

ne réunissent pas, par leur seule nature, les éléments constitutifs de l'incompatibilité avec le marché commun, prévus à l'article 85, paragraphe 1^{er}, du Traité. Elles peuvent cependant les réunir lorsque, soit isolément, soit simultanément avec d'autres, dans le contexte économique et juridique dans lequel elles sont intervenues et sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, elles sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et ont, soit pour objet, soit pour effet, d'empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence ;

.

**La légalité des clauses de fidélité d'approvisionnement
au regard de l'article 85 du Traité de Rome.**

I

Comment doit-on apprécier la légalité des clauses de fidélité d'approvisionnement au regard de l'article 85 du Traité de Rome? Telle est la question qui a été soulevée, à propos d'une obligation de brasserie (1), par une demande de décision préjudicielle dont le tribunal de commerce de Liège a saisi la Cour de Justice des Communautés européennes en vertu de l'article 177 du Traité (2). Celle-ci vient d'y répondre par un arrêt du 12 décembre 1967 (3).

A de multiples reprises les juridictions belges ont déjà eu à statuer sur des questions touchant l'application du droit communautaire de la concurrence, et elles l'ont d'ailleurs fait avec un bonheur fort inégal (4). C'est la première fois en tout cas qu'une juridiction belge a sursis à statuer pour permettre à la Cour de Justice de se prononcer sur l'interprétation de l'article 85. Cela seul suffirait à souligner l'intérêt de l'affaire si celle-ci ne tirait déjà toute son importance de l'originalité de la question posée. Comme nous le verrons, la légalité des clauses de fidélité

(1) Sur les contrats de brasserie en général, voy. RANSELOT, « Les contrats de brasserie et leur réglementation », *Ann. de la Faculté de droit de Liège*, 1957, p. 163. Sur la définition de l'obligation de brasserie, voy. article 2 de l'arrêté royal du 30 février 1968 accueillant une requête relative aux obligations de brasserie, *Monit.* du 2 avril 1968, p. 3537, et DE CALUWE, *Les ventes, les prêts et les prêts personnels à tempérament. Les obligations de brasserie*, Bruxelles, 1965, p. 297-298.

(2) Comm. Liège, 8 mai 1967, *Rev. trim. dr. europ.*, 1967, p. 675, avec note MAREERT, et *Cah. dr. europ.*, 1967, p. 549, avec obs. LOUIS et MAGNÉE.

(3) *Recueil*, XIII-5, 1967, p. 525 et les commentaires de GLEISS dans *WuW*, 1968, p. 203, et de TESSIN dans *AWD BB*, 1968, p. 17.

(4) On trouvera dans *WuW*, 1968, p. 149 et suiv., un inventaire complet établi par DERINGER de toute la jurisprudence communautaire et nationale (et notamment belge), judiciaire et administrative à propos du droit européen des ententes. Cet inventaire reprend également les notes d'observations relatives à chaque décision.

le principe dégagé par la Cour dans le présent litige apporte de nouveaux éléments quant à l'interprétation de l'article 85, par. 1^{er}. Pour en mesurer l'exacte portée, il sera nécessaire de le situer par rapport à la jurisprudence antérieure de la Cour et de la Commission.

II

En droit belge, les obligations dites de brasserie sont régies à l'heure actuelle par une convention conclue entre brasseurs et cafetiers et rendue obligatoire pour tout ce secteur économique par le jeu de l'arrêté royal n° 62 du 13 janvier 1935 permettant l'institution d'une réglementation économique de la production et de la distribution (7). La rigueur peut-être excessive de certaines clauses de fidélité d'approvisionnement dans le secteur de la brasserie avait failli provoquer l'intervention du législateur belge (8). Ce n'est que par une solution collective et contractuelle négociée par les associations et unions professionnelles intéressées que cette intervention put finalement être évitée. Les milieux professionnels trouvèrent l'instrument de cette solution assurément fort souple dans l'arrêté de 1935 qui avait été pris à l'époque pour permettre la cartellisation obligatoire de secteurs économiques tout entiers.

Cette convention se borne à réglementer la tacite reconduction des obligations de brasserie, les clauses pénales, la durée et l'étendue des clauses de fidélité. Elle assouplit et tempère le mécanisme des engagements exclusifs d'achat dans le secteur de la brasserie. Ainsi réglementées, les clauses d'exclusivité d'achat ne peuvent se prévaloir de la sanction des pouvoirs publics belges qui fait échapper les mesures de cartellisation obligatoire à l'article 85 du Traité (9). En effet, les brasseries ne sont pas tenues de recourir à ce système de distribution : il ne s'agit en réalité que d'une entente sur des conditions générales de transaction. Il n'empêche que cette entente soulève peut-être des problèmes de compatibilité avec le Traité, mais ils sortent du cadre de cette note.

III

La validité des clauses de fidélité d'approvisionnement au regard du

(7) Sur l'arrêté royal n° 62 du 13 janvier 1935, voy., entre autres, Ch. DEL MARMOL, *Les ententes industrielles en droit comparé*, Bruxelles, 1950, p. 96-99, et J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. II, Bruxelles, 1957, p. 210 et suiv. Plusieurs arrêtés royaux ont successivement été pris pour accueillir des requêtes relatives aux contrats de brasserie ; voy. arr. roy. du 28 novembre 1961, *Monit.*, 1962, p. 99 ; arr. roy. du 25 septembre 1964, *Monit.*, 1964, p. 11127 ; arr. roy. du 20 février 1968, *Monit.*, 1968, p. 3537.

(8) Voy. Proposition de loi déposée par M. Janssens (Doc. parlem., Chambre, session 1954-1955, n° 221), amendée par M. Nossent (Doc. parlem., Chambre, session 1955-1956, n° 221-2), et M. Daman (Doc. parlem., Chambre, session 1956-1957, n° 221-3). Sur les débats que ces tentatives de réglementation suscitèrent à l'époque, voy. RANSELOT, *op. cit. supra*, note 1.

(9) Sur l'immunité dont jouissent les cartels obligatoires au regard de l'article 85, voy. DERINGER, « WuW/EWG-Wettbewerbsrecht », *WuW*, 1962, p. 791.

litige apporte de nouveaux
85, par. 1^{er}. Pour en mesu-
tuer par rapport à la juris-
mision.

asserie sont régies à l'heure
rassieurs et cafetiers et ren-
nique par le jeu de l'arrêté
'institution d'une réglemen-
distribution (7). La rigueur
idélité d'approvisionnement
provoquer l'intervention du
lution collective et contrac-
; professionnelles intéressées
évitée. Les milieux profes-
lution assurément fort sou-
; à l'époque pour permettre
omiques tout entiers.

la tacite reconduction des
s, la durée et l'étendue des
s, le mécanisme des engage-
la brasserie. Ainsi réglemen-
vent se prévaloir de la sanc-
chapper les mesures de car-
é (9). En effet, les brasseries
de distribution : il ne s'agit
ons générales de transaction.
être des problèmes de com-
u cadre de cette note.

ovisionnement au regard du

y., entre autres, Ch. DEL MARMOL,
i, 1950, p. 96-99, et J. VAN RYN,
, p. 210 et suiv. Plusieurs arrêtés
les requêtes relatives aux contrats
Monit., 1962, p. 99 ; arr. roy. du
du 20 février 1968, *Monit.*, 1968,

as (Doc. parlem., Chambre, session
rlem., Chambre, session 1955-1956,
ssion 1956-1957, n° 221-3). Sur les
ut à l'époque, voy. RANSOËLOX, *op.*

gatoires au regard de l'article 85,
WuW, 1962, p. 791.

Traité de Rome n'avait jusqu'ici été examinée que dans le cadre de concessions exclusives de vente.

Une convention de concession exclusive de vente réunit, en effet, souvent trois sortes d'engagements contractuels qu'il importe de bien distinguer. Il s'agit d'abord de la concession exclusive proprement dite qui est une convention par laquelle un producteur, le concédant, s'engage à confier la distribution de ses produits pour un territoire déterminé à un commerçant, appelé concessionnaire, et à s'abstenir d'approvisionner directement d'autres commerçants dans le territoire qui fait l'objet de la concession. Sur cet accord vient souvent se greffer un engagement du concessionnaire de ne pas acheter en vue de la revente les produits de fabricants concurrents (clause de fidélité d'approvisionnement). Enfin, le concessionnaire peut s'engager à ne pas distribuer, en dehors du territoire concédé, les produits dont la concession lui a été confiée (restriction territoriale). Lorsque la concession fait partie d'un réseau de distribution, la combinaison des restrictions territoriales de ce type imposées aux différents concessionnaires aboutit à une répartition géographique des marchés entre eux et à l'élimination de toute concurrence entre les distributeurs de la même marque (*intra-band competition*). Selon que le système de concessions exclusives est accompagné ou non de restrictions territoriales de ce type, on parle de concessions exclusives ouvertes ou fermées.

