

LES RÈGLES DE LA CONCURRENCE AU SEIN DE LA C.E.E.

(ANALYSE ET COMMENTAIRES DES ARTICLES 85 à 94 DU TRAITÉ)

Arved DERINGER

Avocat à Bonn

Avec la collaboration de :

André ARMENGAUD, Ingénieur-Conseil en Propriété Industrielle, Paris.

Léon DABIN, Professeur à l'Université de Liège.

D^r Dieter ECKERT, Conseiller au Bureau des Cartels de l'Allemagne Fédérale à Bonn.

Charley del MARMOL, Professeur à l'Université de Liège.

Eugenio MINOLI, Avocat, Professeur à l'Université de Modène.

Henri MONNERAY, Docteur en Droit, Avocat à la Cour de Paris.

Renzo MORERA, Avocat à Rome.

D^r Claus TESSIN, Avocat à Bonn.

D^r H. W. WERTHEIMER, Conseiller juridique et économique à Eindhoven.

D^r Heinrich WEYER, Fonctionnaire au Bureau des Cartels de l'Allemagne Fédérale, Berlin.

C. — ARTICLE 90 PARAGRAPHE 2

I. — *Entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, ou présentant le caractère d'un monopole fiscal.*

1) *Interprétations différentes dans les Etats membres.*

64. — En ce qui concerne la notion générale de l'« entreprise », voir ci-dessus les remarques 26 à 35. Quant à la notion d'« entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général », il existe jusqu'à présent des idées très différentes dans les Etats-Membres.

65. — En Belgique on utilise le terme d'« intérêt général » par opposition à celui d'« intérêts locaux », c'est-à-dire aux intérêts des provinces et des communes. *Orianne* (p. 4 et suivantes constate, à juste titre que cette définition ne doit pas être utilisée pour l'interprétation de l'art. 90, parag. 2. C'est pourquoi, il assimile le « service d'intérêt général » à la notion courante en Droit Administratif Belge de « service d'intérêt public ». La théorie belge distingue les « services publics organiques » et les « entreprises privées gérant un service public ». Pour les premiers, le critère déterminant réside dans la forme juridique, l'adjonction au ressort du droit public.

Parmi ces services (Buttgenbach, Manuel, p. 186-191, 208-221), il faut compter les personnes juridiques de droit public et les entreprises publiques d'économie privée, y compris celle où l'Etat détient une influence déterminante (Buttgenbach, Manuel, p. 221-224). *Ainsi, en Belgique, autrement qu'en France* (voir remarque 84), *toutes les entreprises publiques sont également des services publics organiques*.

Par contre, quant aux « entreprises privées gérant un ser-

vice public », qui appartiennent au secteur privé de par leur forme juridique, c'est la fonction ou la tâche publique dont elles sont investies, qui constitue l'élément déterminant. (Buttgenbach, Manuel, p. 62, 234-267).

66. — *Pour l'Allemagne, on ne trouve jusqu'ici aucune unité d'opinion.* Les commentaires officiels du Gouvernement Fédéral à propos du Traité du Marché Commun (imprimé du Bundestag, n° 3 440, p. 127, édité chez *Rieber*, Le Marché Commun, 1957, p. 265) donnent comme unique exemple concernant l'art. 90, parag. 2, les entreprises de fourniture citées également par Everling (remarque 4 relative à l'art. 90), Thiesing (remarque 5 relative à l'art. 90) et Kleemann (p. 61). Selon Everling, sont comprises en outre éventuellement, les pharmacies, les maisons de santé, les sociétés de foires, les bourses, les assurances ou les banques, « dans la mesure où elles sont chargées d'une tâche particulière ». A cette liste, Kleemann y adjoint encore les avocats. D'après *v. Gamm* (p. 44), il doit s'agir d'entreprises publiques ou concessionnaires ; parmi les services d'intérêt économique général, doivent être comptés, en premier lieu, ceux des « entreprises assurant le fonctionnement des services publics à caractère industriel ou commercial ». Cette notion est cependant, contestée par les auteurs qui s'occupent spécialement d'économie de prestation de services (*Scheuten*, *Energiewirtschaftliche Tagesfragen*, 1962, p. 123 ; *Fischerhoff*, BB 62, p. 783, et *Malzer*, WuW 63, 203), qui doutent que les entreprises de fourniture allemandes tombent sous l'art. 90, parag. 2, car elles ne seraient pas des entreprises chargées ou concessionnaires de fonctions publiques. (Seul *Malzer* le niant clairement).

67. — Par contre, selon la conception française (Drago, p. 3), la notion « d'entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général », est une notion matérielle, dépendant du but poursuivi, et non pas une notion formelle (dépendant chaque fois de la structure du service en question). Drago, également, identifie la notion de « service d'intérêt général », avec le « service public » du droit administratif français dont la définition (52) développée par la jurisprudence se reporte à « l'intérêt général », utilisé également à l'art. 90, parag. 2.

La notion plus particulière de « service public économique » ne serait, sans doute, pas connue en droit français, mais pourrait, cependant, être assimilée à celle de « service industriel et commercial », qui désigne une activité dans le domaine économique, activité ayant un intérêt public et menée par une collectivité publique sous le contrôle de cette dernière, et qui serait régie pour cela, il est vrai, selon les règles d'une entreprise privée, mais jouissant d'une série de prérogatives (53).

En outre, des entreprises privées investies d'une mission publique pourraient tomber également sous l'art. 90, parag. 2.

68. — Pour l'Italie aussi, *Franceschelli* (Rapport italien, p. 19) assimile la notion d'intérêt général à celle d'intérêt public et définit les services publics comme toute prestation utile apportée par une corporation publique ou par un particulier chargé de cette prestation, à l'ensemble des citoyens ou à des personnes déterminées. Les entreprises de prestation de services sont, selon sa conception, celles qui produisent les moyens avec lesquels ces prestations de services sont rendues (p. 12). Dans le rapport du Ministère Italien pour la Participation de l'Etat, sont citées constamment comme entreprises de prestation de services les entreprises de navigation aérienne et maritime, les services de télécommunication, de radiodiffusion et de télévision, des

(52) Le service public est une activité d'intérêt général accomplie par une personne publique ou par une personne privée sous le contrôle de l'autorité publique.

(53) *Drago*, p. 5 ; d'après *de Laubadère*, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 1963, tome I, p. 557 et suivantes, deux critères importants pour qu'un service public soit un service public industriel ou commercial : le but de son activité doit, comme pour les entreprises privées, se situer dans le domaine de la production ou du commerce et il doit travailler sous les mêmes conditions que les entreprises privées. Ses règles dépendent donc en partie du droit privé, et en partie du droit public.

autoroutes et des banques, alors que, en ce qui concerne les entreprises de fourniture de la production d'énergie électrique et nucléaire, l'adjonction est incertaine. *Franceschelli* (p. 30) motive l'adjonction de certaines entreprises de navigation, par exemple, par le fait que chez elles existeraient des exigences de nature politico-économique et nationale, qui incitent l'Etat à garantir le maintien et la régularité de certaines lignes maritimes ainsi que la présence des couleurs nationales dans les ports les plus importants. Dans le domaine bancaire, la recherche de l'épargne auprès du public sous toutes ses formes et l'octroi de crédit passent, en raison de dispositions légales (p. 34), pour des fonctions d'intérêt public. Pour cette raison, seraient banques d'intérêt national, non seulement la Banque d'Italie comme banque d'émission, comme c'est le cas également en Allemagne, mais aussi toutes les banques qui « possèdent une vaste organisation à caractère national ».

69. — De l'usage de la notion de service d'intérêt général, qu'il assimile au service public en France, *Drago* (p. 4), conclut à l'approbation par le Traité des tendances interventionnistes de chacun des différents états membres. A cette fin, il préconise une large interprétation de l'art. 90, parag. 2, pour faciliter l'harmonisation dans ce domaine.

— Toutefois, une vaste interprétation conduirait, au contraire, à distordre la concurrence et rendrait difficile l'harmonisation, car l'art. 90, parag. 2 crée une exception matérielle aux dispositions du Traité et particulièrement aux règles de la concurrence prévues par les art. 85 à 94 (voir à ce sujet ci-dessous remarque 89) ; plus on élargit la notion des entreprises relevant du parag. 2 de l'art. 90, et plus grands seront les domaines de l'économie soustraits aux règles du Traité en général et à celles de la concurrence en particulier. Par conséquent, dans le cas du parag. 2 de l'art. 90, il est encore plus nécessaire que dans le cas du parag. 1 (voir ci-dessus remarque 37), une interprétation homogène, vu qu'une interprétation dans le cadre du droit national pourrait conduire à des notions distinctes et à un traitement différent des entreprises et des états de choses semblables dans les différents Etats membres (*Franceschelli*, Rapport Italien, p. 4). Le Traité doit, cependant, sortir de lui-même et ne doit être interprété d'une façon discriminatoire, c'est-à-dire qu'il doit être interprété de telle façon que les mêmes faits économiques soient traités de la même façon dans tous les états.

(à suivre).

LES RÈGLES DE LA CONCURRENCE AU SEIN DE LA C.E.E.

(ANALYSE ET COMMENTAIRES DES ARTICLES 85 à 94 DU TRAITÉ)

Arved DERINGER

Avocat à Bonn

Avec la collaboration de :

André ARMENGAUD, Ingénieur-Conseil en Propriété Industrielle, Paris.

Léon DABIN, Professeur à l'Université de Liège.

D^r Dieter ECKERT, Conseiller au Bureau des Cartels de l'Allemagne Fédérale à Bonn.

Charley del MARMOL, Professeur à l'Université de Liège.

Eugenio MINOLI, Avocat, Professeur à l'Université de Modène.

Henri MONNERAY, Docteur en Droit, Avocat à la Cour de Paris.

Renzo MORERA, Avocat à Rome.

D^r Claus TESSIN, Avocat à Bonn.

D^r H. W. WERTHEIMER, Conseiller juridique et économique à Eindhoven.

D^r Heinrich WEYER, Fonctionnaire au Bureau des Cartels de l'Allemagne Fédérale, Berlin.

C. — ARTICLE 90 - Paragraphe 2 (suite)

I. — ENTREPRISES CHARGÉES DE LA GESTION DE SERVICES D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL, OU PRÉSENTANT LE CARACTÈRE D'UN MONOPOLE FISCAL (suite).

2) Notion de « gestion de services ».

70. — Selon l'art. 60 du Traité, sont considérés comme services « Au sens du présent Traité, ... les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ». Ainsi, l'art. 60 délimite la notion de services de telle manière que tous les services qui sont réglementés dans les autres chapitres du Traité, ne sont pas des services au sens du Traité. Ainsi, s'éliminent : tous les services de marchandises (chapitre de l'Union douanière) et de capitaux (chapitre des mouvements de capitaux), ensuite, les services d'activité autonome ou une activité autonome dans le pays dans lequel le prestataire a fondé un centre commercial (chapitre du droit d'établissement) (Everling, Remarque 2 relative à l'art. 60) (54).

