CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. JOSEPH GAND, PRÉSENTÉES LE 3 JUIN 1969

Monsieur le Président,

Messieurs les Juges,

Le renvoi prononcé par l'Oberlandesgericht de Munich en vue d'obtenir l'interprétation de l'article 85 du traité de Rome vous donnera l'occasion de préciser la jurisprudence qui découle de vos arrêts Sté Technique minière (L.T.M.) du 30 juin 1966 (56-65, Recueil, XII-1966, p. 339) et Grundig du 13 juillet 1966 (56 et 58-64, Recueil, XII-1966, p. 429), notamment en ce qui concerne les contrats d'exclusivité avec protection territoriale absolue.

I

Nous rappellerons d'abord les faits de la cause dans la mesure où ils sont nécessaires pour comprendre la question posée.

La firme allemande Joseph Erd & Co., propriété de M. Völk, fabrique des machines à laver et des essoreuses, vendues sous la marque « Konstant ». Sa part du marché de ces appareils est extrêmement réduite, puisqu'elle a été en 1963 de 2 361 unités, et en 1966 de 861, soit respectivement environ 0,2 % et 0,05 % de la production de la République fédérale. Elle a passé le 15 septembre 1963 avec les Éts. Vervaecke — qui vendent en Belgique des appareils électroménagers — un contrat par lequel elle cédait à ces établissements le droit de vente exclusive de ses appareils pour la Belgique et le Luxembourg. Le contrat était conclu pour une durée de trois ans, étant entendu qu'il serait automatiquement prorogé de deux ans à l'échéance, sauf dénonciation neuf mois au moins avant la date de son expiration.

Parmi les clauses du contrat on mentionnera les suivantes :

— Erd confère l'exclusivité de la vente de ses produits pour la Belgique et le Luxembourg aux Éts. Vervaecke. Ce n'est que dans le cas où ceux-ci ne vendraient pas certains appareils de la gamme de production de la firme Erd que cette dernière se réserve la faculté de livrer ces appareils à d'autres.

— Vervaecke s'engage à se faire livrer mensuellement, après une période de démarrage de six mois, un nombre déterminé d'appareils (80 d'après le contrat) et à ne pas vendre d'appareils concurrents présentant les mêmes caractéristiques que ceux d'Erd.

— Le concédant s'engage à protéger Vervaecke dans la zone de vente exclusive qui lui est garantie; il semble cependant que le concessionnaire ait été autorisé à livrer dans les zones où Erd n'était pas encore représenté, en particulier à mettre sur pied un réseau de représentants aux Pays-Bas, mais il n'a pas été donné suite à cette autorisation.

Le contrat du 15 septembre 1963, non plus que les additifs qui lui ont été apportés, n'a été notifié à la Commission. Il n'a été d'autre part que très partiellement exécuté, puisqu'en un an 200 machines à laver seulement ont été vendues en Belgique. Erd a réclamé alors à Vervaecke le paiement de 11 560 DM en échange de la livraison de 20 lessiveuses et a demandé en outre à être indemnisé des frais que lui avait occasionnés la livraison inutile de 50 lessiveuses.

Devant la justice allemande s'est posé le problème de la validité du contrat au regard de l'article 85 du traité de Rome, ce qui a conduit l'Oberlandesgericht de Munich à vous saisir dans les termes suivants :

« Pour déterminer si le contrat litigieux du 15 septembre 1963 avec avenants des

1er janvier 1964 et 11 mars 1964 tombe sous le coup de l'interdiction énoncée à l'article 85, paragraphe 1, du traité C.E.E., faut-il avoir égard à la fraction du marché que le demandeur a effectivement conquise ou qu'il s'est efforcé d'obtenir dans les États membres de la Communauté économique européenne, notamment en Belgique et au Luxembourg, zone de vente pour laquelle la défenderesse bénéficie d'une protection absolue? »

II

Il faut naturellement faire abstraction de ce que le juge a quo souhaiterait vous voir prendre position sur l'application des règles du traité au contrat dont la validité est discutée devant lui, mais sous cette réserve la question est clairement posée.

1. Contrairement à ce que l'on a dit parfois, l'arrêt Grundig ne nous paraît pas impliquer qu'une concession d'exclusivité assortie d'une protection territoriale absolue tombe nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1. L'espèce que vous avez eu à trancher était trop spéciale pour que l'on puisse en tirer des conclusions aussi absolues.