Dans l'affaire *Technique Minière*, la Cour de Justice avait à dégager un principe d'interprétation de l'article 85 à propos d'un contrat d'exclusivité ouvert qui comportait une clause de fidélité d'approvisionnement dans la mesure où le concessionnaire s'était engagé à ne pas distribuer de produits concurrents sans l'accord du concédant. La Cour n'a pas envisagé cette clause dans sa réponse à la Cour d'appel de Paris (10). Seul l'avocat général Roemer fit valoir dans ses conclusions que « la plupart du temps l'engagement d'exclusivité d'achat du concessionnaire (c.-à-d. l'interdiction de vendre des produits concurrents) contenu dans le type de contrat qui nous est soumis, ne présente pas de dangers pour la concurrence, parce que rares sont les cas dans lesquels il n'est pas possible d'assurer efficacement l'accès de certains produits au marché que par un seul professionnel » (11). Dans l'affaire *Grundig*, la Commission avait condamné un accord de concession exclusive fermée accompagné d'une clause de fidélité d'approvisionnement. La Cour de Justice annula cependant la décision de la Commission dans la mesure où celle-ci avait frappé d'interdiction l'accord tout entier et n'avait pas suffisamment justifié le caractère nocif pour la concurrence de la clause de fidélité souscrite par le distributeur (12).

Dans le cas *Maison Jallatte*, la Commission avait décidé qu'une clause de fidélité d'approvisionnement liée à une concession exclusive ouverte tombait sous le coup de l'article 85, par. 1^{er}, mais elle l'avait relevée

(10) Voy. *Recueil*, vol. XII-4, 1966, p. 360.

(11) *Recueil*, vol. XII-4, 1966, p. 371.

(12) *Recueil*, vol. XII-4, 1966, p. 498-499.

de l'interdiction par application de l'article 85, par. 3. La Commission se bornait à affirmer que la clause rendait moins facile l'accès au marché belge à d'autres fabricants de chaussures de sécurité, compte tenu du fait que la commercialisation de ce produit demandait des connaissances spéciales d'ordre technique et que cela entraînait une certaine limitation du nombre des commerçants qui pouvaient s'en charger (13).

Que ce soit au niveau de la Cour ou de la Commission, toutes les clauses de fidélité d'approvisionnement soumises à l'examen des autorités communautaires prenaient place dans le cadre d'accords de concession exclusive de vente. Or, on n'a pas toujours aperçu que la clause de fidélité d'approvisionnement avait différentes fonctions selon qu'elle se combinait avec un accord de concession exclusive ou qu'elle se présentait isolément.

Cette clause peut être la contrepartie d'une concession exclusive et viser alors à obliger le distributeur à porter tout son effort commercial sur la marque dont il est le concessionnaire. C'est ainsi que dans la décision *Maison Jallatte*, par exemple, la Commission a justifié la clause de fidélité au regard de l'article 85, par. 3 (14).

La clause de fidélité d'approvisionnement peut aussi se présenter isolément en dehors d'une concession exclusive de vente. Sa fonction est alors toute différente. Elle peut être la contrepartie d'un prêt, d'un bail ou d'une vente. L'objectif de celui qui la stipule est de s'assurer des débouchés. Ces clauses peuvent mettre le producteur à même de réduire son coût de distribution, ses frais de publicité et par conséquent son coût de production. Elles peuvent être le moyen pour des concurrents moins bien armés de se défendre contre de puissants rivaux fermement établis sur un marché, ou pour de nouveaux venus de prendre pied dans un marché. Mais elles peuvent aussi être utilisées par un monopoleur en vue de maintenir sa position ; elles sont alors un instrument de monopolisation. Si les clauses de fidélité sont vues avec suspicion dans le droit de la concurrence, ce n'est pas tellement parce qu'elles limitent la liberté commerciale de ceux qui y souscrivent. C'est parce qu'elles risquent dans certaines circonstances de bloquer l'accès des concurrents du producteur au marché de consommation et par là de limiter les possibilités de choix du public. Leur nocivité dépend donc essentiellement des conditions de fait de chaque espèce.

Ces quelques remarques montrent que les clauses de fidélité d'approvisionnement sont propres à entraîner des effets bien différents selon qu'elles sont combinées avec une concession exclusive de vente ou qu'elles se présentent isolément. Dans le premier cas, le souci du droit antitrust est d'assurer une concurrence entre les distributeurs d'une même marque. Ce n'est que très accessoirement et dans des hypothèses exceptionnelles que les clauses de fidélité éveilleront la méfiance des pouvoirs publics en raison de leurs effets possibles sur la capacité concu-

(13) Décision de la Commission du 17 décembre 1965, *J. O. C. E.*, 38/66. Sur cette décision, voy. notamment la note d'observations de DERINGER dans *EuR*, 1966, p. 156.

(14) *J. O. C. E.*, 39/66.

rentiell
essenti
concur
comme

C'est
condui
n° 67/
d'acco
comme
d'appr
conces
si la cl
c'est p
ressor

La
le Rè;
simple
d'app
de fid
énonc
que su
le cor
cham

L'a
être i
souliq
mont
entre
dro
l'arti
retir
con
par
cant
mêir
sous
une

(1)
Règl
p. 3
for
frais
Den
Th
p. 2
(1

par. 3. La Commission se facilite l'accès au marché par le fait qu'elle n'a pas eu à prendre en compte les connaissances de la Commission en matière de concurrence (13).

La Commission, toutes les clauses amenées des autorités compétentes d'accords de concession ont aperçu que la clause de fidélité fonctionnait selon qu'elle se présentait ou qu'elle se présentait

en concession exclusive et que son effort commercial ainsi que dans la décision justifiée la clause de fidélité

peut aussi se présenter de vente. Sa fonction est celle d'un prêt, d'un bail dont le rôle est de s'assurer des concurrents à même de réduire par conséquent son coût par rapport à des concurrents moins nombreux fermement établis qui ne peuvent prendre pied dans un marché par un monopoleur en vertu d'un instrument de monopole. La suspicion dans le droit de ces clauses limitent la liberté commerciale qu'elles risquent dans les concurrents du producteur de limiter les possibilités de choix et d'entraîner le relâchement des conditions de

clauses de fidélité d'approvisionnement bien différents selon qu'il s'agit d'une concession exclusive de vente ou d'une concession de distribution. Dans ce cas, le souci du droit de protéger les distributeurs d'une concurrence et dans des hypothèses où il y a lieu de penser qu'elles susciteront la méfiance des concurrents sur la capacité concurren-

J. O. C. E., 38/66. Sur cette question voir également dans *EuR*, 1966, p. 166.

entielle des autres producteurs. Dans le second cas, c'est au contraire essentiellement en raison de leur incidence possible sur la faculté des concurrents d'obtenir des débouchés que ces restrictions à la liberté commerciale doivent retenir l'attention des pouvoirs publics.

IV

C'est peut-être en négligeant ces considérations que la doctrine a été conduite à certaines erreurs d'interprétation à propos du Règlement n° 67/67 concernant l'application de l'article 85, par. 3, à des catégories d'accords d'exclusivité (15). Le tribunal de commerce de Liège a considéré comme allant de soi que ce règlement couvrait des clauses de fidélité d'approvisionnement se présentant isolément en dehors du cadre de concessions exclusives de vente. Pour le tribunal de commerce de Liège, si la clause litigieuse ne pouvait bénéficier de l'exemption par catégories, c'est parce qu'elle était insérée dans un accord conclu entre entreprises ressortissant à un même Etat membre (16).

La raison de cette exclusion apparaît en réalité très différente. Certes le Règlement n° 67/67 englobe alternativement dans son article 2 les simples concessions exclusives de vente, les simples clauses de fidélité d'approvisionnement, et les concessions exclusives doublées de clauses de fidélité d'approvisionnement. Cependant les articles subséquents qui énoncent les conditions de fond de l'exemption font nettement ressortir que seules les clauses de fidélité d'approvisionnement se présentant dans le contexte d'un accord de concession exclusive de vente entrent dans le champ d'application du Règlement n° 67/67.

L'article 2 énumère de façon limitative les restrictions qui peuvent être imposées à la liberté commerciale du concessionnaire. L'article 3 qui souligne la nécessité de maintenir la possibilité d'importations parallèles montre le souci du Règlement n° 67/67 d'assurer une certaine concurrence entre distributeurs d'une même marque, souci qui ne peut se comprendre que par rapport à un système de concessions exclusives. Enfin l'article 3 qui décrit les circonstances dans lesquelles la Commission peut retirer le bénéfice de l'exemption utilise à plusieurs reprises les termes « concessionnaire exclusif » et « territoire concédé ». L'exemption peut par exemple être retirée lorsqu'« il n'est pas possible à d'autres fabricants de vendre, dans le territoire concédé, des produits similaires au même stade de distribution que celui du concessionnaire exclusif ». C'est sous réserve de cette possibilité que la clause de fidélité qui accompagne une concession exclusive peut bénéficier de l'exemption.