Si l'on place cette définition également à la base de l'interprétation de l'art. 90, parag. 2, comme l'exige les termes de l'art. 60 « au sens du présent Traité », alors la livraison de marchandises et l'octroi de capitaux ne seraient pas concernés par les activités selon l'art. 90, parag. 2 (ainsi en est-il pour Everling, remarque 4 relative à l'art. 90). Fischerhoff (à l'endroit cité, p. 785), Malzer (à l'endroit cité, p. 205), et Obernolte (Eurowi 60, 223, 242), en concluent que les entreprises appartenant au secteur économique de

fourniture ne tombent pas sous l'exception stipulée dans le parag. 2 de l'art. 90, car le gaz et l'eau seraient incontestablement des marchandises et l'on devrait même considérer le courant électrique comme une marchandise, même s'il n'est pas un bien au sens du parag. 90 B.C.B. (55).

Tant que les entreprises de fourniture seront citées en exemple pour l'art. 90, parag. 2, les auteurs ne s'occuperont pas des doutes pouvant résulter éventuellement de l'art. 60.

71. — Selon le sens et le dessein de l'art. 90, parag. 2, la définition donnée à l'art. 60 — en soi pour tout le Traité — de la notion de « service » semble toutefois trop étroite, car, ici, selon les lois naturelles, le service de marchandise peut jouer justement un rôle essentiel. Les traductions aussi du mot « Dienstleistung » dans les trois autres langues incitent à une large interprétation de ce terme. Elles ne parlent pas de « Dienstleistung » (services), au sens étroit, mais de « Leistung von Diensten » (« gestion de services », ou bien de « gestione di servizi », ou bien encore de « beheer van diensten »), c'est-à-dire d'une formule qui, en tout cas, en droit administratif français est essentiellement plus vaste que la notion allemande de « Dienstleistung » au sens du B.C.B. ou également à celui de la définition donnée par l'art. 60 du Traité de la Communauté Économique Européenne. Car les termes gestion, gestione et beheer n'ont pas tant le sens du terme allemand de « leisten, erbringen von Diensten » (rendre, d'apporter un service), mais celui de l'exploitation ou de la direction d'un service au sens du service français (56).

(54) La conclusion tirée par Everling, remarque 3, de la délimitation au chapitre du droit d'établissement, que les « services » ne sont que des services qui sont exercés par un Etat Membre dans un autre Etat Membre ne convainc pas. Le chapitre « services » régit seulement, comme la plupart des chapitres du Traité, l'apport de services entre les Etats Membres sans que cet apport, au-delà des frontières, appartienne à la notion de service. La question est toutefois insignifiante pour l'interprétation de l'art. 90, car le parag. 2 de l'art. 90 vise de toute façon également et avant tout des services à l'intérieur d'un Etat Membre (Everling, remarque 4 relative à l'art. 90).

(55) Le tarif douanier de Bruxelles considère sous l'art. 27.05a, le gaz de ville, le gaz provenant de grande distance, le gaz à l'eau, le gaz provenant de la gazéification et des gaz semblables ; sous l'art. 27.11, le gaz de pétrole et autres hydrocarbures gazeux, et sous l'art. 27.17, le courant électrique.

(56) En droit français, les expressions « entreprise chargée de la gestion », « entreprise gérant » et « entreprise qui gère » sont pratiquement synonymes et désignent l'exercice d'un service - public - par une entreprise.

L'expression gestion ou également gèstione, désigne donc d'une façon tout à fait générale les moyens techniques et juridiques requis pour l'exécution d'un service, c'est-à-dire « une entreprise exerçant une activité répondant à un service pour lequel est mandatée par un acte de concession ou pour lequel elle fut fondée à l'origine ». Franceschelli, Rapport Italien, p. 9).

72. — C'est pourquoi, les auteurs du milieu juridique romain, pour l'interprétation de l'art. 90, parag. 2, n'abordent point le terme de « gestion » ou de sa traduction, mais ils se rattachent à la notion de « service » et confondent le service d'intérêt général avec la notion qui leur est bien courante de service d'intérêt public (Orianna, p. 4) ou bien de service public (Drago, p. 3). En faveur de cette interprétation par le fait que, selon la cohérence du Traité, la notion de service ne doit pas être comprise au sens du droit civil, mais au sens du droit public, où le « service public » est compris dans un esprit très proche de celui de l'art. 90, parag. 2 (Franceschelli, Rapport Italien, p. 10). Si l'on suit cette identification, et pour cela il semble nettement que les auteurs de l'art. 90, parag. 2 voulaient se rattacher par leur formulation à l'idée de service public (57), la notion de « gestion de service d'intérêt économique général » englobe ainsi non seulement les services au sens étroit de la langue allemande, mais aussi chaque prestation de service ou approvisionnement en marchandises, dans ce dernier cas, le service consistant en la mise à la disposition de la prestation en nature (voirie, éclairage de voirie, jardins publics, etc.).

3) « D'intérêt économique général ».

73. — A la question de savoir ce que sont des services « d'intérêt économique général », on ne peut guère répondre pour l'instant, d'une façon abstraite. En règle générale, « l'intérêt général » est confondu avec « l'intérêt public » (Drago, p. 3 ; Orianna, p. 4 ; Franceschelli, Rapport Italien, p. 19). Une prestation, une activité, un service « d'intérêt général » est, par conséquent une activité, qui ne sert pas uniquement l'intérêt de personnes isolées ou d'un groupe de personnes, mais celui de la communauté. Pour cela, il faut entendre non seulement la Communauté Economique Européenne, mais aussi toute collectivité publique au sein de la Communauté, c'est-à-dire, les Etats Membres, les Länders, les Provinces et les Communes (58).

(57) En effet, il semble périlleux d'accepter cette notion dans son tout, c'est-à-dire, de faire entrer tout simplement, par exemple comme Drago, p. 8, le propose dans l'art. 90, parag. 2, tout le domaine du service public industriel et commercial du droit français ; car, eu égard à la définition matérielle de la notion de service public en France, (conf. ci-dessus remarque 67), cela serait élargir considérablement pour la France, le domaine d'application de l'art. 90, parag. 2. La même remarque intéresse le Droit Belge d'une autre façon : là, toutes les entreprises publiques tomberaient sous la dérogation stipulée à l'art. 90, parag. 2, car elles sont toutes considérées comme service public (voir, ci-dessus remarque 65). Dans cette acceptation, on peut également compter parmi les services au sens de l'art. 90, parag. 2, la préparation, la mise à la disponibilité et la distribution de ces énergies qui ne peuvent être stockées ou qui ne le peuvent que difficilement, c'est-à-dire, le courant, le gaz, l'eau, mais non pas le charbon ou le pétrole (Franceschelli, Rapport Italien, p. 13).

(58) Par contre, on ne peut guère y comprendre de telles associations de droit public qui sont caractérisées non pas par des critères géographiques, mais par des critères objectifs, comme les Eglises, les parties à une convention collective, les associations professionnelles, etc...

74. — L'adjectif « économique » restreint la portée de « l'intérêt général » au domaine, au contenu et à l'objet du Traité, à savoir au domaine de l'économie. Objectivement, il n'est pas besoin, en réalité, de cet adjectif, car les dispositions du Traité et, avant tout, les règles de la concurrence ne sont applicables que là où une entreprise, un service de caractère économique se présente (Orianna, p. 5 ; Drago, p. 4). Cependant, l'absence du caractère économique dans une entreprise ne résulte pas déjà, comme on pourrait le croire, de son objectif social ou culturel. Décisif est le caractère de l'activité dans laquelle le service existe, et non pas le but du service, qui ne devient important que par la suite, lorsque l'on se demande dans quelle mesure la mission particulière d'une telle entreprise est entravée par l'application des règles de la concurrence (voir ci-dessus la remarque 92).

75. — Le débat est encore ouvert pour savoir si la notion de service « d'intérêt économique général » est une notion matérielle, fondamentale ou formelle. En droit français, le critère pour un service public est avant tout basé sur le but poursuivi par une activité, la satisfaction d'un intérêt général ou d'un besoin collectif et public (Buttgenbach, manuel, p. 94 ; Drago, p. 3 ; de Laubadère, à l'endroit cité, p. 518 et suivantes ; Vedel, à l'endroit cité, volume II, p. 560 et suivantes). En droit administratif belge, par contre, on souligne spécialement, en premier lieu, que les pouvoirs publics compétents, en règle générale, considèrent une activité, un service comme ayant un intérêt général et même lorsqu'ils confient cette activité ou service à une entreprise autonome, se réservent la « haute direction » de l'activité, c'est-à-dire non seulement la décision de la création du service, mais aussi celle concernant les détails de son organisation et de son mode de travail ainsi que celle de sa cessation (Buttgenbach, Manuel, p. 94 ; Orianna, p. 6) (59).

76. — Si l'on essaye de déterminer (60) sur le fond la notion d'intérêt économique général, on ne peut pour l'instant qu'énumérer quelques critères qui, à l'examen du cas isolé, pourraient probablement être un indice pour l'existence d'un tel service d'intérêt économique général.

Aujourd'hui, une définition large et abstraite n'est pas encore possible. Ainsi, par exemple, la notion du « fait pour l'administration d'assurer le fonctionnement des services publics à caractère industriel et commercial » développée (61) par ForsthoFF, controversée (62), il est vrai ne paraît pas propre à délimiter le secteur des entreprises concernées par l'art. 90, parag. 2.

D'une part, elle est trop large, car, que les services soient de nécessité vitale ou non, elle ne fait aucune distinction et, par conséquent, elle comprend par exemple aussi le théâtre municipal, les instituts d'éducation populaire et

(59) La définition belge s'explique par le fait que là, les entreprises publiques sont assimilées aux services publics (voir remarque 65).

(60) Il est vrai, en effet, eu égard aux grosses différences dans les conceptions des droits nationaux, que c'est une entreprise osée, mais tout de même nécessaire. Car, justement, à cause de ces différences, on ne peut ni s'en tenir aux conceptions nationales, ni en adopter simplement une ou plusieurs. Bien plus, on doit développer, à partir du sens et du but du Traité, une définition propre pour laquelle les droits nationaux peuvent fournir de précieux éléments constructifs, mais pas plus.

(61) ForsthoFF, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, et Lehrbuch des Verwaltungsrechts, tome 1 partie générale 8, 1961, p. 320.

(62) Maunz, Verwaltungsarchiv 50, 315 ; Firscherhoff, DÖV 57, 305.

d'autres organisations semblables (Forsthoff, Manuel, p. 322 ; d'un autre avis, Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, p. 68, 71). D'autre part, Maunz et Fischerhoff rejettent précisément pour les entreprises de fourniture la thèse selon laquelle elles seraient des entreprises chargées ou « concessionnaires » de l'exécution de tâches relevant du « fait pour l'administration d'assurer le fonctionnement de services publics à caractère industriel et commercial » (Malzer, à l'endroit cité, p. 205). Aussi, celles-ci ne feraient pas partie des entreprises de l'art. 90, parag. 2, bien que l'on puisse considérer leurs prestations tout à fait comme d'un intérêt économique général (quant au secteur économique de fourniture, voir plus en détail ci-dessous, remarque 82).

