CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GERHARD REISCHL, PRÉSENTÉES LE 17 SEPTEMBRE 1975 [1]

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

L'affaire préjudicielle dans laquelle nous présentons aujourd'hui nos conclusions a pour objet l'interprétation du règlement n° 67/67 de la Commission, du 22 mars 1967, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE à des catégories d'accords d'exclusivité (JO 1967, n° 57).

Ce règlement a été adopté sur la base du règlement n° 19/65 du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE, à des catégories d'accords et de pratiques concertées (JO 1965, n° 36). Il précise en son article 1 que, conformément à son paragraphe 3, l'article 85 du traité n'est pas applicable, dans les conditions indiquées dans ledit règlement, à des accords auxquels ne participent que deux entreprises et dans lesquels l'une s'engage vis-à-vis de l'autre à ne livrer certains produits qu'à celle-ci dans le but de la revente à l'intérieur d'une partie définie du Marché commun. Conformément à l'article 3 de ce règlement, son article 1, paragraphe 1, n'est toutefois pas applicable, lorsque :

« . . . . . .

b) les contractants restreignent la possibilité pour les intermédiaires ou utilisateurs de se procurer les produits visés au contrat auprès d'autres revendeurs à l'intérieur du Marché commun, en particulier lorsque les contractants

. . . . . .

2) exercent d'autres droits ou prennent des mesures en vue d'entraver l'approvisionnement de revendeurs ou d'utilisateurs en produits visés au contrat ailleurs dans le Marché commun, ou la vente desdits produits par ces revendeurs ou utilisateurs dans le territoire concédé. »

L'affaire au principal appelle les observations suivantes :

Le 25 février 1968 l'entreprise Fratelli Dalle Crode, dont le siège est à Conegliano (Italie), avait conclu avec l'entreprise Van Vliet Kwasten- en Ladderfabriek de Nimègue (Pays-Bas), un contrat de vente exclusive, selon lequel elle cédait à cette dernière, à compter du 1er mars 1968, la représentation exclusive dans les États du Benelux, pour les pinceaux avec manche en plastique, fabriqués par elle, ainsi que tous accessoires en plastique nécessaires aux pinceaux de sa fabrication. En outre, le contrat établissait que l'entreprise Dalle Crode veillerait à ce que les livraisons de ces produits à des clients établis en Italie (grossistes et fabricants) ne soient pas utilisées pour l'exportation dans les États du Benelux. A cette fin, le contrat prévoyait des communications en ce sens de l'entreprise Dalle Crode à ses clients établis en Italie, des conditions expresses pour la livraison ainsi que des sanctions. Après un bref délai, le contrat a été dénoncé par l'entreprise Dalle Crode, le 28 septembre 1969, pour des raisons qui ne nous intéressent pas actuellement.

Les parties sont parvenues à une procédure judiciaire, dans laquelle ce contrat joue un rôle, parce que l'entreprise Dalle Crode a intenté contre l'entreprise Van Vliet une action en paiement du prix d'achat pour les livraisons effectuées. Dans cette affaire, qui, en première instance était pendante devant le tribunal d'arrondissement (Arrondissementsrechtbank) d'Arnhem, l'entreprise Van Vliet a fait valoir que l'entreprise Dalle Crode avait mis dans le commerce aux Pays-

1 — Traduit de l'allemand.

Bas des princeaux avec manche en plastique sans sa participation, ce qui constituait une violation du contrat, et que l'entreprise Dalle Crode était donc tenue de lui verser une indemnité.

Le tribunal d'arrondissement a condamné l'entreprise Van Vliet à payer et a rejeté sa demande reconventionnelle visant à obtenir une indemnité. Il a estimé que le contrat pour la violation duquel l'entreprise Van Vliet demandait une indemnité était nul selon le droit communautaire et ne pouvait pas constituer la base juridique d'un droit à indemnisation pour violation.