(15) *J. O. C. E.*, 849/67. Sur ce règlement du 22 mars 1967, voy. MÄLLÄNDER, « Le Règlement d'exemption de catégories d'accords d'exclusivité », *Cah. dr. europ.*, 1968, p. 38; KIRSCHSTEIN, « Die Gruppenfreistellungsverordnung der EWG-Kommission für Alleinvertriebsvereinbarungen », *WuW*, 1967, p. 373; SPORMANN, « Die Gruppenfreistellung zweiseitiger Alleinvertriebsvereinbarungen », *AWD BB*, 1967, p. 175; DEBROCK, *AWD BB*, 1967, p. 226; TESSIN, *NJW*, 1967, p. 1134, et CHAMPAUD, « The Group Exemptions of EEC Regulation 67/67 », *Comm. Mark. L. Rev.*, 1967-1968, p. 23.

(16) Telle semble aussi être l'opinion exprimée par TESSIN dans *AWD BB*, 1968, p. 19.

Il faut donc bien reconnaître que ces conditions limitent le champ d'application du Règlement n° 67/67 et que, même insérées dans un accord entre entreprises de différents Etats membres, les clauses de fidélité d'approvisionnement, prises isolément, sont exclues de son domaine. D'ailleurs, le Règlement n° 153 qui a préparé la voie au Règlement n° 67/67 (17) comme la décision de la Commission relative au cas *Maison Jallatte* qui a esquissé les conditions de fond de l'exemption par catégorie (18) n'ont eu en vue que les clauses de fidélité accompagnant des contrats de concession de vente. Les deux types de clauses de fidélité servant des fonctions différentes et pouvant avoir des effets économiques fort divers, il n'eût guère été concevable de les soumettre à un même régime.

V

Dans l'arrêt sous revue, la Cour de Justice des Communautés européennes a reconnu qu'en dépit de la restriction qu'elle apportait à la liberté du commerçant de choisir ses fournisseurs la clause de fidélité ne réunissait pas par sa seule nature les conditions de l'interdiction prononcée par l'article 85, par. 1^{er}. Interprétant le critère de la restriction à la concurrence, la Cour a reconnu que l'appréciation de la légalité des clauses de fidélité d'approvisionnement ne saurait se faire sans un examen du « contexte économique et juridique » dans lequel elles se situent. Il s'agirait donc d'envisager toutes les circonstances de fait et de droit de chaque cas d'espèce et de procéder à une analyse du marché en vue de déterminer l'effet de ces clauses sur la concurrence. Dans cette perspective, l'existence de contrats similaires contribuant par leur effet cumulatif à restreindre le jeu de la concurrence serait une des circonstances à considérer, sans qu'elle puisse toutefois à elle seule, être tenue pour déterminante.

Cette interprétation fait clairement ressortir que l'objectif de l'article 85 n'est pas de protéger la liberté commerciale des producteurs et des distributeurs comme telle mais de sauvegarder celle-ci dans la mesure (et dans cette mesure seulement) où elle est un instrument indispensable au maintien d'une économie de marché. Le but de l'article 85 est donc tout différent des objectifs poursuivis par les réglementations nationales qui ont prétendu libérer les commerçants de liens contractuels d'une durée ou d'une rigueur excessives (19). L'article 85 ne cherche nullement à « protéger les faibles contre les prétentions exorbitantes de ceux qui sont économiquement les plus forts » (20). Le Traité ne met

(17) Règlement n° 153 de la Commission complétant et modifiant le Règlement n° 27 du 3 mai 1962, *J. O. C. E.*, 2918/62.

(18) *J. O. C. E.*, 39/66.

(19) Voy. pour la France, la loi du 14 octobre 1943 commentée dans *GUYENOT, op. cit. supra*, note 5, p. 93, et pour la Belgique, les arrêtés royaux pris en exécution de l'arrêté royal n° 62 du 13 janvier 1935 (références *supra*, note 7).

(20) Nous empruntons cette formule à la proposition de loi qui avait été déposée par M. Janssen, Doc. Parlem., Chambre, session 1954-1955, n° 221 (n° 1), p. 2.

conditions limitent le champ de la clause, même insérées dans un contrat par ses membres, les clauses de ce genre, sont exclues de son champ d'application. La Commission relative au cas de fond de l'exemption des clauses de fidélité accompagnées de clauses de confidentialité. Les deux types de clauses et pouvant avoir des effets concevables de les soumettre

de des Communautés européennes qu'elle apportait à la clause de fidélité. Les conditions de l'interdiction tant le critère de la restriction que l'appréciation de la légalité ne saurait se faire sans un examen des circonstances de fait et de droit ou à une analyse du marché sur la concurrence. Dans les affaires contribuant par leur concurrence serait une des circonstances, toutefois à elle seule, être

retirer que l'objectif de l'interdiction commerciale des producteurs et de garder celle-ci dans la mesure d'un instrument indispensable. Le but de l'article 85 est de supprimer les réglementations nationales créant des liens contractuels (19). L'article 85 ne cherche à empêcher des prétentions exorbitantes de prix (20). Le Traité ne met

étant et modifiant le Règlement

de 1963 commentée dans GUYON, *op. cit.*, note 7). Le décret royal pris en exécution de la loi qui avait été déposée par le Sénat, n° 221 (n° 1), p. 2.

obstacle à l'aliénation de la liberté d'approvisionnement des commerçants que lorsque celle-ci risque de fermer des débouchés aux producteurs concurrents, et de diminuer ainsi leur capacité concurrentielle.

Toute limitation à la liberté commerciale ou à la liberté d'entreprendre d'un commerçant ne constitue pas automatiquement une restriction à la concurrence au sens de l'article 85, par. 1^{er}, du Traité. Il n'en est ainsi que si l'on démontre *in concreto* par une analyse économique du marché les effets pernicioeux pour la concurrence des clauses restrictives de la liberté commerciale. Il ne suffit pas de constater l'existence d'une de ces clauses et de présumer qu'elle entraîne une atteinte au jeu de la concurrence : il faut que celle-ci soit établie concrètement au regard des faits de chaque espèce. C'est donc fort pertinemment que l'avocat général Roemer a fait observer que « en droit des ententes un certain facteur d'insécurité n'est jamais exclu, puisque l'appréciation y dépend largement des conditions du marché : par la force des choses, elles sont sujettes à de constantes modifications » (21). Comme l'on ne peut se satisfaire d'un critère purement formel — celui de la restriction à la liberté commerciale — il peut être malaisé de prévoir la légalité de tel type d'accord, envisagé dans l'abstrait. Un même type d'accord, frappé d'interdiction dans des conditions de fait déterminées, peut très bien être licite dans des conditions différentes.

Ce principe n'a pas toujours été reconnu. Dans la décision *Maison Jallatte*, la Commission n'a pas cherché à procéder à une analyse économique sérieuse. La Commission s'est contentée d'observer que la commercialisation du produit en question exigeait des connaissances spéciales pour en déduire que l'engagement exclusif d'approvisionnement entraînait une certaine limitation du nombre des commerçants pouvant se charger de la distribution de ce type de produits, et avait donc pour objet de restreindre la concurrence (22). Par contre, admettant la clause au bénéfice de l'article 85, par. 3, la Commission notait que malgré l'exclusivité d'achat imposée au concessionnaire, l'accès au marché, y compris le choix de concessionnaires exclusifs, restait possible pour d'autres fabricants (23). Ces motifs apparaissent en contradiction : si la clause ne bloque pas (ou à tout le moins ne rend pas sensiblement plus difficile) l'accès d'autres fabricants au marché considéré, elle ne restreint pas la concurrence au sens de l'article 85, par. 1^{er} (24). La décision dans l'affaire *Maison Jallatte* est assez caractéristique de la démarche suivie par la Commission. La constatation d'une restriction à la liberté commerciale assortie de quelques considérations théoriques et abstraites sur ses effets suffisait aux yeux de la Commission pour justifier l'application de l'article 85, par. 1^{er}. En dépit de la nécessité reconnue par la Commission dans l'affaire *Grosfillex* d'établir le caractère sensible de la res-

(21) Voy. ses conclusions dans l'aff. 23-67 (Brasserie de Haecht), *Recueil*, XIII-5, 1967, p. 547.

(22) *J. O. C. E.*, 38/66.

(23) *J. O. C. E.*, 40/66.

(24) Voy. nos observations dans *The Rule of Reason in Antitrust Law*, Liège, 1967, p. 161-162.

triction à la concurrence (25), tout se passait en fait comme si les clauses restrictives de la liberté commerciale pouvaient être assimilées presque automatiquement à des entraves au jeu de la concurrence.

En proclamant la nécessité d'une analyse du marché pour mesurer l'effet anticoncurrentiel de clauses restrictives de la liberté commerciale du type des obligations de brasserie, la Cour de Justice dans l'affaire *de Haecht* a mis en cause le bien-fondé du raisonnement suivi par la Commission. La décision *Maison Jallatte* ne répond pas, croyons-nous, aux exigences énoncées par la Cour pour apprécier la légalité des clauses de fidélité d'approvisionnement.