77. — Des indices possibles, mais non obligatoires pour un service d'intérêt économique général peuvent être :

a) Le fait que l'entreprise chargée « n'obtienne pas uniquement une autorisation ou un agrément, mais que des obligations de prestation déterminées et positives lui soient imposées (par exemple l'installation et le maintien en état d'un service de ligne) que l'entreprise ne puisse pas elle-même modifier ou cesser de son propre gré, alors que l'autorité concédante peut, en tout temps, étendre ou limiter dans l'intérêt public ces obligations (Buttgenbach, Manuel, p. 237-238 et 248).

b) Le fait qu'il s'agit de services que l'Etat lui-même devrait produire sans « l'entreprise chargée », parce qu'ils sont indispensables à la satisfaction d'un besoin vital de la communauté (de tous) ou au maintien de la capacité de fonctionnement de l'économie (Everling, remarque 4 à l'art. 90 ; v. Gamm, p. 44). A ce sujet, d'une façon générale, il n'y a aucune différence à faire entre de tels services qui ne servent qu'à la fourniture de quelques-uns, bien qu'avec des biens d'importance vitale, et de tels services qui, visent directement à maintenir la capacité de fonctionnement de

l'économie dans son ensemble (Waline, Droit Administratif, 9, Paris 1963, p. 664 ; Rivero, Droit Administratif, Dalloz 1960, p. 413).

c) Le fait que certains pouvoirs de droit public (droit d'expropriation, de prélèvement des droits, etc., voir de Laubadère, à l'endroit cité N. 1000) où certains droits d'exclusivité sont attribués aux « entreprises chargées » (quant à la notion des « entreprises concessionnaires », Huber, Droit Administratif Economique, tome I, p. 533).

d) Le fait que l'autorité concédante se réserve vis-à-vis de l'entreprise non seulement un contrôle général des services, mais aussi un pouvoir impératif, assez étendu sinon total, tel qu'en ce qui concerne la constitution du service ou la fixation des prix ou des taxes (Huber, à l'endroit cité, p. 536/6 ; Franceschelli, Rapport Italien, p. 26).

e) Le fait que certains pouvoirs de droit public (droit pas selon la loi de l'offre et de la demande ou point du tout de façon prédominante selon des points de vue économiques, mais selon d'autres critères tels que certains groupes de population ou certains territoires nationaux bénéficient de certaines prestations soit gratuitement, soit au moins à des tarifs considérablement réduits (tarifs sociaux ou tarif de soutien des chemins de fer pour certaines régions ou pour certains secteurs économiques (Drago, p. 5 ; Franceschelli, Rapport Italien, p. 18 et 25).

f) Le fait que les prestations doivent être accessibles à tous les usagers sous les mêmes conditions (63).

(63) Franceschelli, Rapport Italien, p. 8 ; en droit belge-français, on parle du principe de l'égalité de tous les usagers d'un service public, voir Buttgenbach, Manuel, p. 84 et 263 ; Rivero, à l'endroit cité, p. 412 ; Vedel, à l'endroit cité, p. 563. A cela correspond en droit allemand, la notion de l'obligation de contracter ou de l'obligation de se raccorder aux canalisations d'eau ou de distribution de courant, ou de prestation, voir à ce sujet ci-dessous remarque 82.

LES RÈGLES DE LA CONCURRENCE AU SEIN DE LA C.E.E.

(ANALYSE ET COMMENTAIRES DES ARTICLES 85 à 94 DU TRAITÉ)

Arved DERINGER

Avocat à Bonn

Avec la collaboration de :

André ARMENGAUD, Ingénieur-Conseil en Propriété Industrielle, Paris.

Léon DABIN, Professeur à l'Université de Liège.

D^r Dieter ECKERT, Conseiller au Bureau des Cartels de l'Allemagne Fédérale à Bonn.

Charley del MARMOL, Professeur à l'Université de Liège.

Eugenio MINOLI, Avocat, Professeur à l'Université de Modène.

Henri MONNERAY, Docteur en Droit, Avocat à la Cour de Paris.

Renzo MORERA, Avocat à Rome.

D^r Claus TESSIN, Avocat à Bonn.

D^r H. W. WERTHEIMER, Conseiller juridique et économique à Eindhoven.

D^r Heinrich WEYER, Fonctionnaire au Bureau des Cartels de l'Allemagne Fédérale, Berlin.

C. — ARTICLE 90 PARAGRAPHE 2 (suite)

4) « Chargées ».

78. — L'entreprise doit être « chargée » d'un service. De ce mot, il s'ensuit que l'activité doit être transmise à l'entreprise par un acte de souveraineté (Everling, remarque 4 relative à l'art. 90 ; Malzer à l'endroit cité, p. 215). Cela peut être une loi, une ordonnance, ou un simple acte d'administration, et, le cas échéant, aussi une convention de droit public (64). Si l'on voulait aussi inclure le transfert d'une mission dans un contrat de droit privé, cela élargirait à l'infini la notion de « chargée » et également l'exception stipulée au parag. 2 de l'art. 90.

79. — Que l'entreprise soit créée d'abord pour la mission ou tâche en question, ou que la mission soit déléguée à une entreprise déjà constituée, publique ou privée, cela n'a pas d'importance. Dans le premier cas, le transfert des

(64) Dans les droits belge et français, le transfert d'un service public à une entreprise privée (gestion privée d'un service public) s'effectue au moyen d'un contrat entre la collectivité publique et l'entreprise, contrat qui associe les éléments du droit civil et du droit public. En fait, l'accent est cependant mis sur le droit public. Buttgenbach, Manuel, p. 244, le nomme pour cela un « contrat administratif », qui se distingue d'un contrat de droit civil par le fait que la collectivité publique peut modifier, en tout temps et dans l'intérêt public, les conditions de l'exécution du service et même mettre fin par anticipation à la concession, qu'en outre, les amendements ultérieurs du contrat lient non seulement l'entreprise « chargée », mais aussi les usagers du service public. Ainsi, par exemple, sont également valables pour les usagers jouissant d'un abonnement, les modifications de tarif (Buttgenbach, Manuel, p. 345, 246). Pour délimiter la notion française de « contrat administratif » de la notion de « contrat de droit public » dans le droit administratif allemand, voir Forsthoff, à l'endroit cité, p. 249 et suivantes, en particulier, pages 253 et suivantes.

missions, la délégation se fait, d'une façon générale, par un acte constitutif (Loi, statuts, voir Orianne, p. 11 ; et Franceschelli, Rapport Italien, p. 8-9) ; dans le second cas, au contraire, la mission peut être transférée formellement ou l'entreprise peut être autorisée à exercer une certaine activité qui est en rapport avec des prestations de service d'intérêt général.

80. — La question de savoir de qui émane la « délégation », dépend du droit national ; en principe, cela peut être aussi bien l'Etat Membre que l'une de ses subdivisions (Länders, Provinces, Communes) ou une autre personne de droit public (Franceschelli, Rapport Italien, p. 7). Il est cependant nécessaire pour l'art. 90, parag. 2, que la délégation soit licite et valable selon le droit national en question (65).

Du mot « chargée », il ne s'ensuit cependant pas que le transfert de la mission doit toujours résulter d'un acte juridique particulier visant l'entreprise individuelle. Il peut aussi bien consister en une loi ou un règlement qui arrêtent les devoirs des entreprises autorisées à exercer une certaine activité. (Obligation de transport pour certaines entreprises de transport, obligation de raccordement et d'approvisionnement pour les entreprises de fournitures).

(65) Quant au droit allemand, qui demande constamment un fond juridique, voir par exemple Huber, I, p. 537 ; au sujet du droit belge, voir Buttgenbach, Manuel, p. 66 et suivantes ; au sujet du droit français, voir Drago, p. 6 et suivantes ; Waline, à l'endroit cité, p. 688 ; de Laubadère, à l'endroit cité, tome I, p. 529-531 ; Rivero, à l'endroit cité, p. 407 ; Vedel, à l'endroit cité, p. 561 et suivantes ; au sujet de la création d'un service public spécialement par les communes, voir de Laubadère à l'endroit cité, tome I, p. 532-539.

81. — Par contre, pour la « délégation », il ne suffit ni que les entreprises « apportent » certains services d'intérêt économique général (comme l'exprime Gunter, WuW 57, 275, 289) ni qu'elles aient reçu pour une activité déterminée une autorisation ou un agrément (Scheuten, ET 62, 128 ; d'un autre avis : Franceschelli, Rapport Italien, p. 9, qui, le cas échéant, veut également inclure dans cette notion les entreprises qui ne sont qu'habilitées à rendre des services d'intérêt économique général). A ce sujet, il faut distinguer entre d'une part l'autorisation, qui ne répond qu'à une certaine réglementation des activités privées pour lesquelles les entreprises sont cependant libres de choisir si elles veulent offrir des services et dans l'affirmative, ceux qu'elles désirent (Buttgenbach, p. 239) et d'autre part, celle qui est liée au transfert de certains devoirs publics positifs (Buttgenbach, Manuel, page 238) (66).

82. — Que la concession ou délégation ne doit pas résulter d'un acte individuel vis-à-vis de chacune des entreprises, cela peut être important pour savoir si les entreprises de fournitures allemandes tombent sous l'art. 90, parag. 2 ou non. Alors que cette question était affirmée (67) à l'origine sans examen plus détaillé dans les publications, elle est récemment niée, parce qu'en Allemagne aucune tâche particulière n'est attribuée aux entreprises de fournitures par acte de souveraineté ; les entreprises ne sont donc pas « chargées » au sens de l'art. 90, parag. 2 (Fischerhoff, BB 62, 785, et Malzer, WuW 64, 215). Le parag. 6 alinéa 1 de la loi relative à la production d'énergie établit, cependant, une obligation générale de se raccorder et de fournir, qui concerne chaque entreprise de fourniture d'énergie entreprise fournissant dans une région déterminée.

Si l'on reconnaît dans le transfert juridique d'une obligation de raccorder et de fournir, une « délégation » (68), alors les entreprises allemandes de fournitures tombent sous l'art. 90, parag. 2, de même que celles des autres Etats membres pour lesquelles se produit constamment une délégation formelle (69).