L'entreprise Van Vliet a interjeté appel contre cette décision devant le Gerechtshof d'Arnhem. Elle estime que l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE et le règlement n° 67/67 de la Commission, déjà mentionné, n'ont pas été exactement appliqués ; en réalité, le contrat passé par elle et par l'entreprise Dalle Crode tomberait dans le champ d'application de ce règlement, car le seul élément important à cet égard serait que des clients établis dans les États du Benelux aient eu la possibilité d'acheter auprès de clients de l'entreprise Dalle Crode en France et en Allemagne occidentale, c'est-à-dire que toute concurrence n'ait pas été entravée. Enfin, l'entreprise Van Vliet estime que le tribunal de première instance n'a pas tenu compte d'une communication de la Commission du 27 mai 1970 « concernant les accords d'importance mineure, qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE » (JO 1970, n° C 64). Dans cet avis, la Commission défend l'opinion — si nous pouvons l'insérer ici, selon laquelle :

« les accords entre entreprises de production ou de distribution de produits ne sont pas visés par l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE,

— lorsque les produits concernés par l'accord ne représentent, dans la partie du Marché commun où l'accord produit son effet, pas plus de 5 % du volume d'affaires réalisé avec les produits identiques ou considérés comme similaires par l'utilisateur en raison de leurs propriétés, de leur prix ou de leur usage et

— lorsque le chiffre d'affaires annuel total, réalisé par les entreprises qui participent à l'accord, ne dépassent pas 15 millions d'unités de compte ou, s'agissant d'accords entre entreprises commerciales, 20 millions d'unités de compte ».

En appréciant cette argumentation, la juridiction d'appel est arrivée à la conclusion qu'il n'était pas possible de parler d'une application erronnée de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE et de la communication mentionnée de la Commission du 27 mai 1970. En ce qui concerne l'interprétation de l'article 3 du règlement de la Commission n° 67/67, le Gerechtshof d'Arnhem a cru cependant apercevoir un problème surtout devant les allégations de l'entreprise Dalle Crode, selon lesquelles des possibilités d'achat en France et en république fédérale d'Allemagne n'existaient qu'en théorie pour les clients établis dans les États du Benelux, parce que l'entreprise Dalle Crode, n'effectuait pas de livraisons vers d'autres pays de la CEE que les États du Benelux.

Par ordonnance du 18 février 1975, la juridiction précitée a donc sursis à statuer et, en application de l'article 177 du traité CEE, elle vous a posé à titre préjudiciel les questions suivantes :

« 1. Les contrats de vente exclusive conclus entre un fabricant établi dans un des États membres et un concessionnaire exclusif établi ailleurs dans le Marché commun sont-ils aussi du nombre des accords qui, en vertu de l'article 3 [du règlement n° 67/67 de la Commission], ne bénéficient pas de l'exemption, lorsque ces contrats contiennent des dispositions qui, si on les respecte, [ont pour conséquence que], seuls les fabricants et les intermédiaires établis dans l'État membre du fabricant, partie au contrat, sont empêchés de vendre les produits

visés au contrat à destination du territoire concédé, tandis que les intermédiaires et utilisateurs, établis dans le territoire concédé, sont seulement empêchés d'acquérir les produits visés au contrat à partir de l'État membre du fabricant, partie au contrat ?

2. La réponse à la première question est-elle différente

   a) si les intermédiaires et utilisateurs établis dans le territoire concédé ont ou non la possibilité réelle d'acquérir les produits visés au contrat ailleurs dans le Marché commun, en dehors du territoire concédé et de l'État membre du fabricant, partie au contrat, et

   b) si, dans l'hypothèse où cette possibilité réelle existe, les intermédiaires et utilisateurs établis dans le territoire concédé s'abstiennent ou non, d'une manière perceptible, d'avoir recours à cette possibilité parce qu'ils respectent les dispositions contractuelles visées à la 1re question ? »

Avant d'étudier ces questions, il nous semble indiqué de faire remarquer en quelques phrases, qu'une partie des allégations émises par l'entreprise Van Vliet au cours de la procédure est sans importance pour la question préjudicielle.

Il en est ainsi tout d'abord de sa remarque selon laquelle, puisque l'entreprise Dalle Crode ne fabrique pas de pinceaux, il faudrait en pratique considérer principalement comme des produits, auxquels le contrat de vente exclusive s'est référé, les manches en plastique pour pinceaux et autres accessoires en plastique nécessaires à la production de ce produit. Cela concerne nettement le champ d'application du droit au cas particulier et ne doit donc être traité que dans l'affaire principale. En revanche, actuellement, il s'agit simplement de l'interprétation d'une règle générale du droit de la concurrence, pour laquelle des particularités du cas concret, comme celles que nous venons d'indiquer, n'ont certainement aucune importance.