VI

Ces développements ne sont pas sans rappeler ceux que l'on a déjà pu observer à propos des concessions exclusives proprement dites. La Commission s'était montrée d'une excessive sévérité lorsqu'elle avait décidé que même ouvertes les concessions exclusives conclues entre des entreprises relevant de différents États membres tombaient dans le champ d'application de l'article 85, par. 1^{er}, dès lors que les produits soumis à l'accord étaient « individualisés » par certaines particularités. La restriction à la liberté commerciale du producteur était supposée entraîner une limitation de la concurrence au niveau de la distribution de la marque. Mais la Commission reconnaissait, d'autre part, dans le cadre de l'article 85, par. 3, que l'absence de protection territoriale absolue et la possibilité d'importations parallèles constituaient un élément préventif tendant à maintenir l'équilibre des prix de vente et qu'en outre une concurrence effective entre produits similaires de marques différentes jouait dans le même sens. Les décisions dans les affaires *Hummel-Isbecque*, *Maison Jallatte* et *D.R.U.-Blondel* montrent bien la tendance de la Commission à fonder l'application de l'article 85, par. 1^{er}, sur un critère purement formel — celui de la restriction à la liberté commerciale —, et, pour le surplus, à se satisfaire de motivations clichées et interchangeables, quelles que soient les espèces (26). L'arrêt *Technique Minière* a, au contraire, mis en évidence la nécessité d'une véritable analyse, cas par cas, tenant compte de toutes les conditions économiques et juridiques de chaque espèce.

« ... L'altération de la concurrence peut être mise en doute si ledit accord apparaît précisément comme nécessaire à la pénétration d'une

(25) Décision de la Commission du 11 mars 1964, *J. O. C. E.*, 915-916/64. Sur cette décision, voy. les commentaires de KIRSCHSTEIN dans *WuW/E EV* 92, *WuW*, 560 (1964); GLEISS/HIRSCH, dans *NJW*, 1964, p. 1604; TESSIN, dans *AWD BB*, 1964, p. 114; FULDA, « The First Antitrust Decisions of the Commission of the EEC », 65, *Colum. L. Rev.* 625 (1965), et RYZIGER, *Gaz. du Pal.*, 6-9 juin 1964, p. 3.

(26) Décision de la Commission du 17 septembre 1965, *J. O. C. E.*, 2581/65; décision de la Commission du 17 décembre 1965, *J. O. C. E.*, 37/66; décision de la Commission du 8 juillet 1965, *J. O. C. E.*, 2194/65. Pour une critique de ces décisions, voy. JOLINZ, *op. cit.*, p. 146-154. On se référera également aux commentaires de SURENS, dans *Cah. dr. europ.*, 1965, p. 243; de KIRSCHSTEIN, *WuW/E EV* 120, *WuW*, 1965, p. 809; de SCHIBEL, dans *AWD BB*, 1965, p. 356, et de DERINGER, dans *EuR*, 1966, p. 162.

n fait comme si les clauses
nt être assimilées presque
 concurrence.

du marché pour mesurer
de la liberté commerciale
r de Justice dans l'affaire
raisonnement suivi par la
répond pas, croyons-nous,
écier la légalité des clauses

relever ceux que l'on a déjà
ives proprement dites. La
sévérété lorsqu'elle avait
clusives conclues entre des
es tombaient dans le champ
rs que les produits soumis
ines particularités. La res-
ur était supposée entraîner
a de la distribution de la
d'autre part, dans le cadre
tection territoriale absolue
stituait un élément pré-
rix de vente et qu'en outre
ilaires de marques différen-
dans les affaires *Hummel*-
montrent bien la tendance
l'article 85, par. 1^{er}, sur un
iction à la liberté commer-
de motivations clichées et
ées (26). L'arrêt *Technique*
a nécessité d'une véritable
tes les conditions économi-

être mise en doute si ledit
aire à la pénétration d'une

J. O. C. E., 915-916/64. Sur cette
WuW/E EV 92, WuW, 560 (1964);
t, dans *AWD BB*, 1964, p. 114;
ission of the EEC », 65, *Colum. L.*
964, p. 3.
365, *J. O. C. E.*, 2581/65 ; décision
37/66 ; décision de la Commission
que de ces décisions, voy. JOLIET,
commentaires de SUTENS, dans
WuW/E EV 120, WuW, 1965, p. 866 ;
FRINGER, dans *EuR*, 1966, p. 152.

entreprise dans une zone où elle n'intervenait pas... Pour apprécier si
un contrat assorti d'une clause « concédant un droit exclusif de vente »
doit être considéré comme interdit en raison de son objet ou de son
effet, il y a lieu de prendre en considération notamment la nature et
la quantité limitée ou non des produits faisant l'objet de l'accord, la
position et l'importance du concédant et celles du concessionnaire sur
le marché des produits concernés, le caractère isolé de l'accord litigieux
ou, au contraire, la place de celui-ci dans un ensemble d'accords, la
rigueur des clauses destinées à protéger l'exclusivité ou, au contraire,
les possibilités laissées à d'autres courants commerciaux sur les mêmes
produits par le moyen de réexportations et d'importations parallè-
les » (27).

Si la Commission s'était inspirée de cette interprétation dans les espè-
ces *Maison Jallatte, Hummel-Isbecque, D.R.U.-Blondel*, elle aurait cer-
tainement été conduite à constater l'absence d'une restriction à la con-
currence au sens de l'article 85, par. 1^{er} : ce sont des attestations négati-
ves qui auraient dû être délivrées, et non des exemptions selon l'arti-
cle 85, par. 3 (28). Le Règlement n° 67/67 sur les exemptions par caté-
gories qui est postérieur à l'arrêt *Technique Minière* établit que la Com-
mission s'en tient toujours aux conceptions qui se dégagent de ses déci-
sions précédentes. La notion de restriction à la concurrence continue
d'être entendue comme une limitation à la liberté commerciale. Or les
conditions de fait auxquelles est subordonnée l'exemption par catégorie
impliquent que les accords qui y satisfont ne tombent pas, d'après les
critères dégagés par l'arrêt *Technique Minière*, sous l'interdiction de
l'article 85, par. 1^{er} (29).

La compétence exclusive dont jouit la Commission, en vertu de l'ar-
ticle 9 du Règlement n° 17, pour relever les pratiques restrictives de
l'interdiction n'a sans doute pas manqué d'influencer la définition
abstraite que cette même Commission a donnée de la « restriction à la
concurrence ». En adoptant des critères automatiques pour l'application
de l'interdiction, la Commission s'efforçait peut-être de faire dépendre la
licéité du plus grand nombre d'accords possible d'une décision d'exemption
pour laquelle elle a seule compétence. En réduisant au minimum la
nécessité d'analyser les conditions économiques de chaque cas pour
déterminer quand un accord est interdit, la Commission limitait la marge
d'appréciation des autorités et juridictions nationales et étendait, du
même coup, sa sphère de compétence exclusive (30).

(27) *Recueil*, XII-4, 1966, p. 360.

(28) En ce sens, STEINDORFF dans « Coopérations, Concentrations, Fusions d'entre-
prises dans la CEE », *Revue du Marché Commun*, n° 109, 1968, p. 190-191, et JOLIET,
op. cit., p. 173 et 176.

(29) JOLIET, *op. cit.*, p. 179-183. Il convient de signaler une décision d'un tribunal
belge qui a fait application du Règlement n° 67/67, sans rechercher si, en fonction des
critères formulés dans l'arrêt *Technique Minière*, l'entente en question tombait bien
sous l'interdiction de l'article 85, par. 1^{er} : civ. Turnhout (siég. en mat. consul.), 28 juin
1967, *Journ. trib.*, 1968, p. 222, avec observations A. BRAUN.

(30) En ce sens, STEINDORFF, *op. cit.*, p. 189.

La définition qu'avait adoptée la Commission est visiblement inspirée du droit allemand des ententes, et plus spécialement de l'article 1^{er} de la *Gezetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* qui interdit, sous réserve des exceptions prévues par les dispositions suivantes, les cartels horizontaux (31). Dans l'article 1^{er} de la loi allemande, la notion de restriction à la concurrence ou « *Wettbewerbsbeschränkung* » est entendue comme une restriction à la liberté de faire concurrence, c'est-à-dire, à la liberté commerciale des firmes en cause (32). Cette restriction doit être contenue dans les clauses d'un contrat au sens du droit civil (*Gegenstandstheorie*) (33), ce qui exclut du champ d'application de l'article 1^{er} les accords qui, sans comporter de clauses expressément restrictives de la liberté commerciale, aboutissent en fait à fausser le jeu de la concurrence dans le marché (34), tels que les accords d'échange de prix. Pour être interdites, les clauses qui restreignent la liberté commerciale des entreprises sur le plan horizontal doivent être de nature à affecter les conditions du marché. Il s'agit, dit-on, de l'effet externe de la restriction, c'est-à-dire, de son effet sur les possibilités de choix des entreprises tierces (35). Selon la Cour Fédérale allemande, la restriction à la concurrence doit être de nature à se faire sentir de manière perceptible (*spürbar*) sur les conditions du marché (36).

Ce court rappel du droit allemand suffira à mettre au jour les influences qui ont inspiré la démarche de la Commission depuis la décision *Grosfillex* (37). Les tribunaux et les autorités administratives allemands ont incliné à considérer qu'au plan horizontal toute restriction à la liberté de faire concurrence était généralement de nature à influencer les conditions du marché, et rapidement ils ont remplacé par des hypothèses et des suppositions la recherche de l'effet externe probable à laquelle

(31) Pour un exposé plus détaillé de cette thèse, nous nous permettons de renvoyer à notre ouvrage, *The Rule of Reason in Antitrust Law*, Liège, 1967, p. 69-106 et p. 116-152.