83. — La décision concernant la question de savoir s'il s'agit d'un service d'intérêt économique général, doit tout d'abord être prise par les Etats membres ou à leurs subdivisions. Si une entreprise est chargée valablement d'un tel

(66) BUTTGENBACH cite comme exemples à la page 239 : les services de lignes de transport de personnes et de marchandises sur les routes, services qui doivent assurer dans l'intérêt général une harmonieuse coordination des transports ; la radiodiffusion ; les Caisses Agréées d'Allocations Familiales) etc... Au sujet de la distinction faite par Buttgenbach voir, dans le même sens, Oriante, p. 13/14 et Wigny, Droit Administratif, Principes Généraux, 4., Bruxelles 1962, p. 55/6. Pour le droit allemand, cf. Huber, à l'endroit cité, tome I, p. 695.

(67) Commentaires officiels du Gouvernement Fédéral, imprimé de la Diète Fédérale 3440, p. 127, édité chez Rieber, Marché Commun, p. 265 ; Günter, WuW 57, p. 288 ; Thiesing, remarque 5 relative à l'art. 90 ; Everling, remarque 4 relative à l'art. 90.

(68) Au sujet de cet avis, voir Forsthoff, à l'endroit cité, p. 324 et 440 ; Hamann, Droit Allemand de constitution Economique, 1958, p. 70 et suivantes ; voir aussi parag. 8 de la Loi relative à la production d'énergie : « si une entreprise de fourniture d'énergie n'est pas capable de remplir ses devoirs de fourniture, en particulier les obligations qui lui sont imposées en raison de cette loi... ».

(69) Il en est de même pour tous les cas où une entreprise ou un nombre limité d'entreprises sont autorisées, tout en étant liées à l'engagement à offrir et à apporter aux mêmes conditions certains services à chaque usager potentiel (trafic par lignes d'omnibus). Par contre, ne sont pas comprises dans cette catégorie, les pharmacies dont l'autorisation en République Fédérale n'est assujettie, aujourd'hui, qu'à certaines conditions de compétence et non pas à un besoin.

service, selon le droit national, il faut alors supposer qu'il s'agisse d'une entreprise au sens de l'art. 90, parag. 2. Etant donné que les conceptions politico-économiques différentes de chacun des Etats membres font finalement autorité pour ces décisions, que l'on comprenne la notion d'intérêt économique selon le fond ou selon la forme et que, cependant, le Droit Communautaire ne peut se baser sur les différents droits nationaux (voir cependant remarque 96), le développement de notions homogènes est indispensable à la longue. Comme ceci ne peut se faire par un transfert de compétences pour l'établissement de services d'intérêt économique général à la Communauté, elle doit, pour l'explication de cette notion (70), développer des critères portant sur le fond.

Pour le développement de telles notions homogènes par des jugements individuels, la Commission se sert de la procédure selon l'art. 90, parag. 3 du Traité, et dans les autres cas de celle selon l'art. 100 et les art. suivants (71).

5) Relation entre les entreprises du paragraphe 2 et celles du paragraphe 1.

84. — Il est incontesté que non seulement des entreprises publiques mais également des entreprises privées peuvent tomber sous l'art. 90, parag. 2, étant donné que des entreprises privées peuvent aussi être chargées de services d'intérêt économique général (72).

Il est, de plus, incontesté, que toutes les entreprises publiques de l'art. 90, parag. 1, ne doivent pas être les entreprises « chargées » selon l'art. 90, parag. 2, mais que les deux notions se recoupent (73).

Ainsi, par exemple en France, on affirme pour l'E.D.F. et le G.D.F., qu'ils exercent un service public, alors que d'autres entreprises publiques comme la Régie Renault, les banques et les compagnies d'assurances nationalisées, exercent une activité qui est trop apparentée à celle des

(70) Le fait que même l'institution de monopoles de droit public pour une fonction déterminée ne veut rien dire au sujet de savoir si cette fonction peut être assurée uniquement dans cette forme, montre l'arrêt du Tribunal de première Instance de Montabaur en date du 8 janvier 1961, BB 63, 626, selon lequel le monopole des Etablissements de droit public d'assurance contre le feu, va à l'encontre de l'art. 2 parag. 1 de la loi fondamentale et n'est pas couvert par la clause d'Etat-Providence ou de biens publics. Car le but social qu'accordent les Etablissements de monopole serait atteint d'une même façon par des compagnies d'assurances privées. Une autre opinion ressort actuellement de l'arrêt du Tribunal Administratif Fédéral en date du 19 décembre 1963 - BVerw G I C 77.60.

(71) Un problème semblable a été soulevé lors de l'harmonisation du droit des commandes publiques: Si l'on ne devait comprendre là-dessous non pas seulement les commandes des Etats membres et des communes, mais aussi celles des autres personnes juridiques de droit public, ainsi devait-on définir d'une façon uniforme cette notion. Comme cela était impossible, la Commission, dans sa proposition d'une première directive concernant la participation de l'entrepreneur à l'adjudication et à la réalisation de projets de construction pour le compte de l'état, de collectivités locales ainsi que d'autres personnes juridiques de droit public, Doc. n° III/Commission (64) 57 définitif du 10 mars 1964 a énuméré en détail dans une annexe les entreprises qui, dans les Etats membres, tombent sous la notion de personnes juridiques de droit public.

Conf. là-dessus également Hainaut-Joliet, les contrats de travaux et de fournitures de l'Administration dans le Marché Commun, n° 765, p. 260, 262.

(72) Thiesing, remarque 5 relative à l'art. 90 ; Franceschelli, Rapport Italien, p. 7 ; Drago, p. 8 ; réponse de la Commission de la Communauté Européenne Economique du 30 juillet 1963 à la question écrite n° 48 du député Burgbacher, J. O. de la C.E.E. 63, 2235 = WuW/E EV 68.

entreprises privées du même secteur, pour qu'elle soit considérée comme services publics. En conséquence, la notion d'entreprise publique et celle de service public ne se confondent pas en droit français (74) mais bien en droit belge (Conf. ci-dessus rem. 65).

85. — Par contre, il reste à savoir si des entreprises privées qui comptent parmi les entreprises « chargées » selon l'art. 90, parag. 2, ne peuvent être que celles qui sont simultanément des entreprises privilégiées au sens de l'art. 90, parag. 1 (affirmation *v. Gamm*, p. 44 et *Drago*, p. 14). Le texte de l'art. 90, parag. 2 n'exclut certes pas la possibilité qu'une entreprise privée est chargée d'un service d'intérêt économique général sans recevoir en même temps des droits particuliers ou exclusifs. En fait, cela sera cependant le cas d'une façon générale, étant donné qu'il est du ressort de la notion d'entreprises dotées aussi bien que de celui de la notion de services publics que l'on transfère non seulement des obligations, mais aussi des autorisations de droit public. Dans cette mesure, les paragraphes 1 et 2 de l'art. 90 considèrent seulement le même état de faits sous deux aspects différents : le parag. 2 dans la perspective des devoirs transférés, et le parag. 1 dans celle des droits nécessaires pour l'accomplissement de ces devoirs (*Vedel*, à l'endroit cité, Vol. II, p. 575-578, de *Laubadère*, à l'endroit cité, Vol. I, p. 544-548, *Buttgenbach*, Manuel, p. 245-249).

6) Monopoles fiscaux.

86. — Les monopoles fiscaux sont des monopoles d'état dont la fonction consiste à récolter des recettes pour le budget de l'état par l'exploitation de leurs droits d'exclusivité.

Les monopoles ayant ce caractère fiscal sont les suivants : le monopole des tabacs en France (Loi de finance du 28 août 1816) et en Italie (Loi du 17 juillet 1942) ; le monopole des allumettes en République Fédérale (Loi du 29 janvier 1930), en France (Loi du 2 août 1872) et en Italie (Ordonnance du 11 mars 1933) ; le monopole des alcools en République fédérale (Loi du 8 avril 1922) et en France (Art. 358 et suivants, Code Général des Impôts) ; le monopole français des poudres (Loi du 3 août 1797) ainsi que les monopoles italiens pour le papier à cigarettes, les briquets et pierres à briquets, le phosphore et le sel.

(73) *Buttgenbach*, Rapport belge, p. 13 ; *Delion*, p. 9 ; conf. en outre *Delion*, Le Statut des Entreprises Publiques, Paris 1963, p. 23. Cela est valable en France en particulier pour les entreprises d'économie mixte avec une participation majoritaire de l'Etat. Certes, elles sont des entreprises publiques au sens de l'art. 90, parag. 1, mais elles n'offrent pas nécessairement un service public. Conf. en détail *Waline*, à l'endroit cité, p. 757/8, et de *Laubadère*, Cours de grands services publics et entreprises nationales, Paris 1958/59, p. 335.

(74) *Rivero*, Droit Administratif, Daloz 1960, p. 405, 449, 458 ; ainsi que *Vedel*, Droit Administratif, Paris, 1959, II p. 477, 586, et de *Laubadère*, Traité Élémentaire de Droit Administratif, 3^e édition, p. 523, 526 ; enfin *Drago*, p. 9.

87. — Les monopoles cités sont sans exception, en même temps, des monopoles commerciaux d'état qui, à côté de leurs buts fiscaux, en poursuivent également d'autres, des buts de politique économique par exemple (sécurité de l'écoulement de la production agricole pour l'alcool et le tabac). Les exonérations limitées stipulées à l'art. 90, parag. 2 phrase 1 ne s'étendent pas à ces domaines d'activité des monopoles (*Schiling*, DB 61, 697). Par contre, elles sont soumises à la disposition spéciale de l'art. 37 valant pour les monopoles commerciaux étatiques, selon laquelle les Etats membres sont obligés d'aménager les monopoles jusqu'à la fin de la période de transition, de telle façon qu'il n'y ait plus « aucune discrimination entre les ressortissants des Etats membres, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés ». En dehors des restrictions à l'importation pour la protection des entreprises propres aux monopoles, il existe surtout encore aujourd'hui des discriminations dues à l'application de différents écarts entre le prix d'achat et le prix de vente et dues aux restrictions pour les conditions d'écoulement des produits étrangers aux monopoles (76).

Mais le fait que les Etats-Membres ne sont engagés selon l'art. 37 qu'à un aménagement progressif de leurs monopoles, ne peut exclure, par principe, l'application des règles de concurrence — et avant tout celle de l'art. 86 — à de tels cas de discrimination ou à d'autres mesures prises par les monopoles commerciaux, qui doivent être considérés, en ce qui concerne l'état de faits, comme une pratique abusive d'une position dominante sur le marché, de même que les monopoles commerciaux en tant que tels peuvent invoquer inversement l'art. 90, parag. 2 (conf. pour ce dernier point, la recommandation mentionnée de la Commission, à l'endroit cité, p. 1501). En conséquences, tant que des prohibitions de la publicité et d'autres restrictions relatives au développement des marchés (par exemple lors de la fourniture des détaillants) subsisteront, ces mesures seront soumises d'une manière illimitée à l'interdiction stipulée par l'art. 86 dans la mesure où elles doivent être dissociées de l'aspect fiscal du monopole.

