éliminer la concurrence des grossistes en libre service;

A — En ce qui concerne l'existence d'un détournement de pouvoir

20 Attendu que la concurrence non faussée visée aux articles 3 et 85 du traité CEE implique l'existence sur le marché d'une concurrence efficace (workable competition), c'est-à-dire de la dose de concurrence nécessaire pour que

soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs du traité et, en particulier, la formation d'un marché unique réalisant des conditions analogues à celles d'un marché intérieur;

que cette exigence admet que la nature et l'intensité de la concurrence puissent varier en fonction des produits ou services en cause et de la structure économique des marchés sectoriels concernés;

que, notamment, dans le secteur de la production de biens de consommation durables, de haute qualité et technicité, dans lequel un nombre relativement restreint de producteurs, grands et moyens, offre une gamme variée d'appareils aisément interchangeables, en tout cas aux yeux des consommateurs, la structure du marché ne s'oppose pas à l'existence de canaux de distribution différenciés adaptés aux caractéristiques propres des différents producteurs et aux besoins des différentes catégories de consommateurs;

que dans cette perspective la Commission a, à juste titre, reconnu que des systèmes de distribution sélective constituaient, parmi d'autres, un élément de concurrence conforme à l'article 85, paragraphe 1, à condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations, que ces conditions soient fixées d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliquées de façon non discriminatoire;

21 attendu qu'il est exact que, dans ces systèmes de distribution, l'accent n'est généralement pas mis de façon exclusive ni même principale sur la concurrence par les prix;

qu'il en est notamment ainsi lorsque, comme en l'espèce, l'accès au réseau de distribution est subordonné à des conditions allant au-delà des nécessités d'une distribution des produits conforme à la nature de ceux-ci;

que la concurrence par les prix, pour importante qu'elle soit — de sorte qu'elle ne peut jamais être éliminée — ne constitue toutefois pas la seule forme efficace de concurrence ni celle à laquelle doit, en toutes circonstances, être accordée une priorité absolue;

que les compétences octroyées à la Commission par l'article 85, paragraphe 3, démontrent que les nécessités du maintien d'une concurrence efficace peuvent être conciliées avec la sauvegarde d'objectifs de nature différente, et que, dans ce but, certaines restrictions de concurrence sont admissibles lorsqu'elles

sont indispensables à la réalisation de ces objectifs et n'aboutissent pas à éliminer la concurrence pour une partie substantielle du marché commun;

que la préoccupation, s'agissant de grossistes et détaillants spécialisés, de maintenir un certain niveau de prix correspondant à celle du maintien, dans l'intérêt du consommateur, de la possibilité pour ce canal de distribution de subsister à côté de formes de distribution nouvelles axées sur une politique concurrentielle de nature différente, rentre dans le cadre des objectifs qui peuvent être poursuivis sans tomber nécessairement sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, et, si tel était en tout ou en partie le cas, dans le cadre de l'article 85, paragraphe 3;

que tel est, d'autant plus, le cas si ces conditions contribuent, en outre, à une amélioration de la concurrence pour autant qu'elle porte sur d'autres éléments que le prix;

22 attendu que les chiffres avancés, de part et d'autre, en ce qui concerne l'existence d'une concurrence dans les prix entre les distributeurs SABA, s'ils aboutissent à constater une certaine rigidité dans la structure des prix, ne permettent cependant pas, en raison notamment de l'existence à la fois d'autres facteurs de concurrence entre produits d'une même marque (intra-brand) et de l'existence d'une concurrence effective entre marques différentes, de conclure à une restriction ou une élimination de la concurrence dans le secteur de l'électronique de divertissement;

qu'il appartiendra cependant à la Commission de veiller à ce que la rigidité de cette structure ne soit pas renforcée, ce qui pourrait se produire dans l'hypothèse d'une multiplication de réseaux de distribution sélective pour la commercialisation d'un même produit;

qu'en n'accordant l'exemption sollicitée que pour un délai expirant le 21 juillet 1980, la Commission s'est réservé la possibilité de réexaminer dans des délais raisonnables les conséquences de sa décision à cet égard;

que, dans ces conditions, le moyen tiré de l'existence d'un détournement de pouvoir doit être rejeté;