(32) BAUMBACH-HEFERMEHL, *Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht*, 8^e édit., Munich et Berlin, 1960, p. 1233; *Frankfurter Kommentar*, Cologne, Rem. 25 sur le § 1^{er}; MÜLLER-HENNEBERG, dans *Gemeinschaftskomentar*, Cologne, 1963, 2^e éd., p. 136; MEYER-CORDING, « Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts », *WuW*, 1962, p. 460. Voy. cependant la décision du BKartA du 23 novembre 1967 (*Farbenhersteller*), *WuW/E BKartA* 1179, *WuW*, 1968, p. 407.

(33) En ce sens, BAUMBACH-HEFERMEHL, *op. cit.*, p. 1233-1234; MÜLLER-HENNEBERG, dans *Gemeinschaftskomentar*, Cologne, 1963, 2^e édit., p. 139, et les références doctrinales et jurisprudentielles citées dans JOLLET, *op. cit.*, p. 84-87. On trouvera un excellent exposé de la *Gegenstandstheorie* dans GÜNTHER, « Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung im EWG-Vertrag und in den Kartellgesetzen der Mitgliedstaaten unter Einschluss der U.S.A. », in *Beiträge zum EWG-Kartellrecht*, Cologne, 1967, p. 116-118.

(34) Voy. DERINGER/TESSIN, dans *AWD BB*, 1964, p. 332.

(35) Voy. BAUMBACH-HEFERMEHL, *op. cit.*, p. 1233. La Cour fédérale allemande a souligné que le but de l'article 1^{er} de la GWB était d'empêcher les restrictions à la liberté commerciale en raison de leurs effets externes sur le marché, et non seulement parce que la liberté d'action des parties contractantes l'une vis-à-vis de l'autre était restreinte: arrêt de la BGH du 1^{er} avril 1964 (*Flusspat*), *WuW/E BGH* 605, *WuW*, 1964, p. 653.

(36) Arrêt de la BGH du 7 juin 1962 (*Spar*), *WuW/E BGH* 486, *WuW*, 1962, p. 680, et du 27 janvier 1966 (*Klinker*), *WuW/E BGH* 726, *WuW*, 1966, p. 664.

(37) Voy. JOLLET, *op. cit.*, p. 116-118.

est visiblement inspirée par le contenu de l'article 1^{er} de l'interdiction, sous réserve des cas, les cartels horizontaux, la notion de restriction est entendue comme c'est-à-dire, à la liberté de restriction doit être contenue dans le droit civil (*Gegenstandsrecht* de l'article 1^{er} les mesures restrictives de la liberté de jeu de la concurrence au jeu de prix. Pour être une restriction commerciale des entreprises, il faut qu'elle ait pour effet de porter atteinte à la liberté de concurrence, c'est-à-dire à la liberté de concurrence, et non seulement parce que la restriction a pour effet de porter atteinte à la liberté de concurrence, mais aussi parce qu'elle a pour effet de porter atteinte à la liberté de concurrence.

mettre au jour les influences administratives allemandes sur toute restriction à la liberté de nature à influencer les conditions de concurrence, et non seulement parce qu'elle a pour effet de porter atteinte à la liberté de concurrence, mais aussi parce qu'elle a pour effet de porter atteinte à la liberté de concurrence.

nous permettons de renvoyer à la doctrine, 1967, p. 69-106 et p. 116-152. *Wettbewerbsrecht*, 8^e éd., Munich, 1963, Rem. 25 sur le § 1^{er}; *Wettbewerbsrecht*, 2^e éd., p. 136; *Wettbewerbsrecht*, 1962, p. 469. *Wettbewerbsrecht*, 1967 (Farbenhersteller).

1233-1234; MÜLLER-HENNINGS, *op. cit.*, p. 139, et les références citées, p. 84-87. On trouve également dans *Der Begriff der Wettbewerbsrestriktionen der Mitgliedstaaten*, *Wettbewerbsrecht*, Cologne, 1967, p. 115-116.

332. La Cour fédérale allemande a refusé de déclarer nulles les restrictions à la liberté de concurrence, et non seulement parce que la restriction a pour effet de porter atteinte à la liberté de concurrence, mais aussi parce qu'elle a pour effet de porter atteinte à la liberté de concurrence.

les obligeait l'article 1^{er} (38). Dans ses décisions *Maison Jallatte, Hummel-Isbecque* et *D.R.U.-Blondel*, la Commission C.E.E. a succombé à la même tentation, en recourant à des formules de motivation quasi automatiques au lieu d'entreprendre une véritable analyse du marché.

L'exemple allemand de la *Gegenstandstheorie* où l'objet se réfère au contenu de l'accord a conduit la Commission à une confusion permanente entre l'objet au sens de l'article 85, par. 1^{er}, et les clauses de l'accord, et à une assimilation de tout engagement restrictif de la liberté commerciale à une restriction de la concurrence au sens de l'article 85, par. 1^{er}. La Commission n'a pas aperçu que cette expression visait bien plutôt l'« objectif » de l'accord comme dans certains arrêts américains dont les formules semblent avoir été reprises mot pour mot dans le *Traité* (39).

A notre avis, l'article 85 frappe d'interdiction tout accord ayant un effet anticoncurrentiel et présume l'intention de porter atteinte au jeu de la concurrence chaque fois qu'un effet peut être constaté, pourvu que l'effet soit imputable à l'accord. Là où l'effet anticoncurrentiel ne s'est pas (ou pas encore) produit, l'article 85 intervient cependant dans un but préventif pour atteindre comme tels un objectif ou une intention contraires à la concurrence. Il ne peut alors s'agir que d'une intention de produire un effet qui, s'il s'était réalisé, aurait rendu l'accord illicite. On ne saurait donc se satisfaire de n'importe quel objectif, et il faudra analyser les pouvoirs économiques dont disposaient les entreprises pour mettre leurs plans en œuvre. Un objectif qui, au vu des circonstances de fait de l'espèce, apparaîtrait hors d'atteinte, ne saurait, à notre avis, être pénalisé en vertu de l'article 85 (40).

Si les théories allemandes avaient inspiré la Commission jusqu'au bout, elles lui auraient évité ces regrettables méprises. En effet, la *Gegenstandstheorie* et l'application quasi automatique de l'interdiction aux clauses restrictives de la liberté commerciale ne valent que pour les entreprises situées au même stade économique. On peut penser que toute restriction horizontale à la liberté d'entreprendre portera presque toujours atteinte au jeu de la concurrence. Si les entreprises n'espéraient pas accroître leur influence sur les conditions du marché en s'entendant, leur intérêt leur dicterait de conserver leur indépendance de mouvement (41). Par contre, pour les accords verticaux, et spécialement les

(38) Pour l'analyse de la jurisprudence la plus caractéristique à cet égard, voy. *Journal*, *op. cit.*, p. 91-103.

(39) Voy. par exemple *White Motor v. U.S.*, 372 U.S., 253, 263 (1963); *U.S. v. Imperial Chemical Industries*, 100 F. Supp. 504, 557 (SDNY, 1951); *Mason City Tent v. Clapper*, 144 F. Supp. 754, 768 (W. D. Missouri, 1956).

(40) L'on notera cependant que dans certains passages de l'arrêt *Technique Minière*, la Cour de Justice, pour déceler l'objet de l'accord, semble s'en référer d'abord aux clauses de celui-ci. L'analyse des effets ne serait alors que subsidiaire : voy. *Recueil*, XII-4, 1966, p. 359. Cependant, un peu plus loin dans l'arrêt, les mêmes critères de fait sont cités pour l'analyse de l'objet ou de l'effet : voy. *Recueil*, XII-4, 1966, p. 360. Dans l'arrêt *Orundig*, la Cour va par contre jusqu'à dire qu'« aux fins de l'application de l'article 85, par. 1^{er}, la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue dès qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre ... le jeu de la concurrence » (*Recueil*, XII-4, 1966, p. 496).

(41) Voy. BAUMBACH-HEFERMEHL, *op. cit.*, p. 1231; HANDLER, *A Study of the Construction and Enforcement of the Federal Antitrust Laws*, TNEC Monograph n° 38,

concessions exclusives et les clauses de fidélité d'approvisionnement, l'article 18 de la GWB ne prévoit leur invalidation sur action de l'autorité de cartel que lorsqu'elles restreignent l'accès au marché d'entreprises tierces de manière non équitable ou dans la mesure où, en raison du nombre de restrictions de ce type, la concurrence sur le marché de ces produits ou services commerciaux ou sur d'autres marchés est limitée de façon substantielle (42). Ce n'est pas un hasard si le texte de l'article 18 de la loi allemande a été cité à deux reprises par l'avocat général Roemer à l'appui de la thèse selon laquelle l'article 85 impliquait aussi la nécessité d'établir, au-delà d'une restriction à la liberté commerciale, une véritable limitation de la concurrence sur le marché considéré (43).