Cependant, les buts visés par les monopoles sont à prendre en considération pour savoir s'il existe un abus de la puissance du marché. Ainsi, certaines aspirations de politique sociale, comme, par exemple, l'octroi d'autorisation pour le commerce de détail aux invalides et veuves de guerre par le monopole des tabacs, peuvent être contraires à la constatation d'un abus de pouvoir, même si elles ne peuvent être produites avec succès par les Etats membres pour le maintien des restrictions dans le cadre de l'art. 37. D'un autre côté, l'interdiction de la publicité pour les cigarettes, par exemple, ne peut guère être justifiée par référence à la Santé Publique (voir art. 36).

(76*) Conf. par exemple, la recommandation de la Commission à la République Française pour l'aménagement de monopole commercial national des Tabacs, Gazette des Communautés Européennes 1962, n° 48, p. 1500 et suivantes.

LES RÈGLES DE LA CONCURRENCE AU SEIN DE LA C.E.E.

(ANALYSE ET COMMENTAIRES DES ARTICLES 85 à 94 DU TRAITÉ)

Arved DERINGER

Avocat à Bonn

Avec la collaboration de :

André ARMENGAUD, Ingénieur-Conseil en Propriété Industrielle, Paris.

Léon DABIN, Professeur à l'Université de Liège.

D^r Dieter ECKERT, Conseiller au Bureau des Cartels de l'Allemagne Fédérale à Bonn.

Charley del MARMOL, Professeur à l'Université de Liège.

Eugenio MINOLI, Avocat, Professeur à l'Université de Modène.

Henri MONNERAY, Docteur en Droit, Avocat à la Cour de Paris.

Renzo MORERA, Avocat à Rome.

D^r Claus TESSIN, Avocat à Bonn.

D^r H. W. WERTHEIMER, Conseiller juridique et économique à Eindhoven.

D^r Heinrich WEYER, Fonctionnaire au Bureau des Cartels de l'Allemagne Fédérale, Berlin.

C. — ARTICLE 90 PARAGRAPHE 2 (suite)

II. — SIGNIFICATION JURIDIQUE DE LA DISPOSITION.

88. — Les entreprises tombant sous le coup de l'art. 90, parag. 2, « sont soumises aux règles du présent Traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, de la mission particulière qui leur a été impartie ». Malgré la rédaction positive « sont soumises aux règles ... », l'importance de l'art. 90, parag. 2, phrase 1 (pour la phrase 2, conf. rem. 97-101) consiste précisément en ce qu'il limite la portée des règles de ce Traité pour ces entreprises. Il aurait également pu être conçu en ces termes : « Ne sont pas soumises aux règles, dans la limite où ». Cependant, la rédaction positive du Traité établit encore une fois d'une façon explicitement claire que les règles du Traité et, en particulier, les règles de concurrence sont également valables pour les entreprises chargées d'une mission dépendant du domaine public. Cette précision était opportune, car il n'est nullement accepté communément dans les Etats-Membres que l'exécution de missions publiques, si elle se situe dans le domaine économique, devait, par exemple, également être soumise aux règles de concurrence dans la mesure où le caractère particulier de la mission en question le permet (voir ci-dessus, remarque 3).

89. — D'après cela, l'art. 90, parag. 2 crée une exception légale (rapport du groupe de travail du Nederlandse Vereniging voor Europees, S.E.W. Oct./Nov. 1963, p. 578) aux règles du Traité, et, plus précisément, à toutes les règles, non seulement aux règles de concurrence des art. 85 à 94. Des entreprises comme des Etats peuvent invoquer cette exception (v. *Gamm*, p. 45), sans qu'il soit besoin d'une décision particulière et même préalable de la Commission (75).

Si les conditions de l'exception existent, ainsi un état de faits qui, autrement, irait à l'encontre du Traité, est

licite et — par exemple, dans le cas de l'art. 85, parag. 1 — valable en droit civil. L'exception est cependant limitée dans deux directions : elle ne vaut que dans la limite où l'application des règles ne fait pas échec (remarque 90). à l'accomplissement de la mission particulière de l'entreprise concernée, et elle trouve une limite absolue dans l'intérêt prépondérant de la Communauté (phrase 2, conf. remarque 97-101).

90. — Cependant, par l'art. 90, parag. 2, les entreprises en question ne sont pas exonérées d'une façon générale ni en tant que telles, ni en vertu de la mission particulière qui leur a été conférée. L'exception ne vaut, par contre, que pour la mission particulière comportant un intérêt général (dont le contenu provient en détail, de l'acte de concession ; conf. remarques 79 et 80), et pour celle-ci également, que dans les limites dans lesquelles l'application de chacune des dispositions du Traité, contre lesquelles un état de faits va éventuellement à l'encontre, aurait empêché l'accomplissement de la mission.

91. — Cela signifie, par exemple pour les monopoles fiscaux, qu'ils ne sont dispensés par l'art. 90, parag. 2, qu'en ce qui concerne leur mission fiscale, procurer des recettes à l'Etat, et non, par contre, pour ce qui est de leurs devoirs complémentaires en tant que monopoles commerciaux (*Schilling*, DB 61, 697). C'est pourquoi, un mono-

(75) Aussi, par exemple, les Tribunaux nationaux également et même les autorités nationales, peuvent décider si un contrat de cartel fait exception à l'interdiction de l'art. 85, parag. 1 à cause de l'art. 90, parag. 2, et est valable pour cette raison, autant qu'ils sont compétents selon l'art. 9, parag. 3 du Règlement n° 17 pour l'application de l'art. 85, parag. 1. Du paragraphe 3 de l'article 90, non plus, il ne ressort aucune compétence exclusive de la Commission (conf. la rédaction semblable dans l'art. 89) bien que l'art. 90, parag. 2 contient une série de critères (intérêt de la Communauté !) qui, au fond, ne peuvent être interprétés que du point de vue de la politique de la Communauté.

pole de tabacs ou d'alcools peut, avant comme après, établir ses taxes, comme cela semble nécessaire dans l'intérêt des recettes de l'Etat-Membre. Mais, il ne doit à la longue (en ce qui concerne les relations entre les articles 90 et 37 pour les restrictions existantes, conf. remarque 87), ni faire de discrimination ni, par exemple, selon des points de vue nationaux, ni pour des raisons de concurrence (art. 86, lettre c), ni raidir les circuits de vente par des contrats de débouchés.

92. — La signification de l'expression « faire échec en droit ou en fait » ne peut être expliquée que pour chaque cas particulier. Le préfixe allemand « ver » (verhindert), et plus fort encore le terme français « faire échec » (*Franceschelli*, Rapport Italien, p. 3), montrent qu'une simple aggravation ou entrave apportée à l'activité de l'entreprise en question ne suffit pas. Bien plus, la réalisation de la mission particulière conférée doit être rendue impossible en droit ou en fait. Cela ne devrait être le cas que lorsqu'il n'y a pour l'entreprise aucun autre moyen techniquement possible ou juridiquement et économiquement exigible pour accomplir sa mission sans violer le Traité.

Cependant, appartenant aux dispositions dont l'application est à examiner, non seulement les interdictions stipulées aux art. 85, parag. 1 et 86, mais également la possibilité d'une « déclaration de non-application » selon l'art. 85, parag. 3. L'art. 85, parag. 1 n'empêche, en conséquence, la réalisation de la mission conférée que dans le cas où il ne peut être déclaré comme non-applicable selon l'art. 85, parag. 3. Pratiquement, les entreprises ne peuvent invoquer l'exception légale prévue par l'art. 90, parag. 2 à l'encontre de l'interdiction stipulée à l'art. 85, parag. 1, que si l'art. 85, parag. 3 a été nié auparavant (d'une opinion contraire v. *Gamm*, p. 45) (77).

En conséquence, les entreprises de fournitures allemandes devraient par exemple prouver ou justifier que leurs contrats ou accords tombant sous le coup du parag. 103 G.W.B. ne peuvent être autorisés selon l'art. 85, parag. 3 et qu'elles ne peuvent sans ces contrats — autant qu'ils nuisent tout de même dans un cas particulier, au commerce international (78) — accomplir leur mission déléguée (conf. remarque 82) de fourniture publique. Cette justification sera souvent difficile, mais non pas toujours impossible (d'un avis contraire *Fischerhoff*, BB 62, 785, et *Mulzer*, WuW 63, 215 ; cependant, il faut tenir compte du fait qu'en cas de litige, le fardeau de la preuve de l'impossibilité de réaliser repose sur celui qui se réfère à l'exception des conditions d'application).

(77) Cela conduit à des conséquences étranges, eu égard à la notification : si l'application de l'art. 85, parag. 3 est niée, et celle de l'art. 90, parag. 2 affirmée, alors un accord est légal sans que cela nécessite une notification ; si, par contre, l'application de l'art. 85, parag. 3 est affirmée, alors, l'exception légale prévue par l'art. 90, parag. 2 ne survient pas ; l'accord n'est, pas conséquent, légalisable qu'autant que cela est possible en raison de la notification et conformément aux art. 4-6 du Règlement n° 17.

(78) Pour les objections contre l'art. 90, parag. 2, on ne tient pas compte d'une façon suffisante du fait que la majorité des contrats visés par le parag. 103 G.W.B. ne tombe point sous le coup de l'art. 85, parag. 1, puisque ces contrats ont des effets purement nationaux. Par conséquent, le problème de l'art. 90, parag. 2 du Traité ne devrait se poser, en premier lieu, que pour des délimitations internationales de territoires (parag. 103, alinéa 1, chiffre 1 G.W.B) et des contrats exclusifs de livraison (parag. 103, al. 1, chiffre 4 G.W.B).

93. — Sous les conditions d'application de l'art. 90, parag. 2, les entreprises ne sont pas obligées d'observer les dispositions du Traité ; elles peuvent ainsi par exemple faire des discriminations pour des raisons de nationalité (Art. 7), conclure des contrats restreignant la concurrence (art. 85, parag. 1), et même exploiter de façon abusive une position dominante éventuellement existante sur le marché (art. 86). Cependant, au sujet de l'art. 86, on ne peut guère concevoir de cas où un abus est indispensable pour accomplir la mission particulière au sens de l'art. 90, parag. 2 (79).