Il en est de même de l'autre remarque selon laquelle le contrat en cause n'aurait pas restreint la concurrence d'autres entreprises italiennes qui fabriquaient ou vendaient des pinceaux (cette remarque ne visant manifestement pas les clients de l'entreprise Dalle Crode). Le fait de savoir si cette concurrence existe n'a aucun intérêt, car, selon le règlement n° 67/67 relatif à l'exemption par catégories, seuls importent la restriction de concurrence par la concentration de la vente dans un territoire défini sur un représentant exclusif ainsi que le point de savoir si le règlement relatif à l'exemption par catégories exige que la concurrence existe dans le secteur des produits fabriqués ou vendus par le concédant et cela également dans la zone du concessionnaire visée au contrat.

Enfin, il en est de même de l'allusion faite par l'entreprise Van Vliet à l'importance modeste des contractants, au montant de leur chiffre d'affaires annuel et à la part du marché du produit visé au contrat qui, à son avis, doit être déterminée en tenant compte également des produits similaires qui peuvent constituer une concurrence de substitution. Ce sont là manifestement des questions de fait qui doivent être traitées en premier lieu dans le cadre de l'affaire principale et qui, en outre, se réfèrent nettement à la communication déjà mentionnée de la Commission du 27 mai 1970. Or, ce n'est pas cette communication qui constitue l'objet de la demande d'interprétation et donc un critère d'examen pour la juridiction qui a rendu l'ordonnance de renvoi, mais uniquement le règlement n° 67/67 relatif à l'exemption par catégories.

Ce règlement doit être interprété — et nous en arrivons ainsi au problème proprement dit de cette affaire préjudicielle — eu égard à un contrat selon lequel la vente exclusive de certains produits dans un secteur déterminé, les États du Benelux, a été concédée à *une seule* entreprise et le concédant, dont le siège est en Ita-

lie, s'est engagé à veiller à ce que ses clients italiens (grossistes et producteurs, mais non pas les consommateurs finals) n'effectuent pas d'exportations dans les États du Benelux, alors qu'il était libre — semble-t-il — de livrer les produits visés au contrat dans d'autres pays de la Communauté, et de les faire parvenir de là dans les États du Benelux.

A ce propos, l'entreprise Van Vliet soutient qu'il n'est pas possible de parler d'une entrave au sens de la réserve de l'article 3 du règlement n° 67/67, parce que l'entreprise, Dalle Crode avait la possibilité de vendre ses produits dans les États du Benelux par l'intermédiaire d'entreprises situées en France ou en république fédérale d'Allemagne. Ce fait ne devrait pas non plus être considéré comme une restriction, car la vente par l'intermédiaire de la France ou de la république fédérale d'Allemagne n'entraînait aucun frais supplémentaire, aucun stade commercial complémentaire et les distances étaient égales. Au reste, le point de savoir si la *possibilité* d'importations parallèles a existé devrait être considéré comme déterminant pour le règlement relatif à l'exemption ; en revanche *l'absence effective* de courants commerciaux d'Italie vers la France et la république fédérale d'Allemagne ne serait pas décisive.

Par contre, la Commission estime — et l'entreprise Dalle Crode s'est ralliée à son opinion au cours de la procédure orale — que l'élément déterminant serait que le contrat de vente exclusive a exclu les importations parallèles d'Italie vers les États du Benelux. De ce fait déjà, les conditions de l'article 3 du règlement n° 67/67 seraient remplies ; les contractants auraient restreint la possibilité pour les intermédiaires ou utilisateurs de se procurer les produits visés au contrat auprès d'autres revendeurs à l'intérieur du Marché commun, ils auraient pris des mesures en vue d'entraver l'approvisionnement de revendeurs ou d'utilisateurs en produits visés au contrat ailleurs dans le Marché commun. En revanche, la question de savoir s'il était effectivement possible d'acheter en dehors de l'Italie, et si des courants commerciaux en ce sens existaient réellement, serait sans importance pour l'application de la dite disposition.