VII

Par son insistance sur la nécessité d'une analyse économique du marché et des circonstances propres à chaque espèce, le présent arrêt de la Cour de Justice se situe dans la ligne des principes énoncés dans l'arrêt *Technique Minière*. En décidant que les clauses de fidélité d'approvisionnement ne réunissent pas, par leur seule nature, les conditions pour être interdites par l'article 85, par. 1^{er}, la Cour de Justice n'a cependant fait qu'une réponse d'évidence. Il était admis par tous, et notamment par ceux qui soulevèrent l'exception d'illégalité au cours du litige principal, qu'un contrat de brasserie envisagé isolément ne saurait exercer aucune influence restrictive sur la concurrence dans un marché donné. C'est d'ailleurs précisément pourquoi le tribunal de commerce de Liège s'était soucié du point de savoir s'il ne devait pas considérer l'ensemble des obligations de fidélité obtenues par une brasserie, voire l'ensemble de ces clauses souscrites dans le secteur tout entier. Tout en reconnaissant que d'autres éléments que l'existence de conventions similaires devaient être considérés, la Cour s'est prudemment abstenue de

Washington, 1941, p. 34; NEALE, *The Antitrust Laws of the U.S.A.*, Cambridge, 1961, p. 430-431.

(42) Sur l'article 18 de la loi allemande, voy. entre autres MARKERT, « Les contrats d'exclusivité en droit allemand de la concurrence », *Rev. trim. dr. europ.*, 1966, p. 06, et DERINGER/TESSIN, « Zur Auslegung der Neufassung des § 18 GWB », *WuW*, 1966, p. 132.

(43) Voy. ses conclusions dans les aff. jointes 56 et 58-64 (Grundig), *Recueil*, XII-4, 1966, p. 519, et dans l'aff. 23-67 (Brasserie de Haecht), *Recueil*, XIII-5, 1967, p. 545-546. Dans cette dernière affaire, il semble cependant que l'avocat général Roemer n'ait pas correctement interprété le droit allemand lorsqu'il a affirmé que pour juger de la légalité des clauses de fidélité d'approvisionnement, il fallait tenir compte de l'ensemble des engagements de cette sorte existant dans un secteur. Lorsque l'on examine si des tiers sont injustement empêchés d'accéder au marché ou si la concurrence est notablement restreinte au sens de l'article 18 de la GWB, il n'est pas douteux que l'on doit examiner l'ensemble du système de conventions établi par le fournisseur considéré. Voy. MARKERT, dans *Rev. trim. dr. europ.*, 1967, p. 675, se référant à SCHWARTZ dans *Nachtrag 1966 zum Gemeinschaftskommentar*, p. 144. Par contre, la question de la prise en considération des systèmes analogues établis par d'autres fabricants semble controversée : voy. MARKERT, *op. cit.*, p. 677-678, et TESSIN, dans *AWD BB*, 1968, p. 18.

étaient tels que l'existence des clauses de fidélité constituait un obstacle à la pénétration du marché par de nouveaux venus (46).

Dans la synthèse du droit antitrust présentée en 1955, le Rapport de l'*Attorney General's National Committee* émettait l'opinion que l'on ne pouvait présumer l'élimination de la concurrence simplement parce que les clauses de fidélité englobaient une partie substantielle du marché. Ce n'est qu'une des circonstances à envisager. L'élimination doit être effective, et, selon le Rapport, le problème essentiel est d'examiner si les producteurs concurrents ont la possibilité de s'assurer des débouchés par d'autres voies (47) (« *The heart of the matter is the ease with which rival suppliers can practicably secure consumer access in alternative ways* »). Il s'agirait donc d'étudier les caractères propres à chaque industrie : là où l'investissement en capital est réduit, où, par conséquent, les concurrents peuvent créer de nouveaux débouchés, où aucune spécialisation n'est exigée des distributeurs et où l'accès au marché de consommation n'est pas autrement limité, les clauses de fidélité d'approvisionnement ne risquent guère de bloquer l'accès aux débouchés des producteurs concurrents (48). L'application de ces critères fait donc dépendre la légalité des clauses d'exclusivité d'achat des circonstances de chaque espèce.

Dans l'espèce *Tampa Electric Co v. Nashville Coal Co*, la Cour Suprême semble avoir épousé les tendances du Rapport de l'*Attorney General's National Committee*. Après avoir décidé que pour apprécier l'effet des clauses d'exclusivité d'achat, on devait d'abord circonscrire le marché « relevant », la Cour Suprême a énoncé différents critères de légalité qui impliquent que l'on ne s'en réfère pas seulement aux aspects purement quantitatifs (49).

Pourrait-on ignorer ces enseignements pour juger de la légalité des clauses de fidélité d'approvisionnement au regard du Traité de Rome? Comme l'a admis la Cour de Justice, l'existence de contrats similaires ne constitue pas à elle seule une circonstance déterminante. Mais contrairement à ce qu'elle avait fait dans l'espèce *Technique Minière* (50), la Cour n'a pas indiqué les éléments qui doivent être envisagés dans le cadre de l'analyse globale du marché. A la suite de l'avocat général

(46) *FTC v. Motion Picture Advertising Service Co*, 344 U.S. 392, 394 (1953).

(47) *Voy. Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws*, Washington, 1955, p. 147.

(48) *Ibid.*, p. 146-147.

(49) 365 U. S. 320, 328-329 (1961), où il est dit : « ... the competition foreclosed by the contract must be found to constitute a substantial share of the relevant market. That is to say, the opportunities for other traders to enter into or remain in that market must be significantly limited ... To determine substantiality in a given case, it is necessary to weigh the probable effect of the contract on the relevant area of effective competition taking into account the relative strength of the parties, the proportionate volume of commerce involved in relation to the total volume of commerce in the relevant market area, and the probable immediate and future effects which preemption of that share of the market might have on effective competition therein ».

(50) *Voy. Recueil*, XII-4, 1966, p. 360.

té constituait un obstacle venus (46).

ie en 1955, le Rapport de ait l'opinion que l'on ne ice simplement parce qu'e substantielle du marché.

c. L'élimination doit être ssentiel est d'examiner si le s'assurer des débouchés ter is the ease with which ccess in alternative ways »).

es à chaque industrie : là ar conséquent, les concu- où aucune spécialisation marché de consommation léilité d'approvisionnement ébouchés des producteurs es fait donc dépendre la s circonstances de chaque

e Coal Co, la Cour Suprême ort de l'Attorney General's pour apprécier l'effet des ord circonscrire le marché nts critères de légalité qui ent aux aspects purement

ur juger de la légalité des egard du Traité de Rome? ence de contrats similaires ce déterminante. Mais con- èce Technique Minière (50), oivent être envisagés dans la suite de l'avocat général

, 344 U.S. 392, 394 (1953). l Committee to Study the Antitrust

the competition foreclosed by the re of the relevant market. That is to or remain in that market must y in a given case, it is necessary to vant area of effective competition ies, the proportionate volume of 'commerce in the relevant market which preemption of that share of ein ».

Roemer (51), on peut citer notamment : la proportion existant entre les quantités écoulées par les cafetiers obligés et les cafetiers libres ; la rigueur de l'exclusivité d'achat qui pourrait concerner seulement le conditionnement en fûts et non en bouteilles ; la durée des engagements ; la variété des canaux de distribution et spécialement la proportion des ventes effectuées en dehors des cafés ; la possibilité d'établir de nouveaux points de vente.

A notre avis, les engagements unilatéraux d'exclusivité d'achat ne sont illicites que s'ils couvrent une partie substantielle du marché et que si pour cette partie du marché ils entraînent l'élimination effective de la concurrence.

Sans vouloir préjuger des résultats d'une véritable analyse du marché, il ne semble pas que ce soit le cas si l'on applique ces critères au secteur belge de la brasserie. Les clauses de fidélité lieraient sans doute la moitié environ des débitants (sans que l'on sache quelles sont les quantités écoulées respectivement par les cafetiers obligés et les cafetiers libres). Cependant, la distribution des bières n'exige pas une haute qualification technique. A la différence de ce qui se passe dans certains pays, il n'existe en outre aucune entrave de droit à l'ouverture de nouveaux débits de boissons. La création de nouveaux points de vente ne nécessite pas non plus l'immobilisation de capitaux extrêmement importants. Les débits de boissons ne constituent d'autre part qu'une des modalités de la distribution de la bière en Belgique. Enfin, les obligations de brasserie sont généralement souscrites à l'occasion d'un nouvel investissement : ces pratiques sont d'ailleurs nées de la nécessité de faire crédit aux petits distributeurs. Le marché apparaît *a priori* relativement extensible. Il est donc improbable que les clauses de fidélité soient, dans ces conditions, un obstacle à la pénétration du marché par de nouveaux fournisseurs.