Les règlements d'exécution du traité ne fournissent pas non plus de solution. En effet, ni le fait qu'un contrat n'a pas été notifié, ni celui qu'il ne remplit pas les conditions nécessaires pour bénéficier d'une exemption (telle que la prévoit par exemple pour certaines catégories le règlement 67/67 de la Commission) ne sont déterminants lorsqu'il s'agit de savoir si un contrat est ou non atteint par l'article 85, paragraphe 1. Ainsi que le dit l'arrêt du gouvernement de la République italienne contre Conseil et Commission de la C.E.E. (32-65, 13 juillet 1966, Recueil, XII-1966, p. 563), « la définition d'une catégorie ne constitue qu'un cadre et ne signifie pas que les accords y entrant soient tous passibles de l'interdiction; elle n'implique pas davantage qu'un accord relevant de la catégorie exemptée, mais ne répondant pas à toutes les conditions de ladite définition, doive nécessairement tomber sous l'interdiction ».

2. Il convient donc de revenir aux termes de l'article 85, paragraphe 1, qui déclare « incompatibles avec le Marché commun et interdits tous accords entre entreprises ... qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun ».

Le texte exige ainsi la réunion de deux conditions que, dans ses observations, la Commission examine à la lumière de votre jurisprudence en commençant par celle qui subordonne l'incompatibilité de l'accord avec le marché commun à la constatation qu'il a pour objet ou pour effet de fausser la concurrence. En principe, tel est précisément l'*objet* d'un accord d'exclusivité comportant une clause de protection territoriale absolue. En effet, si dans la zone protégée les possibilités de vente par des tiers commerçants sont rendues plus difficiles ou exclues, si les consommateurs de cette zone ne peuvent se procurer les mêmes produits qu'auprès du concessionnaire exclusif et voient ainsi restreindre leurs possibilités de choix au niveau de la distribution, ce sont là justement les conséquences que l'accord a recherchées.

Peut-on s'en tenir là? Sans doute avez-vous dit dans l'arrêt Grundig qu'aux fins de l'application de l'article 85, paragraphe 1, la prise en considération des effets concrets d'un accord était superflue dès qu'il apparaissait qu'il avait pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence, ce qui pourrait impliquer une réponse négative à la question posée; mais la portée de cette déclaration doit, semble-t-il, être limitée aux faits qui se trouvaient à la base de l'arrêt. En effet, d'après l'arrêt La Technique minière, il faut considérer l'objet même de l'accord « compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué », et, pour qu'il y ait lieu d'appliquer l'ar-

ticle 85, paragraphe 1, cet examen doit révéler un « degré suffisant de nocivité » à l'égard de la concurrence. Cela revient en somme à dire que l'altération du jeu de la concurrence ne doit pas être purement théorique, mais doit revêtir une certaine ampleur, et l'on n'est pas très loin alors de la restriction « sensible » que ce même arrêt exige lorsque l'accord est considéré, non plus dans son objet, mais dans ses effets.

D'autre part, ce jeu de la concurrence doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord; or, les conséquences de celui-ci pour les autres entreprises ou les consommateurs peuvent être très différentes selon la part du marché que l'industriel contrôle ou s'efforce de contrôler. On rejoint ici la question posée par le juge allemand.

Vous avez déjà fait allusion à cet aspect du problème lorsque, recherchant à quelles conditions un contrat d'exclusivité doit être considéré comme interdit vous avez énuméré toute une série d'éléments dont il doit être tenu compte. A côté de la rigueur des clauses destinées à protéger l'exclusivité ou au contraire des possibilités laissées à d'autres courants commerciaux, du caractère isolé de l'accord ou de sa place dans un ensemble, vous avez mentionné notamment la nature ou la quantité limitée ou non des produits faisant l'objet de l'accord, ainsi que la position du concédant et celle du concessionnaire sur le marché des produits concernés. C'est sur ce dernier point qu'il faut insister.