L'exception stipulée à l'art. 90, parag. 2 est d'une importance particulière pour l'interdiction des subventions prévues aux art. 92 à 94. En principe, ces subventions des Etats à des entreprises publiques ou à des entreprises au sens de l'art. 90, parag. 2 doivent être appréciées selon les mêmes critères que ceux retenus pour les entreprises privées. Des subventions, des exonérations d'impôts ou de taxes, des exonérations de taxes parafiscales, des bonifications d'intérêts, des prises en charge de garanties à des conditions particulièrement avantageuses, des cessions d'édifices ou de terrains gratuites ou à des conditions particulièrement hon marché, des livraisons de biens ou de prestations de services à des conditions préférentielles, des prises en charge de pertes ou toute autre mesure d'effet semblable tombent, par conséquent, en principe, sous les dispositions des articles 92 à 94, que les entreprises favorisées soient des entreprises publiques, privées ou prises au sens de l'art. 90, parag. 2 du Traité (réponse de la Commission de la CEE du 30 juillet 1963 à la question écrite n° 48 du député *Burgbacher*, J.O. des Communautés Européennes 63, 2235 : WuW/E EV 68). Si pour une entreprise publique, les pouvoirs publics renoncent au paiement des intérêts du capital propre, ceci doit être considéré comme une subvention si « un propriétaire privé agissant selon des critères appropriés et économiques n'avait pas renoncé, dans une semblable situation, au paiement des intérêts du capital propre ou seulement dans une mesure très modeste de sorte que la renonciation des pouvoirs publics apparaisse non pas comme le résultat de considérations économiques, mais comme celui de considérations politiques » (réponse de la Commission de la CEE du 30 juillet 1963, à *Pendroit* cité). Ces subvention peuvent, cependant, être autorisées si elles sont attribuées à des entreprises au sens de l'art. 90, parag. 2 et si, sans ces subventions, la réalisation de leur mission particulière dont les entreprises sont chargées était mise en échec de droit ou de fait (80).

(79) *Thiesing*, donne un exemple, voir remarque 6 relative à l'art. 90, à savoir qu'un monopole fiscal applique des prix abusifs pour obtenir des recettes élevées au profit du budget de l'Etat.

(80) On ne peut, en tout cas, semble-t-il, considérer comme subvention le fait de rembourser à une telle entreprise des frais ou des pertes de recettes qui lui incombent en raison de la prise en charge de missions non rentables, mais nécessaires dans l'intérêt public (tarifs sociaux, tarifs pour l'encouragement de certaines régions économiques). Pour les subventions dans le domaine du transport, conf. la disposition complémentaire de l'art. 77 du Traité : « sont compatibles avec le présent Traité les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public ».

III. — RAPPORT DU PARAGRAPHE 1 AU PARAGRAPHE 2.

94. — L'art. 90 règle donc deux groupes de question fondamentalement différents : Le parag. 1 s'adresse aux Etats et leur interdit certaines mesures à l'égard d'entreprises publiques, le parag. 2, par contre, crée pour certaines entreprises « chargées » une place particulière (Oberholte, EuroWi 60, 223) une exception légale aux dispositions du Traité, et ceci également et en particulier aux règles de concurrence des art. 85 à 94. Cependant, la réponse à la question de savoir si le parag. 2 s'adresse seulement aux entreprises (ainsi *Hartmann*, p. 4), ou également aux Etats (ainsi v. *Gamm*, p. 20 et 45), dépend du destinataire visé dans le cas précis, par la disposition pour laquelle l'art. 90, parag. 2 crée une exception. Si le destinataire est également ou en premier lieu les entreprises, comme ceci est par exemple le cas des art. 85, 86 et 91, l'art. 90, parag. 2 est également valable pour elles (mais non « seulement », étant donné que les Etats-Membres doivent respecter tous les articles du Traité) en les autorisant de ne pas tenir compte de ces dispositions. La plupart des articles du Traité, par contre, ne s'adressent qu'aux Etats-Membres, tels que les art. 92 à 94 ou ceux concernant le droit d'établissement. Eu égard à ces dispositions, l'art. 90, parag. 2 ne s'adresse qu'aux Etats-Membres en les exemptant, sous certaines conditions, de respecter ces prescriptions (conf. rem. 93).

95. — Une question obscure et non traitée jusqu'à présent dans les publications spéciales est celle de savoir comment les paragraphes 1 et 2 s'influencent mutuellement ? Dans la mesure où les entreprises publiques au sens de l'art. 90, parag. 1 sont en même temps des entreprises au sens de l'art. 90, parag. 2, l'Etat, malgré l'interdiction du parag. 1 les concernant, pourra prendre des mesures contradictoires au Traité, si ces mesures restent dans le cadre du parag. 2. Car, l'art. 90, parag. 2 crée une exception à l'ensemble du Traité, y compris aux règles pour les entreprises, c'est-à-dire aussi à l'art. 90, parag. 1. Cela pourrait importer par exemple pour la fixation de prix d'achat ou de vente exagérés par l'Etat pour les monopoles fiscaux étant donné que, sans l'art. 90, parag. 2, ces mesures seraient inadmissibles selon l'art. 90, parag. 1 en rapport avec l'art. 86 (pour le rapport de l'art. 90, parag. 2 à l'art. 37, conf. ci-dessus la remarque 87).

96. — D'autre part, l'Etat peut charger des entreprises — publiques ou privées — d'une mission particulière au sens de l'art. 90, parag. 2 et les soustraire ainsi, le cas échéant, aux dispositions des articles 85 et 86. Cela serait par exemple le cas, si seulement un petit nombre d'entreprises étaient chargées de l'importation de matières premières d'importance vitale et si, à cet effet, les quantités,

les prix, les utilisations et les circuits de vente leur étaient prescrits. Ainsi, les entreprises seraient incitées à une conduite qui, en qualité de pratique concertée, irait à l'encontre de l'art. 90, parag. 1. Malgré cela, la mesure prise par l'Etat ne violerait pas l'art. 90, parag. 1, étant donné que l'exception légale stipulée à l'art. 90, parag. 2 vaut également pour le parag. 1. Il importerait donc seulement la question de savoir si l'accomplissement de la mission déléguée (approvisionnement de l'Etat en matières premières d'importance vitale) deviendrait impossible sans les dispositions sur les quantités, prix, emplois et circuits de distribution. Le devoir de la Commission, dans ce cas, ne serait que d'examiner, conformément à la procédure prévue selon l'art. 90, parag. 3, si les conditions d'application du parag. 2, et avant tout de sa seconde phrase, sont remplies (voir remarque 83 ci-dessus) et d'insister pour que cette disposition soit observée.

IV. — LE DÉVELOPPEMENT DES ÉCHANGES NE DOIT PAS ÊTRE AFFECTÉ DANS UNE MESURE CONTRAIRE À L'INTÉRÊT DE LA COMMUNAUTÉ.

97. — L'exception de l'art. 90, parag. 2, phrase 1, trouve sa limite relative au fond à la phrase 2. Au-delà de cette limite, les entreprises ne sont pas exceptées des dispositions du Traité, ce qui, dans la pratique, est important pour le recours à l'art. 90, parag. 2.

98. — « Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure ... », cela vise les échanges économiques à l'intérieur de la Communauté, les échanges avec des pays tiers n'étant visés que dans la mesure où la perturbation se fait ressentir — indirectement — sur les échanges à l'intérieur de la Communauté. L'« affectation du développement des échanges » ne peut être assimilée sans plus de façon avec l'« affectation du commerce entre Etats-Membres », qui constitue un élément de fait d'un manquement aux articles 85 à 94.

L'expression « développement des échanges » souligne spécialement le progrès, l'interpénétration croissante du commerce dans le Marché Commun. Une infraction au Traité, qui n'affecte pas du tout le développement des échanges, est protégée constamment par l'article 90, parag. 2 (*de Soto*, p. 8 ainsi que *Van der Elst* et *Salmon*, p. 8). Mais, toute affectation du ou atteinte au développement du commerce aussi légère soit-elle, ne supprime pas l'exception de l'art. 90, parag. 2 ; le développement du commerce doit plutôt être entravé d'une façon particulièrement grave, c'est-à-dire dans une mesure qui va à l'encontre de l'intérêt de la Communauté.

(à suivre)

LES RÈGLES DE LA CONCURRENCE AU SEIN DE LA C.E.E.

(ANALYSE ET COMMENTAIRES DES ARTICLES 85 à 94 DU TRAITÉ)

Arved DERINGER

Avocat à Bonn

Avec la collaboration de :

André ARMENGAUD, Ingénieur-Conseil en Propriété Industrielle, Paris.

Léon DABIN, Professeur à l'Université de Liège.

D^r Dieter ECKERT, Conseiller au Bureau des Cartels de l'Allemagne Fédérale à Bonn.

Charley del MARMOL, Professeur à l'Université de Liège.

Eugenio MINOLI, Avocat, Professeur à l'Université de Modène.

Henri MONNERAY, Docteur en Droit, Avocat à la Cour de Paris.

Renzo MORERA, Avocat à Rome.

D^r Claus TESSIN, Avocat à Bonn.

D^r H. W. WERTHEIMER, Conseiller juridique et économique à Eindhoven.

D^r Heinrich WEYER, Fonctionnaire au Bureau des Cartels de l'Allemagne Fédérale, Berlin.

C. — ARTICLE 90 PARAGRAPHE 2 (suite)

IV. — LE DÉVELOPPEMENT DES ÉCHANGES NE DOIT PAS ÊTRE AFFECTÉ DANS UNE MESURE CONTRAIRE A L'INTÉRÊT DE LA COMMUNAUTÉ (suite).

99. — Le traité emploie à certains endroits l'expression d'« intérêt commun » (ainsi aux art. 92, parag. 3, 103 et 107, conf. *Vander Elst* et *Salmon*, p. 2), et celle d'« intérêt de la Communauté », mais uniquement à l'art. 90, parag. 2. Les deux expressions ne signifient ni l'intérêt d'autres entreprises prises séparément ou de certains groupes de personnes ou d'entreprises (concurrents, fournisseurs, clients) (81) ni celui de toutes les entreprises de la Communauté sans exception (82), mais également l'intérêt d'un seul Etat Membre (83) et l'« intérêt général » au sens de l'article 90, parag. 2, phrase 1 ne tombent sous aucune des deux notions (84).

Entre l'« intérêt commun » et l'« intérêt de la Communauté », il faut distinguer pour autant que le premier embrasse également la somme ou la moyenne des intérêts individuels de tous les Etats Membres pour la réalisation de la Communauté, tandis que l'intérêt de la Communauté ne se rapporte à la communauté qu'en tant qu'unité (85).

(81) *Rasquin*, p. 3, en se référant au jugement de la Cour Européenne de Justice du 12-7-62 dans l'affaire 14/61, recueilli de Jurisprudence de la Cour de Justice, Vol. VIII, p. 522.

(82) *Rasquin*, p. 3, en se référant à l'arrêt de la Cour Européenne de Justice du 12 juin 1958 dans l'affaire 15/57, vol. IV, pp. 187, 189, et *de Soto*, p. 9, en se référant à cet arrêt comme à celui du 26 juin 1958 dans l'affaire 9/57, vol. IV, p. 386; tous ces arrêts ayant trait à la notion d'« intérêt commun » dans le Traité de la C.E.C.A.

(83) *Grassetti*, p. 6 : « L'intérêt de la Communauté passe avant l'intérêt de chacun des Etats-membres ».

(84) « L'intérêt général » doit à juste titre être déterminé du point de vue de chaque Etat-membre ou d'une de ses subdivisions (voir remarque 73).