Enfin, si l'on doit tenir compte de l'existence simultanée de contrats similaires, il ne semble pas que l'on puisse additionner sans discrimination l'ensemble des contrats des différents producteurs pour mesurer l'importance de l'effet anticoncurrentiel. Le critère de la coexistence de toutes les exclusivités d'achat concernant le même produit et le même marché national est trop élémentaire. Dans l'affaire *Standard Oil*, le juge Frankfurter avait certes accordé quelque attention au fait que les concurrents de Standard Oil pratiquaient le même système de clauses de fidélité (52). Dans sa note de minorité dans l'affaire *Motion Picture Advertising Service Co*, Frankfurter reconnaissait sans doute que l'existence d'autres clauses restrictives similaires pouvait être prise en considération dans l'analyse du marché, mais il soulignait qu'en l'absence d'une prévention de conspiration l'on ne pouvait se borner à additionner purement et simplement toutes les clauses existant dans un secteur pour conclure à une violation du Sherman Act (53). Il ne saurait en aller

(51) *Recueil*, XIII-5, 1967, p. 548-549.
 (52) *Standard Oil of California v. U.S.*, 337 U.S. 293, 300 (1949).
 (53) *FTC v. Motion Picture Advertising Service Co*, 344 U.S. 392, 399-400 (1953), ou il est dit : « While the existence of the other exclusive contracts is, of course, not

autrement au regard de l'article 85 du Traité de Rome. En l'absence d'une pratique concertée entre les brasseries, les clauses de fidélité consenties aux différentes entreprises ne peuvent être mises sur le même pied. Il est évident par exemple que les clauses de fidélité obtenues par des brasseries d'importance plus modeste peuvent très bien être un moyen de lutte contre des concurrents plus puissants recourant aux mêmes procédés. Il n'est guère concevable d'ignorer la taille relative des firmes qui se font consentir ces clauses restrictives (54). L'existence de conventions similaires dans une branche n'est qu'un élément parmi d'autres pour apprécier l'élasticité du marché, et partant l'effet anticoncurrentiel du système de distribution d'un producteur donné. Mais chaque système de distribution doit être apprécié séparément par rapport aux conditions du marché considéré. Le présent arrêt de la Cour de Justice n'est pas un blanc-seing donné aux autorités compétentes pour une application purement mécanique du critère de l'existence de conventions similaires.

VIII

Au sujet de la notion d'« accords susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres », la Cour a maintenu l'interprétation qu'elle avait déjà énoncée en des termes légèrement différents dans les arrêts *Grundig* et *Technique Minière*, disant que l'accord doit être de nature à exercer éventuellement une influence sur les courants d'échanges entre Etats membres, à contribuer au cloisonnement du marché et à rendre plus difficile l'interpénétration économique voulue par le Traité (55).

Cette conception n'est certainement pas à l'abri de toute critique. Beaucoup d'accords restrictifs de la concurrence ne contribuent pas au cloisonnement des marchés, mais, portant sur des biens qui font effectivement l'objet d'échanges interétatiques, ils affectent incontestablement le commerce entre Etats membres. Qu'il nous suffise de citer l'exemple d'une entente de prix à l'échelle du Marché commun ou d'une entente de quotas de production. Dira-t-on que ce type d'entente particulièrement nocif pour la concurrence ne satisfait pas à la seconde condition de l'article 85, par. 1^{er}, parce qu'il n'y a pas cloisonnement du marché? Dira-t-on qu'un cartel mondial par lequel les producteurs de pays tiers s'engagent à ne pas venir faire concurrence aux producteurs

irrelevant in a market analysis, ... this Court has never decided that they may in the absence of conspiracy, be aggregated to support a charge of Sherman Law violation ».

(54) L'avocat général Roemer dans ses conclusions dans l'aff. 23-67 n'a d'ailleurs pas exclu que l'on tienne compte de l'importance des brasseries qui font souscrire les engagements de fidélité. Voy. *Recueil*, XIII-5, 1967, p. 548-549.

(55) Voy. *Recueil*, XII-4, 1966, p. 359 et 495. Sur les différentes interprétations de la notion « d'accords susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres », on consultera l'ouvrage de VAN GERVEN, *Principes du droit des ententes de la CEE*, Bruxelles, 1966, p. 25-28. Ce n'est qu'après l'achèvement de cette note que nous avons pu prendre connaissance de la monographie de СТЕСКНАН, *Kartelle und Zwischenstaatlicher Handel*, Stuttgart et Bruxelles, 1967, qui constitue la première étude systématique et comparative de ce problème. Il ne nous a donc pas été possible de tenir compte, comme nous l'aurions souhaité, des éclaircissements apportés par cet auteur.

établi
écha
de 8
naut
Po
Cour
d'opt
d'un
tes c
« Le
pêch
l'abc
natic
part
tent
gine

Ce
onte

Le
conc
assu
omp
d'«
pou
à ce
et l'

D
inco
s'ap
four
inte

soit
Il n
de c
que
la s
les
limi
res

(5
(5
196)
(5
com
op.
(1

de Rome. En l'absence des clauses de fidélité être mises sur le même de fidélité obtenues par très bien être un moyen s recourant aux mêmes taille relative des firmes). L'existence de conven- élément parmi d'autres t l'effet anticoncurrentiel uné. Mais chaque système ar rapport aux conditions our de Justice n'est pas tes pour une application le conventions similaires.

es d'affecter le commerce terprétation qu'elle avait ts dans les arrêts *Grundig* ; être de nature à exercer s d'échanges entre Etats marché et à rendre plus par le Traité (55).

abri de toute critique. ice ne contribuent pas au des biens qui font effec- ls affectent incontestable- ju'il nous suffise de citer Marché commun ou d'une ue ce type d'entente parti- sfait pas à la seconde con- y a pas cloisonnement du lequel les producteurs de concurrence aux producteurs

er decided that they may in the ge of Sherman Law violation ». lans l'aff. 23-67 n'a d'ailleurs pas series qui font souscrire les enga- 48-549.

s différentes interprétations de la rce entre Etats membres », on t des ententes de la CEE, Bruxelles, e note que nous avons pu prendre le und *Zwischenstaatlicher Handel*, ière étude systématique et com- sible de tenir compte, comme nous cet auteur.

établis à l'intérieur de la C.E.E. pourvu que ceux-ci renoncent, en échange, à déployer leurs activités dans les pays tiers, échappe à l'article 85 parce qu'il n'entrave pas l'intégration à l'intérieur de la Communauté?

Poussée jusque dans ses conséquences logiques, l'interprétation de la Cour de Justice risque d'affaiblir la portée de l'article 85. Cette erreur d'optique (dans une perspective à plus long terme) provient à notre avis d'une conception trop étroite du rôle du droit communautaire des ententes que l'on retrouve dans les conclusions de l'avocat général Roemer. « Le rôle du droit communautaire des ententes, disait celui-ci, est d'empêcher que la réalisation du Marché commun (qui s'accomplit tant par l'abolition que par la mise en œuvre d'actes relevant de la souveraineté nationale) soit rendue plus difficile ou vouée à l'échec par le fait que des particuliers concluent, en matière de concurrence, des accords qui affectent le commerce international et établissent des cloisonnements d'origine privée là où les cloisonnements d'origine étatique disparaissent » (56).

Ce serait singulièrement diminuer le rôle du droit communautaire des ententes que de le cantonner dans une fonction purement auxiliaire.

Le but de l'article 85 est de supprimer tous les accords restrictifs de la concurrence qui s'opposent à la création et au maintien de conditions assurant un résultat économique optimal, et pas seulement ceux qui empêchent l'ouverture et l'interpénétration des marchés (57). La notion d'« accord susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres » a pour seul objet de fixer l'empire du droit communautaire par rapport à celui des Etats. Son rôle est simplement de servir de règle de conflit et l'on ne peut lui attribuer le sens d'un critère matériel (58).

Dans le cas des clauses de fidélité d'approvisionnement leur effet est incontestablement d'empêcher les distributeurs qui y ont souscrit de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs, et notamment auprès de fournisseurs étrangers (59). Par ce seul fait, elles touchent aux échanges interétatiques ; encore faut-il, comme l'exige la Commission, que cet effet soit de quelque importance pour que joue l'interdiction de l'article 85. Il n'était donc pas nécessaire d'accorder tant d'attention à la réalisation de cette condition. Si après une analyse globale du marché on constate que les clauses de fidélité entraînent une restriction de la concurrence, la seconde condition sera remplie du même coup, sauf à démontrer que les clauses d'exclusivité ne visent que les fournisseurs nationaux et ne limitent aucunement l'approvisionnement en bières étrangères originaires d'autres pays du Marché commun.

(56) *Recueil*, XIII-5, 1967, p. 544.

(57) 10^e *Rapport sur l'activité de la Communauté*, Commission CEE, Bruxelles, 1967, p. 29.

(58) Des trois qualifications possibles de cette notion — critère matériel, règle de compétence ou norme de conflit — c'est la dernière qui est retenue par STECKHAN, *op. cit.*, p. 102-107.

(59) Cf. *Standard Oil of California v. U.S.*, 337 U.S. 293, 314-315 (1949).