B — En ce qui concerne l'application de l'article 85, paragraphe 3

23 Attendu qu'à cet égard les griefs de la requérante portent en substance sur quatre points à savoir:

a) l'obligation faite aux distributeurs SABA — grossistes et détaillants — de veiller à ce que les revendeurs qu'ils fournissent en appareils SABA soient des distributeurs agréés, et d'effectuer à cet égard un certain nombre de contrôles;

b) l'interdiction faite aux grossistes SABA en république fédérale d'Allemagne de livrer à des consommateurs finals dits «institutionnels»;

c) l'obligation pour ces mêmes grossistes lorsqu'ils livrent à des consommateurs finals dits «professionnels» de veiller à ce que ceux-ci affectent les appareils achetés exclusivement à des fins de rentabilité de leur entreprise à l'exclusion de tout usage privé;

d) l'obligation faite aux grossistes de coopérer au développement du réseau SABA en concluant avec celle-ci des plans d'achat convenus pour chaque semestre;

que, selon la requérante, ces éléments constituent des restrictions de concurrence que la Commission fait bénéficer de l'exemption visée à l'article 85, paragraphe 3, bien qu'elles ne soient pas indispensables pour atteindre, dans le cas d'espèce, les objectifs de cette disposition et qui, en outre, compromettent l'existence d'autres canaux de distribution tels les grossistes en libre service — fondés sur une politique concurrentielle différente;

24 attendu qu'avant d'aborder l'examen de ces griefs il y a lieu d'observer que, selon la Commission, si les dispositions du système de distribution sélective visé à l'article 2 de la décision attaquée ont, dans leur ensemble, fait l'objet d'une exemption en vertu de l'article 85, paragraphe 3, il ne s'ensuit pas, pour autant, que chacun des éléments de ce système est incompatible avec l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1;

qu'au contraire, il résulterait, tant des motifs de la décision attaquée que des précisions apportées au cours de la procédure orale, que seuls certains de ces éléments constitueraient des restrictions de concurrence pour lesquelles l'octroi d'une exemption était nécessaire;

que, selon la défenderesse, ne constituent pas des restrictions de concurrence: a) les conditions d'agréation en qualité de distributeur qui sont relatives à la qualification professionnelle des distributeurs, aux connaissances techniques du personnel de vente, à la participation des grossistes SABA au développement du réseau de distribution au service de la clientèle et à l'aménagement des locaux de vente (Décision n° 28) et b) l'interdiction de livrer à des consommateurs finals dits «institutionnels» (Décision n° 34);

que, par contre, tomberaient sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, mais seraient susceptibles de bénéficier d'une exemption, l'obligation imposée aux distributeurs de vérifier si les revendeurs auxquels ils livrent sont agréés par SABA et celle de porter sur un registre les appareil vendus, leur numéro ainsi que le nom des acheteurs (Décision n° 11, lettres b et c et n° 29) ainsi que les obligations imposées par les contrats de coopération (Décision n° 29);

25 attendu qu'il y a lieu d'examiner pour chacun des éléments contestés par la requérante, si la Commission les a exactement qualifiés en ce qui concerne l'application ou la non-application à leur égard de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, et, dans le cas où ils tombent sous cette interdiction, si la Commission, en les faisant bénéficier de l'article 85, paragraphe 3, a fait une exacte application de cette dernière disposition;

1) En ce qui concerne l'obligation faite aux distributeurs SABA de n'approvisionner en vue de la revente que des grossistes ou détaillants agréés