Pour porter un jugement sur ce litige, nous devons tout d'abord considérer l'article 2 du règlement n° 67/67. A cet égard, on a fait valoir que cet article cite de manière exhaustive toutes les restrictions qui pourraient être contenues dans des accords d'exclusivité sans que cela conduise à exclure l'exemption. Des interdictions d'exporter du genre de celles qui nous intéressent ici n'y seraient pas mentionnées, et il serait donc clair que le règlement relatif à l'exemption n'engloberait pas des accords comportant ces éléments.

Toutefois, cette argumentation nous paraît douteuse. En invoquant le texte de l'article 2, on pourrait objecter qu'il ne contient que des dispositions concernant le point de savoir quelles restrictions de concurrence pourraient être imposées au distributeur exclusif et quelles pourraient être ses obligations sans que l'application de l'article 1 soit exclue. En revanche, à l'article 2, il n'est pas question de restrictions des possibilités d'action du concédant et, à tout le moins, il n'est pas évident que l'article 2 ait pour objet une énumération exhaustive à l'égard de ce contractant également.

Pour cette raison, nous préférons emprunter à l'article 3 du règlement n° 67/67 la réponse à donner à la question de savoir quelles restrictions à la liberté d'action du concédant peuvent être admises. En d'autres termes, nous estimons plus judicieux de rattacher la partie principale de l'étude des problèmes qui nous intéressent ici à cette disposition, et notamment au paragraphe b.

Dans cette disposition — il n'est pas nécessaire actuellement que nous le lisions textuellement —, il est question, dans une phrase introductive, de la restriction de la possibilité de se procurer les produits visés au contrat auprès d'autres revendeurs à l'intérieur du Marché commun ; en outre, l'exemple indiqué sous 2) parle de l'entrave mise à l'appro-

visionnement en produits visés au contrat ailleurs dans le Marché commun.

La présentation des thèses des parties à la procédure a déjà fait apparaître que l'entreprise Van Vliet a nettement mis l'accent sur l'exemple que nous venons de citer et sur le mot « entraver ». Ainsi, elle parvient à la conclusion que, pour les clients installés dans les États du Benelux, l'exclusion de l'achat dans *un seul* État membre ne constitue pas une entrave à s'approvisionner en produits visés au contrat ailleurs dans le Marché commun ; un approvisionnement ailleurs n'était donc pas rendu impossible ; il n'existait pas de protection territoriale absolue du concessionnaire et c'est pourquoi la réserve de l'article 3 du règlement n° 67/67 ne jouerait pas.

A première vue, cette argumentation peut paraître tout à fait séduisante. Cependant, après les considérations et les déductions de la Commission, au cours de la procédure, nous avons l'impression que la thèse de l'entreprise Van Vliet n'est pas solide.

En disant cela, nous ne pensons pas tant à l'allusion que la Commission a faite à d'autres versions linguistiques de la disposition, qui, à notre avis, font dans l'ensemble apparaître le même sens et ne prouvent guère de manière concluante que « restreindre » et « entraver » aient au fond la même signification. Au contraire, ce qui nous semble important, c'est tout d'abord l'allusion à la construction de cette disposition. Il s'ensuit que la phrase introductive du paragraphe b) de l'article 3 contient l'affirmation de principe, tandis que le numéro 2 cite uniquement un exemple. Lors de l'interprétation, il faut donc attacher une importance plus grande à la première partie ; en tout cas, le critère décisif ne peut être tiré de l'exemple. Mais puisque, dans la phrase introductive, il n'est question que de « restreindre », il peut certes être tentant de donner une interprétation selon laquelle l'article 3 engloberait déjà des cas dans lesquels seul l'approvisionnement dans *un seul* État membre est exclu. En effet, dans le cas d'une entrave à toutes les importations parallèles, on ne pourrait plus parler d'une « restriction », mais il serait alors *impossible* de se procurer les produits visés au contrat auprès d'autres revendeurs à l'intérieur du Marché commun.