(85) *de Soto*, p. 11 : « L'intérêt de la Communauté transcende donc l'intérêt commun à six pays, de même que l'intérêt général

Les deux notions peuvent de temps à autre se recouper, pourtant elles ne se recouvrent pas.

L'intérêt de la Communauté ne doit finalement pas être identifié à celui du Marché Commun comme institution, c'est-à-dire au développement du libre échange, car sinon, ce développement de l'échange en tant qu'intérêt de la Communauté serait simultanément le critère permettant de déterminer quand une entrave au développement du commerce est si forte qu'elle va à l'encontre de l'intérêt de la Communauté (*de Soto*, p. 11/12).

100. — La signification positive de cet intérêt de la Communauté doit être interprétée en tenant compte des objectifs généraux du Traité (86).

Ces objectifs généraux du Traité sont, au sens étroit, les objectifs lointains énumérés à l'art. 2, mais également les moyens cités à l'art. 3 pour la réalisation de ces buts lointains, qui peuvent être considérés comme les conséquences de l'art. 2 et comme les buts concrets et directs. L'intérêt de la Communauté peut donc être défini comme l'intérêt à la réalisation des objectifs concrets de l'art. 3, compris dans l'optique des objectifs lointains de l'art. 2 (*Vander Elst* et *Salmon*, p. 5; *Grassetti*, p. 8; énumération en détail *Rasquin*, p. 5/6 et *de Soto*, p. 14). En pratique, cette définition entraîne une décision politique de la Commission pour chaque cas particulier.

dans un état est autre chose que l'intérêt commun à tous les Länder ou tous les départements de cet Etat » (voir aussi *Vander Elst* et *Salmon*, p. 3).

(86) *Rasquin*, p. 4, en se référant aux décisions correspondantes de la Cour de Justice, décisions relatives à la notion d'intérêt commun utilisée dans le Traité de la C.E.C.A. et en date du 21 juin 1958, affaire 8/57, tome IV, p. 235, et en date du 10 mai 1960, affaires jumelées 27, 28 et 29/58, tome VI, p. 529.

101. — Si l'entrave au développement du commerce va à l'encontre de l'intérêt ainsi défini de la Communauté, alors l'exception de l'art. 90, parag. 2, phrase 1 n'est plus valable. Il est douteux que la phrase 1 et la phrase 2 de l'art. 90 parag. 2 soient en relation entre elles comme une exception et une exception subsidiaire (ainsi pensent Van der Elst et Salmon) où l'exception subsidiaire formerait une limite absolue pour l'exception, où qu'entre les deux phrases, il y ait une certaine interdépendance. En répondant à cette question et ainsi en interprétant l'art. 90, parag. 2, il faut tenir compte que tout l'art. 90 et en particulier son parag. 2 constituait une solution de compromis politique entre des points de vue opposés, solution adoptée pour la rédaction du Traité (*Van der Elst et Salmon*, ainsi que de *Soto*, p. 1). C'est pourquoi la Commission, en examinant la question de savoir jusqu'à quel point un article du Traité est applicable, devra considérer, dans chaque cas

particulier, les deux phrases de l'art. 90, parag. 2 comme deux règles qui sont liées l'une à l'autre et qui s'influencent mutuellement. Cela ne signifie pas qu'elle doit considérer les intérêts des entreprises ou des Etats-Membres d'une part et ceux de la Communauté d'autre part comme deux intérêts équivalents, qu'elle doit soupeser l'un par rapport à l'autre réciproquement (ainsi Everling, remarque 6 relative à l'art. 90 et le suivant, dans ses idées, v. Gamm, p. 45 ; d'un avis semblable Rasquin, p. 2). Mais la Cour de Justice a arrêté dans des cas semblables relatifs au Traité de la C.E.C.A. que la Haute Autorité, en examinant l'intérêt de la Communauté, doit considérer également les intérêts des particuliers (de *Soto*, p. 10), ce qui est, bien entendu, aussi valable pour l'intérêt des Etats-Membres. C'est pourquoi, les phrases 1 et 2 du parag. 2 de l'art. 90 ne doivent être interprétées dans chaque cas particulier, que d'une façon synoptique (87).

D. — COMPETENCE ET PROCEDURE (Art. 90 parag. 3)

102. — La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que besoin, les directives ou décisions appropriées aux Etats-Membres. Les termes « veille à l'application de cet article » renferment, selon la terminologie habituelle du Traité, un engagement de la Commission. Ils indiquent, en outre, que — autrement que dans le cas de l'art. 9, parag. 1 du Règlement n° 17 pour la déclaration de non-application de l'art. 85, parag. 3 — la Commission n'est pas exclusivement compétente pour l'application de l'art. 90, mais que les Etats-Membres peuvent également l'appliquer. Cela n'a de signification pratique que pour l'art. 90, parag. 2, étant donné que « l'application » de l'art. 90, parag. 1 par les Etats-Membres consiste dans le fait qu'ils s'abstiennent de prendre des mesures contraires à l'art. 90, parag. 1. Pour ce qui concerne l'art. 90, parag. 2, on doit également prendre en considération le fait qu'il renferme un grand nombre de notions dont l'interprétation devra être faite, en fin de compte, par la Commission comme c'est par exemple le cas de la notion d' « intérêt de la Communauté ».

103. — Les compétences de la Commission selon l'art. 90, parag. 3 sont plus étendues que celles selon les art. 85 et 86 (*Thiesing*, remarque 8). Selon l'art. 89, la Commission ne peut prendre une décision que s'il n'est pas mis fin à l'infraction ; et d'après le Règlement n° 17, la Commission ne peut prendre, en tout cas, que des décisions visant un cas particulier ; l'art. 90, parag. 3 lui attribue non seulement le pouvoir de rendre — pour les entreprises comme pour les Etats-Membres — des décisions obligatoires (88), mais également en plus de cela d'arrêter — sans participation du Conseil — des directives qui s'adressent aux Etats-Membres et non pas aux entreprises ; et qui selon l'art. 189 du Traité, sont obligatoires pour ceux-ci.

Elle peut, par cette voie, définir plus en détail en particulier les notions fluctuantes de l'art. 90 pour assurer une application homogène du règlement. De plus, elle

peut, par voie de décisions qui entrent aussitôt en vigueur en vertu de l'art. 191, parag. 2, obliger les Etats-Membres à supprimer des mesures allant à l'encontre de l'art. 90, parag. 1. Sans l'art. 90, parag. 3, il ne resterait disponible contre les mesures des Etats que la procédure selon l'art. 169 (*Oberholte*, *Euro Wi* 60, 223, 224).

104. — Le rapport de l'art. 87 à l'art. 90, parag. 3 est problématique. Selon l'art. 87, parag. 1, le Conseil peut arrêter tous règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86. Il pourrait donc, selon l'art. 87, parag. 1, régler également les questions des entreprises publiques ou des entreprises au sens de l'art. 90 parag. 2, mais uniquement dans la mesure où il s'agit de la réalisation des objectifs prévus aux articles 85 et 86 (*Everling*, remarque 7 relative à l'art. 90) ; par contre, l'interprétation de l'art. 90, parmi les organes de la Communauté, incombe seule à la Commission, sous réserve du contrôle par la Cour de Justice sous les institutions de la Communauté. En aucun cas, le Conseil ne pourrait créer, par l'intermédiaire de l'art. 87, parag. 2 c, pour les entreprises de l'art. 90, parag. 1 ou 2 en tant que telles, en définissant d'une façon plus détaillée le domaine d'application des articles 85 et 86 pour ces entreprises, car cela serait aboutir matériellement à une modification de l'art. 90, pour laquelle il n'est pas compétent. L'art. 87, parag. 2 attribue seulement au Conseil l'autorisation de réglementer plus en détails certaines « branches économiques » ; la délimitation du pouvoir du Conseil devient critique lorsqu'il s'agit de branches économiques dont la position spéciale dans la concurrence est basée sur le caractère public de son activité (certaines branches du trafic et de l'approvisionnement). Par contre, en vertu de l'art. 87, parag. 2 e, le Conseil peut définir les rapports entre « cette section », y compris donc l'article 90, et les règles juridiques nationales. Parmi ces règles juridiques nationales, comptent également les dispositions relatives aux entreprises publiques ou privilégiées.

(A suivre).

(87) En ce qui concerne le fait que la Haute Autorité ou la Commission de la C.E.E., dans un cas concret, lorsqu'il se présente plusieurs objectifs contradictoires du Traité, doit prendre une décision au sujet des différents objectifs, voir en outre, le jugement du 13 juin 1958 dans l'affaire 9/56, tome IV, p. 43.

(88) Cependant, elle peut également n'adresser ses décisions qu'aux Etats-membres ; en ce qui concerne les décisions prises vis-à-vis des entreprises, on peut se servir de la procédure prévue par le Règlement n° 17, dans la mesure où il s'agit des Art. 85 et 86.

LES RÈGLES DE LA CONCURRENCE AU SEIN DE LA C.E.E.

(ANALYSE ET COMMENTAIRES DES ARTICLES 85 à 94 DU TRAITÉ)

Arved DERINGER

Avocat à Bonn

Avec la collaboration de :

André ARMENGAUD, Ingénieur-Conseil en Propriété Industrielle, Paris.

Léon DABIN, Professeur à l'Université de Liège.

D^r Dieter ECKERT, Conseiller au Bureau des Cartels de l'Allemagne Fédérale à Bonn.

Charley del MARMOL, Professeur à l'Université de Liège.

Eugenio MINOLI, Avocat, Professeur à l'Université de Modène.

Henri MONNERAY, Docteur en Droit, Avocat à la Cour de Paris.

Renzo MORERA, Avocat à Rome.

D^r Claus TESSIN, Avocat à Bonn.

D^r H. W. WERTHEIMER, Conseiller juridique et économique à Eindhoven.

D^r Heinrich WEYER, Fonctionnaire au Bureau des Cartels de l'Allemagne Fédérale, Berlin.

REGLEMENT N° 26 DU CONSEIL EN DATE DU 4 AVRIL 1962 PORTANT APPLICATION DE CERTAINES REGLES DE CONCURRENCE A LA PRODUCTION ET AU COMMERCE DES PRODUITS AGRICOLES (1)

ARTICLE PREMIER.

A partir de l'entrée en vigueur du présent règlement, les articles 85 à 90 inclus du Traité ainsi que les dispositions prises pour leur application s'appliquent à tous accords, décisions et pratiques visés à l'article 85, paragraphe 1 et à l'article 86 du Traité et relatifs à la production ou au commerce des produits énumérés à l'annexe II du Traité, sous réserve des dispositions de l'article 2.

A. — FONDEMENT JURIDIQUE

1. — La base juridique du règlement n° 26 est l'art. 42 du Traité, d'après lequel les dispositions du chapitre relatif aux règles de concurrence ne sont applicables à l'agriculture que dans la mesure déterminée par le Conseil (2).