Si le fabricant contrôle une part relativement importante du marché, a une forte position en ce qui concerne les produits qui font l'objet de l'accord, il y a tout lieu de penser que la concurrence est affectée de façon sensible au niveau de la distribution par une concession exclusive garantie par une protection territoriale absolue. On ne peut en revanche être aussi affirmatif lorsque la position du producteur est très faible. Un contrat du même type peut lui permettre d'introduire ses produits dans une zone de vente, mais il ne réduit de façon appréciable ni le choix des consommateurs, ni les possibilités de vente des tiers commerçants. Sans vouloir nous prononcer dans le cadre de l'article 177 sur le cas soumis au juge allemand, on peut penser par exemple que les chiffres de production que nous avons cités tout à l'heure ne représentent, par rapport à la production globale de la République fédérale et au marché belge et Luxembourgeois, qu'une goutte d'eau dans la mer.

Pour en terminer sur ce point, on relèvera que l'arrêt Grundig tient compte notamment de ce que cette marque est *très répandue* pour apprécier l'influence sur le fonctionnement de la concurrence dans le marché commun de l'accord visant à isoler le marché français des produits de cette marque et à maintenir artificiellement des marchés distincts. On peut en conclure qu'un accord de même nature portant sur les produits d'une marque à peu près inconnue n'aurait pas encouru de votre part le même jugement et la même sévérité.

3. A la fin de ses observations, la Commission ajoute que, pour être susceptible d'affecter le commerce entre États membres — autre condition prévue par l'article 85, paragraphe 1 —, il faut que l'accord soit de nature à menacer la liberté du commerce entre ces États en portant préjudice à la réalisation d'un marché international unique, ce qui suppose que l'altération du commerce atteint une ampleur appréciable. Les deux conditions tendent ainsi à se rejoindre, et il est de fait qu'il n'est pas facile de les distinguer.

On peut se demander cependant si cet aspect ne gagnerait pas à être examiné en premier. Car le point de savoir si un accord est susceptible d'affecter le commerce entre États membres n'est pas seulement une condition nécessaire pour que l'accord soit interdit en vertu de l'article 85, paragraphe 1, c'est une question préalable. Ainsi que le dit l'arrêt La Technique minière, « c'est en effet dans la mesure où l'accord peut affecter le commerce entre États membres

que l'altération de la concurrence provoquée par cet accord relève des prohibitions de droit communautaire de l'article 85, alors qu'au contraire elle y échappe ».

Ici, on ne peut mieux faire que se reporter aux précisions que comporte cet arrêt. Il analyse la disposition litigieuse comme fixant une condition prévisionnelle qui repose sur la possibilité d'une entrave à la réalisation d'un marché unique. D'une façon générale, pour tomber sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, l'accord de concession exclusive doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, être de nature à fonder une prévision raisonnable, permettant de faire craindre qu'il puisse exercer une influence éventuelle, directe ou indirecte, actuelle ou potentielle sur les courants d'échanges entre États membres. Plus précisément, il faut notamment examiner s'il est susceptible de cloisonner le marché de certains produits.

Or, quel que soit son objet véritable, le contrat passé par un producteur qui ne bénéficie que d'une part infime du marché ne peut entraver la réalisation d'un marché international unique; la faiblesse de la position occupée par le concédant s'oppose à toute influence véritable de sa part sur le marché. Une vue réaliste des choses conduit ainsi à penser que le commerce entre États membres ne peut être « affecté » par un accord passé dans un contexte analogue à celui du contrat qui a motivé le renvoi par l'Oberlandesgericht de Munich.

En définitive, il pourrait être répondu à cette juridiction sur la base des considérations suivantes :

— Si le contrat de concession exclusive assortie d'une clause de protection territoriale absolue tombe normalement sous le coup des interdictions de l'article 85, paragraphe 1, il échappe à ces prohibitions lorsqu'il n'est pas susceptible d'affecter le commerce entre États membres ou n'empêche, ne restreint ou ne fausse d'une manière sensible la concurrence au niveau du Marché commun.

— Pour juger s'il en est ainsi, il faut, le cas échéant, tenir compte de la place qu'occupe ou que peut espérer occuper le concédant sur le marché des produits considérés.

— Si cette part est insignifiante et si la quantité garantie au concessionnaire ne représente qu'une partie minime de la quantité de produits similaires vendus par l'ensemble des commerçants dans cette zone, on peut présumer que l'accord échappe aux dispositions restrictives de l'article 85 du traité.

C'est en ce sens que nous concluons, et à ce qu'il soit statué sur les dépens par l'Oberlandesgericht de Munich.