26 Attendu que la requérante fait valoir que l'obligation faite aux grossistes de vérifier personnellement, avant de livrer à un revendeur, si celui-ci a été effectivement agréé par SABA, notamment en portant sur un registre et en contrôlant rigoureusement les numéros de tous les appareils SABA livrés, avec la date de vente et le nom de l'acheteur, irait au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer le maintien d'un réseau sélectif et constituerait une obligation incompatible avec la structure du commerce de gros en libre service;

27 attendu que tout système de commercialisation fondé sur une sélection des points de distribution implique nécessairement, à peine de n'avoir aucun sens, l'obligation, pour les grossistes faisant partie du réseau, de n'approvisionner que des revendeurs agréés et, partant, la possibilité pour le producteur intéressé de contrôler l'observation de cette obligation;

que les obligations acceptées en matière de contrôle, tant qu'elles ne dépassent pas le but recherché, ne sauraient constituer par elles-mêmes une restriction de concurrence mais forment l'accessoire de l'obligation principale, dont elles contribuent à assurer l'application;

que la Commission a pu estimer que les obligations imposées à cet égard par l'attestation d'engagement ne dépassent pas les nécessités d'un contrôle approprié et constituent une charge normale pour un grossiste, l'identification des

détaillants approvisionnés et des produits fournis, lorsqu'il s'agit de biens de consommation durables, correspondant à une exigence normale de l'exploitation d'un commerce de gros;

qu'ainsi, ne dépassant pas ce qui est nécessaire pour atteindre leur objectif, ces obligations de contrôle, dans la mesure où elles visent à assurer le respect des conditions d'agréation en ce qui concerne les critères de qualification professionnelle, échappent au champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, tandis que, dans la mesure où elles garantissent le respect d'obligations plus contraignantes, elles tomberont sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, sauf à bénéficier, le cas échéant, ensemble avec l'obligation principale qu'elles accompagnent, de l'exemption de l'article 85, paragraphe 3;

que la conformité au traité des obligations ci-dessus visées dépend, dès lors, de l'appréciation qu'il y a lieu de porter sur les autres éléments critiqués par la requérante;

2) En ce qui concerne l'interdiction de livraisons sautées aux utilisateurs finals institutionnels

28 Attendu que la Commission, tout en obligeant SABA à renoncer à imposer aux grossistes l'interdiction de livrer à des utilisateurs finals professionnels, a admis le maintien de l'interdiction de livrer à des consommateurs privés, en ce compris les gros utilisateurs finals dits «institutionnels» tels que écoles, hôpitaux, casernes, administrations, et autres clients de même nature;

que la Commission considère que cette limitation du champ d'activité des grossistes, outre qu'elle serait conforme aux prescriptions de la législation allemande, ne constitue pas une restriction de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, parce qu'elle correspondrait à la séparation des fonctions de grossiste et de détaillant et que, à défaut de pareille séparation, les premiers profiteraient d'un avantage concurrentiel injustifié par rapport aux seconds, lequel avantage concurrentiel, non conforme aux prestations fournies, ne serait pas protégé par l'article 85;

29 attendu qu'il est constant que plusieurs États membres ont édicté des statuts légaux, impliquant des obligations et des charges, notamment sociales et fiscales, différentes pour le commerce de détail et le commerce de gros, de telle sorte que la concurrence serait faussée si les grossistes, dont les charges sont en général proportionnellement plus légères à raison même du stade de commercialisation auquel ils opèrent, faisaient aux détaillants une concurrence au

stade de la distribution au détail, et notamment de l'approvisionnement des utilisateurs privés;

qu'en estimant que cette séparation des fonctions est, en principe, conforme à l'exigence d'une concurrence non faussée, la Commission n'a pas violé l'article 85, paragraphe 1;

que la requérante ne conteste d'ailleurs pas ce point de vue, et affirme même que son système de vente est organisé de façon à respecter cette distinction, mais soutient que la livraison directe à des consommateurs finals importants dits «institutionnels» est comprise dans la fonction du grossiste;

qu'elle invoque à cet égard les termes de l'article 2, paragraphe 2, de la directive du Conseil du 25 février 1964 concernant la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services pour les activités relevant du commerce de gros, selon lesquels: «au sens de la présente directive exerce une activité relevant du commerce de gros toute personne physique ou morale qui, à titre habituel et professionnel, achète des marchandises en son propre nom et pour son propre compte, et les revend soit à d'autres commerçants, grossistes ou détaillants, soit à des transformateurs, soit à des utilisateurs professionnels ou utilisateurs importants».