Sur ce début d'une argumentation qui, envisagée séparément, ne peut peut-être pas être considérée comme entièrement concluante dans le sens de la thèse de la Commission, il est possible d'émettre d'autres considérations qui, dans leur ensemble, plaident en faveur de l'exactitude du point de vue de la Commission.

A cet égard, il nous paraît utile de se rappeler que, dans le cadre du règlement relatif à l'exemption adopté à propos de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE, son article 3 a pour fonction de montrer que les accords en question — comme il est dit à l'article 85, paragraphe 3 — ne peuvent pas contenir des restrictions qui ne sont pas indispensables pour la réalisation des objectifs cités à l'article 85, paragraphe 3, et qu'ils ne peuvent pas donner la possibilité de supprimer la concurrence pour une partie essentielle des produits en cause. Comme il s'agit ici d'une réserve importante, la conséquence qui s'impose est d'interpréter strictement les dispositions qui ont été adoptées pour sa concrétisation.

Les motifs qui accompagnent le règlement n° 67/67 et sa genèse, telle qu'on peut la connaître, nous confirment d'ailleurs dans cette manière de voir.

En ce qui concerne les motifs du règlement, il est intéresssant de constater qu'ils mettent expressément en relief — et cela doit manifestement se rapporter à l'article 3 — la nécessité de garantir la possibilité de procéder à des importations parallèles, qui assurent la concurrence au stade de la distribution. Lorsque l'on parle d'importations parallèles, il est naturel de songer à des importations directes en provenance de l'État membre du concédant. En tout cas, il est caractéristique que, dans les motifs du règlement, il soit question tout simplement d'importations parallèles et, que à cet égard, on ne puisse apercevoir aucune

restriction ou différenciation autorisée. Nous songeons aussi à votre jurisprudence en la matière qui — notamment dans l'affaire 21-71 (arrêt du 25 novembre 1971, Béguelin Import Co. et autres contre SAGL Import Export et autres [Recueil 1971, p. 959]) — a souligné l'importance d'importations parallèles, lorsqu'elle affirme qu'il ne faut pas empêcher que des produits soient importés d'autres États membres dans la zone protégée, et qu'il ne faut pas donner la possibilité d'interdire des importations parallèles. Cela incite certainement à interpréter strictement les dispositions qui concernent ces opérations. La doctrine (Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, p. 242) plaide également en faveur de cette interprétation lorsqu'elle affirme qu'un principe général du droit européen de la concurrence est que l'accès au marché ne puisse pas être interdit et que les importations parallèles en provenance d'autres États membres ne puissent pas être entravées, car ce n'est que de cette manière qu'il est possible de corriger la politique des entreprises en matière de prix et de vente, qui demeure attachée à des marchés nationaux et pratique une différenciation de prix selon les différents marchés.

D'autre part, en ce qui concerne la genèse du règlement n° 67/67, nous pouvons montrer facilement qu'elle n'autorise aucune autre orientation, que celle que nous venons d'indiquer, pour l'interprétation de l'article 3 quant à l'exclusion d'importations parallèles en provenance d'un *seul* État membre. A cet égard, le règlement de la Commission n° 153/62, du 3 mai 1962 (JO 1962, n° 139), est important. Il prévoit des formalités simplifiées de notification pour les contrats de vente exclusive auxquels ne participent que deux entreprises et dans lesquels un contractant s'engage vis-à-vis de l'autre à ne livrer certains produits qu'à celui-ci, en vue de la revente à l'intérieur d'une partie définie du territoire du Marché commun. Mais il exige aussi — c'est ce qui ressort des formulaires en la matière, et qui est capital — que le déclarant affirme que le transfert de la représentation exclusive ne restreigne pas la possibilité pour les intermédiaires ou utilisateurs de se procurer le produit visé au contrat auprès d'un autre revendeur contractant, ou de n'importe quel intermédiaire à l'intérieur du Marché commun. Or, le règlement de base du Conseil n° 19/65 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, à des catégories d'accords et de pratiques concertées fait expressément référence à ce règlement avec sa notion large de la « restriction », qui rappelle tout à fait la phrase introductive de l'article 3 b du règlement n° 67/67. En effet, nous lisons dans les considérants du règlement que la Commission, par son action, notamment par le règlement n° 153/62, a indiqué qu'aucun allégement des procédures prévues par le règlement n° 17 (JO 1962, n° 13) ne peut être pris en considération pour certains types d'accords ou de pratiques concertées particulièrement susceptibles de fausser le jeu de la concurrence dans le Marché commun. Il est parfaitement possible d'en conclure — comme la Commission l'a fait — que la fonction attribuée au règlement n° 67/67 est de garantir la continuité dans le traitement et l'analyse des contrats de vente exclusive, et cela justement en vue d'une appréciation stricte des clauses qui concernent les importations parallèles.