IX

Le principe de l'analyse globale du marché ne sera pas d'une application aisée pour la juridiction nationale. Celle-ci ne pourra se prononcer que sur la base des informations que les parties voudront bien ou seront en mesure de lui procurer. Or les parties ne connaissent normalement que la situation particulière qui les concerne, et non la situation du marché dans son ensemble. Nos juridictions nationales sont donc fort mal équipées pour mener à bien une enquête économique de l'ampleur de celle prescrite par la Cour de Justice. Ne s'impose-t-il pas dès lors de trouver une base procédurale permettant à la juridiction nationale de surseoir à statuer jusqu'à ce que la Commission, armée de puissants moyens d'investigation, ait eu la possibilité de se prononcer sur l'applicabilité de l'article 85, par. 3? La Commission aurait du même coup l'occasion de déterminer si les conditions de l'interdiction sont réunies.

Cette solution, inspirée par le souci d'éviter des décisions contradictoires entre les juridictions nationales et la Commission à qui a été réservée une compétence exclusive pour accorder des exemptions, a été recommandée par l'avocat général Roemer (60). On reconnaîtra qu'elle ne manque pas d'appuis sérieux (61).

En conclusion, on ne peut s'empêcher de souligner la complexité croissante des questions que soulève l'application du droit communautaire des ententes. A défaut d'une politique clairement définie au niveau de ce que certains appellent l'exécutif communautaire, les problèmes ont tendance à surgir « par le bas » à l'occasion de procès soumis aux juges

(60) *Recueil*, XIII-5, 1967, p. 549.

(61) En effet, en supposant même que la juridiction nationale constate que l'article 85, par. 1^{er}, s'applique en l'espèce, la clause litigieuse, dispensée de notification en vertu de l'article 4 du Règlement n° 17, devrait, semble-t-il, être considérée comme provisoirement valable, par application analogique de l'arrêt *Bosch*, en attendant une décision de la Commission concernant l'applicabilité de l'article 85, par. 3. Voy. Arrêt de la Cour de Justice des Comm. europ. du 6 avril 1962 dans l'aff. 13-61 (*De Geus c/ Bosch et Van Ryn*), *Recueil*, 1962, vol. XIII, p. 32 et suiv., *DERINGER*, *op. cit. supra*, note 9, *WuW*, 1965, p. 439-441, et *GLEISS/HIRSCH*, *EWG-Kartellrecht*, 2^e éd., Heidelberg, 1965, p. 264-266. Dans une hypothèse mettant en cause un accord provisoirement valable, la Cour d'appel de Bruxelles a, rappelons-le, tiré argument du caractère précaire de la validité pour refuser de contraindre les parties à l'exécution de la convention litigieuse. En outre la Cour d'appel a ordonné la surséance à statuer en vertu du principe selon lequel « le juge doit soigneusement s'abstenir de statuer aussi longtemps qu'il ne possède pas tous les éléments indispensables ou simplement utiles à la solution du litige » : app. Bruxelles, 25 juin 1964, *Journ. trib.*, 1964, p. 576 avec observations *RIGAUX*. C'est pour éviter la création d'une situation irrémédiable et le risque de conflits de décisions dû à la compétence exclusive réservée à la Commission par l'article 9, par. 1^{er}, du Règlement n° 17 que la Cour d'appel de Bruxelles a pris le parti de réduire la portée de la notion de validité provisoire et de surseoir à statuer. Cette décision n'a pas été censurée par la Cour de cassation belge (cass., 8 juin 1967, *Journ. trib.*, 1967, p. 458, et notes *MARKERT* dans *WuW*, 1967, p. 808, et *WÆLBROECK* dans *Rev. crit. jurispr. belge*, 1968, p. 15) et elle a même recueilli l'approbation d'une partie de la doctrine (voy. notamment *WÆLBROECK*, dans *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1965, p. 155, et *MARKERT*, dans *WuW*, 1967, p. 51). Ce n'est pourtant pas la solution à laquelle se sont ralliées d'autres

nationaux
impatients
assurément
l'élaboratio
souvent de
l'incertitud
tions préju
cantonnée
peut certes
tion, mais
fondée l'in
de la conc
sions admi
A cet égar
rôle plus a
la Justice,
jurisprude

juridictions
du 14 juin
a conduit cer
demande de
dité provisoi
accord dispe
l'inconvénie
période prat
parties de n
délais plus t

La juridic
sans attendi
à la conclu
l'article 85,
fondant à n
par. 1^{er}, du
il n'en irait
par l'article
belge, 8 juil
relève de c
tiellement :

(62) Voy

nationaux dans lesquels l'article 85 est invoqué par des « outsiders » impatientes ou des parties d'une bonne foi souvent douteuse. Ce n'est assurément pas la meilleure voie qui puisse être suivie pour aboutir à l'élaboration du droit européen des ententes. En effet, ces procès risquent souvent de plonger pour longtemps tout un secteur économique dans l'incertitude quant au sort de certains contrats. Le système des questions préjudicielles n'est pas d'un grand secours en l'occurrence, car, cantonnée dans les limites de l'article 177 du Traité, la Cour de Justice peut certes éclairer les juridictions nationales sur un point d'interprétation, mais non les guider dans l'évaluation économique sur laquelle est fondée l'interdiction prononcée par l'article 85, par. 1^{er} (62). Le droit de la concurrence ne peut vraiment remplir sa mission que si les décisions administratives sont suffisamment rapides et solidement motivées. A cet égard, le présent litige devrait inciter la Commission à jouer un rôle plus actif en s'inspirant de l'exemple américain du Département de la Justice, et à s'attacher à la solution des problèmes de fond par une jurisprudence systématique, plus diverse et plus nombreuse.

RENÉ JOLIET,

PREMIER ASSISTANT A L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE,
LL. M. S. J. D. (NORTHWESTERN UNIVERSITY).

juridictions nationales et notamment la Cour Fédérale allemande (arrêt de la BGH du 14 juin 1963, *Trockenrasierer*, JZ, 1964, p. 219 avec obs. STEINDORFF), ce qui a conduit certains à soutenir qu'il y avait lieu de saisir la Cour européenne d'une nouvelle demande de décision préjudicielle qui porterait sur l'interprétation de la notion de validité provisoire (voy. notamment MARKERT, dans *WuW*, 1967, p. 810). Appliquée à un accord dispensé de notification, la solution de la Cour d'appel de Bruxelles présenterait l'inconvénient majeur de priver la clause restrictive litigieuse de toute efficacité pour une période pratiquement indéterminée, à moins que la juridiction nationale n'impose aux parties de notifier leur accord en vue d'amener la Commission à se prononcer dans des délais plus brefs.

La juridiction nationale pourrait-elle statuer sur l'application de l'article 85, par. 1^{er}, sans attendre la décision de la Commission touchant l'article 85, par. 3, si elle arrivait à la conclusion que la convention ne tombait pas sous l'interdiction formulée par l'article 85, par. 1^{er}? D'éminentes autorités l'ont mis en doute et ont conclu, en se fondant à nouveau sur la compétence exclusive réservée à la Commission par l'article 9, par. 1^{er}, du Règlement n° 17, que la surséance devrait être considérée comme la règle : il n'en irait autrement que lorsque la convention ne serait manifestement pas interdite par l'article 85, par. 1^{er}. (Voy. les conclusions de l'avocat général F. DUMON sous cass. belge, 8 juin 1967, *Journ. trib.*, 1967, p. 464). Il ne nous paraît pas que le présent litige relève de cette exception, car l'application de l'article 85, par. 1^{er}, dépend ici essentiellement d'une évaluation économique des circonstances de l'espèce.

(62) Voy. MARKERT, dans *Rev. trim. dr. europ.*, 1968, p. 679.

ché ne sera pas d'une appli-
Celle-ci ne pourra se pronocer
arties voudront bien ou seront
ne connaissent normalement
erne, et non la situation du
ns nationales sont donc fort
ête économique de l'ampleur
Ne s'impose-t-il pas dès lors
nt à la juridiction nationale
mission, armée de puissants
é de se pronocer sur l'appli-
mission aurait du même coup
de l'interdiction sont réunies.
riter des décisions contradic-
la Commission à qui a été
corder des exemptions, a été
(60). On reconnaîtra qu'elle

souligner la complexité crois-
on du droit communautaire
ement définie au niveau de
nautaire, les problèmes ont
de procès soumis aux juges

n nationale constate que l'article
dispensée de notification en vertu
il, être considérée comme provi-
t *Bosch*; en attendant une décision
85, par. 3. Voy. Arrêt de la Cour
13-61 (*De Geus c/ Bosch et Van*
ER, *op. cit. supra*, note 9, *WuW*,
t, 2^e éd., Heidelberg, 1965, p. 264.
l provisoirement valable, la Cour
i caractère précaire de la validité
la convention litigieuse. En outre
ertu du principe selon lequel « le
gtemps qu'il ne possède pas tous
lution du litige » : app. Bruxelles,
ons RIGAUD. C'est pour éviter la
affits de décisions dû à la compé-
9, par. 1^{er}, du Règlement n° 17
duire la portée de la notion de
sion n'a pas été censurée par la
b., 1967, p. 458, et notes MAR-
s *Rev. crit. jurispr. belge*, 1968,
tie de la doctrine (voy. notam-
965, p. 155, et MARKERT, dans
laquelle se sont ralliées d'autres