30 attendu que cette directive donne une définition de la fonction de grossiste en vue de l'application des règles du traité relatives à la liberté d'établissement et la libre prestation des services, mais ne saurait être interprétée comme visant à régler les problèmes de concurrence visés à l'article 85;

que si, à coup sûr, pour de nombreux produits, tels ceux de l'alimentation, certains utilisateurs privés, telles les institutions, sont amenés à acheter des quantités importantes, leur caractère institutionnel n'implique pas qu'elles possèdent la qualité d'utilisateurs importants pour n'importe quelle sorte de produits;

qu'en estimant que, pour les produits fabriqués par SABA, il ne fallait pas faire de distinction entre les différentes sortes d'utilisateurs finals non professionnels, la Commission n'a pas excédé son pouvoir d'appréciation en la matière;

qu'il en est d'autant plus ainsi qu'il incomberait, en tout état de cause, à la requérante de démontrer que dans le secteur de l'électronique de divertissement, elle est ou a été approchée, par des consommateurs privés non professionnels de caractère institutionnel en vue de livraisons importantes, mais

qu'elle n'a apporté, à l'appui de son affirmation à cet égard, aucun élément de preuve;

3) En ce qui concerne l'obligation faite aux grossistes lorsqu'ils approvisionnent des utilisateurs finals professionnels de veiller à ce que les appareils SABA achetés seront utilisés à des fins professionnelles

31 Attendu que selon le numéro 15 de la décision attaquée «aux termes de l'attestation d'engagement de distribution imposée des grossistes SABA (point 2, paragraphe 2), il est en outre interdit aux grossistes SABA allemands de livrer, sur le territoire de la république fédérale d'Allemagne et à Berlin-Ouest, des appareils SABA à des consommateurs finals, sauf si ceux-ci:

— peuvent fournir la preuve qu'ils exploitent une entreprise industrielle ou commerciale,

— n'utilisent des produits SABA qu'à des fins professionnelles susceptibles de servir la rentabilité de l'entreprise, et souscrivent une déclaration prescrite par SABA garantissant le respect de cette obligation, prouvant de façon objective les fins professionnelles précitées et excluant toute autre utilisation et toute aliénation ultérieure»;

32 qu'il ressort de ces considérations que la Commission, au cours de la phase administrative du litige, a reconnu, conformément à la thèse de Metro, que l'interdiction faite aux grossistes SABA de vendre à des détaillants n'appartenant pas au secteur de l'électronique de divertissement, mais désireux d'acheter des appareils SABA en vue de les utiliser à des fins professionnelles dans leur entreprise, n'était pas conforme à l'article 85, paragraphe 1, et ne devait pas bénéficier d'une exemption en vertu de l'article 85, paragraphe 3;

que cette élimination d'une restriction indue de la concurrence doit cependant se concilier avec le respect de l'interdiction aux grossistes de livrer à des utilisateurs finals en vue de la satisfaction de leurs besoins privés;

que, dès lors, le producteur est en droit de contrôler le respect de cette obligation, nécessaire au maintien de la structure de son système de distribution en deux stades, sous peine de ne pouvoir exiger des détaillants qu'il agrée les prestations nécessaires au bon fonctionnement d'un système de distribution sélective;

que la requérante affirme, sans cependant apporter des éléments de preuve convaincants, que les obligations de contrôle prévues, à cet égard, par les

attestations d'engagement sont incompatibles avec les exigences d'un commerce de gros en libre service et contribueraient ainsi à éliminer cette forme de concurrence;