Enfin, et tenant compte de ces éléments fondamentaux, qui revêtent de l'importance pour l'interprétation du règlement n° 67/67, nous pouvons encore émettre la considération suivante.

Lorsqu'un contrat de vente exclusive ne prévoit que l'exclusion d'importations parallèles dans la zone concédée en provenance d'un *seul* État membre et ne parle pas des autres États membres, ce fait n'est, à vrai dire, susceptible que de deux interprétations.

On peut imaginer, qu'en réalité, seul le marché de l'État membre exclu entre en considération pour d'éventuels achats parallèles, et qu'il n'était donc pas nécessaire de mentionner d'autres possibilités d'achat qui n'existent pas. Dans cette hypothèse, le contrat de vente exclusive avec son inderdiction limitée d'exporter,

jointe à tous les faits concomitants qui doivent être pris en considération lors de son appréciation et donc aussi au comportement du concédant, a en réalité pour conséquence que le concessionnaire bénéficie d'une protection territoriale absolue.

En revanche, s'il existe effectivement des possibilités d'achat dans d'autres États membres, on doit admettre que la limitation de l'interdiction d'exporter s'applique à un seul État membre, parce que les conditions de son marché sont particulièrement intéressantes pour des importations parallèles. Cela est précisément vraisemblable lorsque l'État membre exclu est le territoire où le concédant a son siège. En effet, le concédant fera des efforts particulièrement intensifs sur le marché qui se trouve à proximité immédiate ; c'est ici que ses principaux clients pourraient avoir leur siège (comme c'est effectivement le cas — nous l'avons entendu — pour l'entreprise Dalle Crode) et c'est ici également que la situation concurrentielle suscitera des conditions de marché rendant des achats parallèles dans la zone concédée particulièrement attirants, en tout cas beaucoup plus intéressants en général que ceux en provenance d'États membres où les ventes du concédant sont moins importantes.

Dans les deux cas, il est clair qu'une clause contenue dans des contrats de vente exclusive comportant des interdictions d'exporter pour l'État membre du concédant est d'une importance particulière pour la situation concurrentielle. On ne peut donc pas songer à tolérer de telles restrictions dans le cadre du règlement relatif à l'exemption par catégories, lequel est conçu pour des restrictions de concurrence qui, au fond, sont anodines.

A notre avis, tout cela oblige à suivre la Commission pour l'interprétation de l'article 3, du règlement n° 67/67 et à considérer l'exclusion d'importations parallèles en provenance de l'État membre du concédant comme une restriction ou une entrave à l'approvisionnement au sens de la lettre b), bien que cette exclusion ne s'applique pas à d'autres États membres. De ce point de vue, il est manifestement sans importance — et cela englobe les autres éléments de la question posée — que la possibilité d'achat existe effectivement dans d'autres pays membres et qu'il en soit fait réellement usage.

Il faut donc répondre de la manière suivante à la question préjudicielle du Gerechtshof d'Arnhem :

Les contrats de vente exclusive conclus entre un fabricant établi dans un État membre et un concessionnaire exclusif installé dans un autre État membre, qui prévoient, pour les acheteurs dans l'État membre où le fabricant a son siège, des entraves à l'exportation des produits visés au contrat dans le territoire concédé, font partie des accords qui, en vertu de l'article 3 du règlement de la Commission n° 67/67, ne bénéficient pas de l'exemption. Il est sans importance pour l'appréciation de ces contrats que des clients établis dans le territoire couvert par la concession aient réellement la possibilité d'acquérir les produits visés au contrat, ailleurs dans le Marché commun, en dehors de l'État membre du fabricant, et que les intermédiaires et utilisateurs fassent usage ou non de cette possibilité.