33 attendu que, selon les renseignements fournis par la requérante elle-même, le commerce de gros en libre service est essentiellement fondé sur la circonstance que l'accès aux surfaces de vente est exclusivement réservé aux titulaires d'une carte d'acheteur nominative, permettant non seulement d'identifier le client par son nom, mais également de vérifier s'il s'agit d'une personne physique ou morale exploitant une entreprise commerciale, artisanale ou industrielle;

qu'en outre, en vue de se conformer, en tout cas dans le rayon «non food», à la législation allemande, un contrôle est opéré, avant la sortie des marchandises, afin de s'assurer qu'il s'agit d'achats faits soit en vue de la revente, soit en vue d'une utilisation professionnelle dans l'entreprise de l'acheteur, à l'exclusion de la satisfaction des besoins privés;

que les opérations de vérification imposées par l'attestation d'engagement ont substantiellement la même portée, sauf qu'elle oblige le grossiste à faire signer une déclaration par l'acheteur confirmant que l'achat est fait en vue d'une utilisation professionnelle;

que, dans ces conditions, il n'apparaît pas que cette exigence supplémentaire, compte tenu des possibilités d'abus que présente, par elle-même, l'extension des possibilités de vente à des fins autres que la revente, soit déraisonnable et constituerait un obstacle grave et incompatible avec la nature même du commerce de gros en libre service;

qu'il en est d'autant plus ainsi que l'obligation imposée ne comporte pas celle de veiller personnellement à l'exécution par les acheteurs des obligations souscrites;

4) En ce qui concerne l'obligation pour les grossistes de coopérer au développement du réseau de distribution SABA en souscrivant des contrats de coopération

34 Attendu que l'admission en qualité de grossiste SABA en république fédérale d'Allemagne et Berlin-Ouest est, selon le point 9 de la décision, soumise aux conditions suivantes: «SABA a déclaré à la Commission qu'elle est en principe disposée à livrer ses produits dans la république fédérale d'Allemagne et à Berlin-Ouest à tous les grossistes:

a) qui exploitent un commerce spécialisé, c'est-à-dire ceux qui réalisent plus de 50 % de leur chiffre d'affaires par la vente de récepteurs de radio, de téléviseurs et de magnétophones ou d'autres articles électriques ou qui ont ouvert un rayon spécial pour la vente en gros de récepteurs de radio, de téléviseurs et de magnétophones, dont le chiffre d'affaires est comparable à celui d'un grossiste spécialisé en produits de l'électronique de divertissement;

b) qui contribuent à la mise en place et au renforcement du réseau de distribution de SABA;

c) qui participent au service à la clientèle de SABA et qui sont, notamment, en mesure d'assurer le service technique à la clientèle et de conseiller celle-ci de façon compétente grâce à un personnel formé;

d) qui souscrivent le contrat de coopération de SABA;

e) qui souscrivent les attestations d'engagement de SABA et qui respectent la distribution imposée qui y est prévue»;

35 que, selon la requérante, les obligations sub a) (commerce spécialisé ou rayon spécial), b) (renforcement du réseau SABA) et d) (contrats de coopération) constituent des restrictions de concurrence interdites en vertu de l'article 85, paragraphe 1, et que la Commission ne pouvait faire bénéficier d'une exemption sur base de l'article 85, paragraphe 3, les conditions de pareille exemption n'étant pas réunies;

a) en ce qui concerne l'obligation d'ouvrir un rayon spécial et de réaliser un chiffre d'affaires comparable à celui d'un grossiste spécialisé

36 Attendu que, bien que cette double condition ne se trouve pas expressément mentionnée dans les différents textes d'engagement soumis à la Cour (EWG-Verpflichtungsschein SABA-Großhändler; Verpflichtungsschein Vertriebsbindung SABA-Großhändler Deutschland; EWG-Verpflichtungsschein SABA-Facheinzelhändler; Kooperationsvertrag), il apparaît qu'elle a été formulée au cours de l'instruction de la plainte de Metro notamment dans une lettre de SABA du 20 février 1975 dont le contenu a été communiqué le 5 mars 1975 à la requérante;

qu'il s'ensuit qu'il s'agit d'une condition mise à l'agréation des distributeurs SABA lorsqu'il s'agit de grossistes non spécialisés et qui fait partie de l'ensemble du système de distribution approuvé par la Commission;

qu'il y a donc lieu d'en examiner la portée au regard tant du paragraphe 1 que du paragraphe 3 de l'article 85;

37 attendu que l'obligation pour les grossistes non spécialisés d'ouvrir un rayon spécial pour les produits de l'électronique de divertissement est de nature à garantir la vente dans de bonnes conditions des produits concernés et ne constitue dès lors pas une restriction de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1;

que, par contre, l'obligation de réaliser un chiffre d'affaires comparable à celui d'un grossiste spécialisé va au-delà des nécessités imposées par les critères qualitatifs propres à un système de distribution sélective et qu'il y a dès lors lieu de l'apprécier à la lumière du paragraphe 3 de l'article 85;

38 attendu cependant que cette obligation se confond, dans le cas d'espèce, avec celle, reprise dans les contrats de coopération, de réaliser un chiffre d'affaires satisfaisant de sorte qu'elle doit être examinée ensemble avec lesdits contrats;

b) en ce qui concerne les obligations sub b) (contribuer au développement du réseau de distribution) et sub d) (souscrire des contrats de coopération)

39 Attendu que les obligations sub b), à savoir contribuer à la mise en place et au développement du réseau de distribution et sub d), à savoir souscrire des contrats de coopération par lesquels le grossiste s'engage à réaliser un chiffre d'affaires jugé satisfaisant par SABA, et comportant des engagements d'achat sur une période de six mois, ainsi que des obligations de stockage, vont audelà à la fois des obligations normales de l'exploitation d'un commerce de gros et des nécessités d'un système de distribution sélective basé sur des exigences qualitatives;

qu'elles ont pour effet de lier fortement à SABA les distributeurs agréés et sont susceptibles d'entraîner l'exclusion d'entreprises qui, bien que remplissant les conditions d'admission qualitatives, ne sont pas en mesure ou ne sont pas disposées à se soumettre à ces obligations et peuvent ainsi aboutir indirectement à une limitation du nombre et de l'implantation des points de distribution;

qu'elles ne peuvent dès lors être exceptées de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1 que si se trouvent réunies les conditions de l'article 85, paragraphe 3;

40 attendu cependant que, selon la Commission (décision n° 28), l'obligation pour les grossistes de «participer au développement du réseau de distribution» ne constitue pas une restriction de concurrence relevant du champ d'application de l'article 85, paragraphe 1;

que cette appréciation méconnaît la portée de cette disposition, la fonction d'un grossiste n'étant pas de promouvoir la production de tel ou tel producteur, mais d'assurer au commerce de détail un approvisionnement profitant de la concurrence entre producteurs, de sorte que des engagements d'un grossiste qui limitent sa liberté à cet égard, constituent des restrictions de concurrence;

que cette appréciation inexacte n'a néanmoins pas pour effet de vicier la décision attaquée parce qu'il apparaît que l'obligation de participer au développement du réseau de distribution SABA se confond en fait avec les obligations énumérées au contrat de coopération que la Commission a considérées comme une restriction de concurrence admissible seulement dans le cadre de l'article 85, paragraphe 3;

qu'il y a donc lieu d'examiner si ces conditions se trouvent réunies;

41 attendu que le «contrat de coopération» à conclure entre SABA et le grossiste comporte:

1) à charge de SABA des obligations d'ordre général (consultations avec les groupements de grossistes SABA sur les questions présentant un intérêt pour les relations commerciales bilatérales, information sur le plan technique, coopération financière);

2) à charge de SABA des prestations plus spécifiques (coopération en matière de publicité, remboursement des prestations de garantie);

3) des dispositions énonçant des obligations à charge des deux parties en ce qui concerne les contrats de livraison;

que ce même contrat comporte à charge du grossiste SABA l'engagement de conclure au moins six mois à l'avance des contrats de livraison avec SABA portant sur un volume de produits tenant compte de la croissance probable du marché intérieur de l'électronique de divertissement d'une manière qui soit adéquate pour l'une et l'autre partie ainsi que des obligations de stockage;

qu'en outre le grossiste SABA s'engage à réaliser un chiffre d'affaires «adéquat» (ein angemessener Umsatz) en appareils SABA;

que, pour sa part, SABA s'engage à verser aux grossistes une prime annuelle calculée sur la valeur nette des facturations et dont le montant varie de 0 à 2 % en fonction du degré de réalisation des engagements acceptés dans le contrat de livraison;

que l'octroi de cette «prime» est en outre combiné avec l'octroi d'une prime «de gestion prévisionnelle» annuelle accordée pour l'acceptation à 100 % ou à plus de 95 % des propositions de livraisons élaborées par SABA, dès lors que le contrat de livraison basé sur ces propositions est rempli;

42 attendu que le paragraphe 3 de l'article 85 subordonne le bénéfice de l'exemption de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, à la condition 1) que l'accord contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, 2) qu'il réserve aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte; 3) qu'il n'impose pas des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs; 4) qu'il ne donne pas aux entreprises intéressées la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence;

43 attendu, en ce qui concerne la première condition ci-dessus énoncée, que la conclusion de contrats de livraison pour une durée de six mois et compte tenu de la croissance probable du marché, doit permettre à la fois d'assurer une certaine stabilité dans l'approvisionnement des produits concernés d'où doit résulter une couverture plus adéquate des besoins de ceux qui s'approvisionnement chez le grossiste et, du fait de la durée relativement courte de ces contrats de livraison, un degré de souplesse permettant l'adaptation de la production aux besoins changeants du marché;

qu'ainsi est assurée une distribution plus régulière profitant à la fois au producteur qui participe à l'expansion prévue du marché du produit concerné, au grossiste qui se voit assuré de son approvisionnement et enfin aux entreprises qui s'approvisionnent chez le grossiste en ce que l'assortiment des produits disponibles se trouve élargi;

qu'une autre amélioration de la distribution réside dans la clause du contrat de coopération obligeant SABA à indemniser les grossistes pour les prestations de garantie et à livrer les pièces de rechange nécessaires pour opérer les réparations sous garantie;

qu'en outre la conclusion de programmes de livraisons pour une durée raisonnable constitue, en ce qui concerne le maintien de l'emploi, un élément de

stabilisation dont la recherche rentre, au titre de l'amélioration des conditions générales de production, spécialement dans les circonstances d'une conjoncture économique défavorable, dans le cadre des objectifs que l'article 85, paragraphe 3, permet de viser;

44 attendu qu'il y a lieu en deuxième lieu d'examiner si les restrictions imposées aux grossistes par le contrat de coopération sont indispensables pour atteindre les objectifs envisagés;

45 attendu qu'à défaut d'engagements couvrant une période d'une certaine durée les relations entre producteur et grossiste agréé ne pourraient se former que sous la forme de relations occasionnelles qui ne permettraient pas d'atteindre la stabilité nécessaire pour permettre aux grossistes spécialisés et aux producteurs d'assumer les autres obligations qui garantissent un approvisionnement amélioré;

qu'en estimant que par une limitation à six mois de la période couverte par le contrat de livraison le contrat de coopération restait dans les limites du nécessaire, la Commission n'avait pas manifestement dépassé la marge d'appréciation lui revenant en la matière;

46 attendu que, selon l'article 85, paragraphe 3, l'accord restrictif de concurrence doit, pour pouvoir bénéficier d'une exemption, non seulement améliorer la distribution des produits mais réserver une part équitable du profit qui en résulte aux utilisateurs;

47 attendu que, selon la décision attaquée, les conditions d'approvisionnement résultant pour les grossistes du contrat de coopération sont de nature à profiter directement aux utilisateurs en ce qu'elles assureraient un approvisionnement continu et une offre plus large des marchandises de la part des détaillants aux utilisateurs finals privés;

qu'en outre la vive concurrence qui existerait dans le secteur de l'électronique de divertissement exercerait une pression suffisante pour amener SABA et les grossistes à répercuter sur les utilisateurs les avantages découlant de la rationalisation de la production et de la distribution résultant des contrats de coopération;

48 attendu qu'un approvisionnement régulier constitue, dans les circonstances de l'espèce, pour les utilisateurs un avantage suffisant pour pouvoir être considéré comme une partie équitable du profit résultant des améliorations provoquées par la restriction de concurrence admise par la Commission;

que même s'il est douteux que puisse être considérée comme répondant à l'exigence sur ce point de l'article 85, paragraphe 3, la supposition que la pression concurrentielle sera suffisante pour que SABA et les grossistes répercutent sur les consommateurs une partie du profit résultant de la rationalisation du réseau de distribution, l'octroi du bénéfice de l'exemption peut cependant, dans le cas d'espèce, être considéré comme suffisamment justifié par l'avantage que les utilisateurs retirent d'un approvisionnement amélioré;

49 attendu enfin qu'il y a lieu d'examiner si les obligations contenues au contrat de coopération ne donnent pas aux entreprises intéressées la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence;

50 attendu qu'il résulte des considérations ci-dessus que les conditions mises par SABA à l'agréation de la qualité de grossiste peuvent, pour une large part, être remplies sans inconvénient par les grossistes en libre service;

que si, par contre, les plans d'achats que les grossistes sont obligés de souscrire dans le contrat de coopération constituent, selon toute vraisemblance, un élément étranger aux méthodes propres à ce canal de distribution, il n'apparaît pas qu'en mettant, pour le secteur particulier de l'électronique de divertissement, en balance, d'une part, la nécessité des contrats de coopération pour assurer au réseau de distribution SABA, notamment à l'égard de grossistes spécialisés, une cohérence suffisante et, d'autre part, les difficultés non insurmontables qui en résultent pour les grossistes en libre service et en donnant la préférence aux premières, la Commission ait excédé la marge d'appréciation qui lui appartient en la matière;

qu'il pourrait en être autrement si, notamment par une multiplication de réseaux de distribution sélective d'un contenu semblable à celui de SABA, les grossistes en libre service se voyaient effectivement éliminés comme distributeurs dans le secteur de l'électronique de divertissement;

que cependant il résulte des considérations ci-dessus que tel n'était pas le cas au moment où a été édictée la décision litigieuse;

qu'ainsi cette décision n'est pas manifestement fondée sur une appréciation erronée des conditions économiques dans lesquelles la concurrence s'effectue dans le secteur concerné;

51 que le recours doit être rejeté;

Sur les dépens

52 Attendu qu'aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens;

qu'aux termes du deuxième alinéa de cette disposition si plusieurs parties succombent, la Cour décide du partage des dépens;

que la requérante ayant succombé en ses moyens il y a lieu de la condamner aux dépens, l'intervenante SB-Verband supportant les dépens causés par son intervention;

par ces motifs,

LA COUR

déclare et arrête:

1) Le recours est rejeté;

2) L'intervenante SB-Verband supportera les dépens causés par son intervention;

3) La requérante supportera le surplus des dépens.

Kutscher Sørensen Bosco Donner Mertens de Wilmars

Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe Touffait

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 25 octobre 1977.

Le greffier

A. Van Houtte

Le président

H. Kutscher