Lors de la préparation du Traité, deux conceptions s'opposaient : l'une voulait inclure complètement l'agriculture dans le Marché Commun et ne tenir compte de son caractère particulier que par les clauses protectrices générales du Traité, alors que l'autre conception voulait une réglementation spéciale pour l'agriculture (*Schlebitz* dans *von der Groeben-von Boeckh*, commentaire relatif au Traité de la CEE, rem. préliminaire 3 relative au titre II, l'Agriculture).

(1) Publié au Journal Officiel des Communautés Européennes n° 30 du 20-4-62, p. 993/62 = BGBl 1962, II, p. 762, modifié par le Règlement n° 49 du 29-6-1962, Journal Officiel des Communautés Européennes n° 53 du 1-7-62, p. 1571/62 = BGBl 1962, II, p. 917.

(2) Article 42. Les dispositions du chapitre relatif aux règles de la concurrence ne sont applicables à la production et au commerce des produits agricoles que dans la mesure déterminée par le Conseil dans le cadre des dispositions et conformément à la procédure prévue à l'art. 43 parag. 2 et 3, compte tenu des objectifs énoncés à l'art. 39. Le Conseil peut notamment autoriser l'octroi d'aides :

a) pour la protection des exploitations défavorisées par des conditions structurelles ou naturelles,

b) dans le cadre de programmes de développement économique.

Le résultat en fut que, selon l'art. 38, parag. 1, le Marché Commun comprend, par principe, également l'agriculture et le commerce des produits agricoles et que les dispositions prévues pour l'établissement du Marché Commun sont également applicables aux produits agricoles (art. 38 parag. 2), « sauf dispositions contraires des articles 39 à 46 inclus ». Ceci advient pour le chapitre des règles de concurrence, donc les articles 85 à 94 inclus, à cause de l'art. 42, d'après lequel l'application immédiate desdits articles est exclue aussi longtemps que le Conseil ne fixe pas leur application.

2. — L'article 38, parag. 1 définit la notion de « produits agricoles » comme les « produits du sol, de l'élevage et de la pêche, ainsi que les produits de premières transformations qui sont en rapport direct avec ces produits ». Cette définition est cependant remplacée ensuite dans l'art. 38, parag. 3 par la liste qui fait l'objet de l'annexe II du présent Traité, dans laquelle sont énumérés en détail les produits soumis aux dispositions des articles 39 à 46. D'une part, cette liste est plus étroite que la définition de l'article 38 parag. 1, car elle ne comprend pas, par exemple, les produits de l'économie forestière, qui tombent également sous la définition de l'art. 38, parag. 1 comme produits du sol. D'autre part, cette liste est, à maints égards, trop vaste, car elle comprend aussi des produits qui ne sont plus

de
pré
de
cité
Eve
mei
si,
les
état
des
cou
alin
de
vala

3
à l'
ficat
vert
II. :
à c
jusq
déci
à ce
la
déla
tom
des

4.
conc
n° 1
clati
n° 2
sens

A

V

P

L

natu

05

ou

05

com

proj

Pl

L

(3)

Schle

Cons

qu'il

ou c

du c

(4)

p. 7

n° 2

de première transformation (ex. : margarine, simili-saindoux, préparations de viandes et de légumes, c'est-à-dire, conserves de viandes et de légumes, et autres, *Schlebitz*, à l'endroit cité, rem. 2 relative à l'art. 38 et *Glaesner* dans *Wohlfarth-Everling-Glaesner-Sprung*, Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, remarque 2 relative à l'art. 38). En examinant si, en raison de l'art. 42 en liaison avec le règlement n° 26, les articles 85 à 90 doivent être appliqués à un certain état de fait précis, il faut partir non pas de la définition des produits agricoles de l'article 38 parag. 1 (encore beaucoup moins, naturellement, de celle citée au parag. 100 alinéa 5 de la GWB allemande), mais seulement de celle de la liste en annexe II du Traité, liste dans sa rédaction valable à l'instant considéré.

3. — La définition de la notion de « produits agricoles » à l'article 38, parag. 1, ne trouve, en conséquence, sa signification pratique que pour les adjonctions possibles en vertu de l'article 38 parag. 3 phrase 2 à la liste en annexe II. Selon cet article, le Conseil, dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de ce Traité, c'est-à-dire jusqu'au 31.12.1959, sur proposition de la Commission, peut décider, à la majorité qualifiée, d'ajouter d'autres produits à cette liste. Cependant, pour ce faire, il était engagé par la définition du parag. 1 (3). Depuis l'expiration de ce délai, le Conseil ne peut élargir le cercle des produits tombant sous le coup des articles 39 à 46 que par la voie des articles 235 et 236 du Traité.

4. — Le Conseil a fait emploi une fois de ses attributions concernant l'extension de la liste, en ajoutant à la liste les n° 17.05 et 22.10 ainsi que quelques produits de la nomenclature douanière de Bruxelles en vertu du règlement n° 7 A (4). Selon cette extension, les produits agricoles au sens de l'art. 38 parag. 3 sont maintenant les suivants :

Chapitre 1

Animaux vivants.

Chapitre 2

Viandes et abats comestibles.

Chapitre 3

Poissons, crustacés et mollusques.

Chapitre 4

Lait et produits de la laiterie ; œufs d'oiseaux, miel naturel.

Chapitre 5

05.04 — Boyaux, vessies et estomacs d'animaux, entiers ou en morceaux, autres que ceux de poissons.

05.15. — Produits d'origine animale, non dénommés ni compris ailleurs, animaux morts des chapitres 1 ou 3, impropres à la consommation humaine.

Chapitre 6

Plantes vivantes et produits de la floriculture.

Chapitre 7

Légumes, plantes, racines et tubercules alimentaires.

(3) *Glaesner*, à l'endroit cité, rem. 2 ; d'un autre avis : *Schlebitz*, à l'endroit cité, rem. 8, selon l'opinion duquel le Conseil n'était pas lié par la définition de l'article 1, de sorte qu'il aurait pu inscrire sur la liste d'autres produits de seconde ou de troisième transformation. Mais, ainsi, la liberté de décision du Conseil serait pratiquement illimitée.

(4) Du 18 décembre 1959, J.O. des C.E. n° 7 du 30.1.1961, p. 71/72 = BGBl II, 1961, p. 75/76 ; rectifié J.O. des C.E. n° 23 du 5.4.1961, p. 539/61 = BGBl II, 1961, p. 475.

Chapitre 8

Fruits comestibles ; écorces d'agrumes et de melons.

Chapitre 9

Café, thé et épices, à l'exclusion du maté (09.03).

Chapitre 10

Céréales.

Chapitre 11

Produits de la minoterie ; malt ; amidons et féculés ; gluten ; inuline.

Chapitre 12

Graines et fruits oléagineux ; graines, semences et fruits divers ; plantes industrielles et médicinales ; pailles et fourrages.

Chapitre 13

ex 13.03 — Pectine.

Chapitre 15

15.01 — Saindoux et autres graisses de porc pressées ou fondues ; graisse de volailles pressée ou fondue.

15.02 — Suifs (des espèces bovine, ovine et caprine) bruts ou fondus, y compris les suifs dits « premiers jus ».

15.03 — Stéarine solaire ; oléo-stéarine ; huile de saindoux et oléo-margarine non émulsionnée, sans mélange ni aucune préparation.

15.04 — Graisses et huiles de poissons et de mammifères marins même raffinées.

15.07 — Huiles végétales fixes, fluides ou concrètes, brutes, épurées ou raffinées.

15.12 — Graisses et huiles animales ou végétales hydrogénées même raffinées mais non préparées.

15.13 — Margarine, simili-saindoux et autres graisses alimentaires préparées.

15.17 — Résidus provenant du traitement des corps gras ou des cires animales ou végétales.

Chapitre 16

Préparations de viandes, de poissons, de crustacés et de mollusques.

Chapitre 17

17.01 — Sucres de betteraves et de canne, à l'état solide.

17.02. — Autres sucres ; sirops ; succédanés du miel, même mélangés de miel naturel ; sucres et mélasses caramélisés.

17.03 — Mélasses, même décolorées.

Chapitre 18

18.01 — Cacao en fèves et brisures de fèves, bruts ou torréfiés.

18.02 — Coques, pelures, pellicules et déchets de cacao.

Chapitre 20

Préparations de légumes, de plantes potagères, de fruits et d'autres plantes ou parties de plantes.

Chapitre 22

Moûts de raisins partiellement fermentés, même mutés autrement qu'à l'alcool.

22.05 — Vins de raisins frais ; moûts de raisins frais mutés à l'alcool (y compris les mistelles).

22.07 — Cidre, poiré, hydromel et autres boissons fermentées.

Chapitre 23

Résidus et déchets des industries alimentaires ; aliments préparés pour animaux.

Chapitre 24

24.01 — Tabacs bruts ou non fabriqués ; déchets de tabac.

Chapitre 45

45.01 — Liège naturel brut et déchets de liège ; liège concassé, granulé ou pulvérisé.

Chapitre 54

54.01 — Lin brut, roui, teillé, peigné, ou autrement traité, mais non filé ; étoupes et déchets (y compris les effilochés).

Chapitre 57

57.01 — Chanvre (*Cannabis sativa*) brut, roui, teillé, peigné ou autrement traité, mais non filé ; étoupes et déchets (y compris les effilochés).

5. — L'article 42 règle l'application des règles de concurrence pour « la production... et le commerce » des produits cités à la remarque 4. D'après cela, le secteur économique compris par l'exception est d'une part plus restreint, de l'autre plus vaste que celui du parag. 100 du GWB. Il est plus restreint, car il ne comprend que la production des produits cités, mais non leur transformation ou préparation ultérieure (parag. 100 alinéa 5, chiffre 26 WB). Il est plus vaste dans la mesure où il comprend également, par principe, la commercialisation de ces produits. Etant donné que dans la liste des produits agricoles on en cite également, qui au fond, appartiennent déjà à ceux de seconde ou troisième transformation (voir ci-dessus rem. 3), l'exception pénètre ici très profondément dans le commerce d'alimentation.

6. — En décidant jusqu'à quel point le chapitre relatif aux règles de concurrence doit s'appliquer au domaine décrit, le Conseil doit tenir compte des objectifs généraux de la Politique agricole commune énumérés à l'art. 39. Etant donné que ceux-ci sont formulés d'une façon très vaste et sont partiellement en contradiction, la marge de décision du Conseil est pratiquement illimitée.

7. — Les dispositions de l'art. 43, parag. 2 et 3 prévues tout d'abord pour les décisions concernant la politique agricole commune et le remplacement possible des organisations nationales de marché par une organisation commune prévue à l'art. 40, parag. 2 sont valables pour la procédure du Conseil. A cause de la cohérence interne entre la décision relative à l'application des règles de concurrence et celles concernant la politique agricole commune, cette procédure est également étendue à l'art. 42 (Glaesner, rem. 1 rel. à l'art. 42 ; Schlebitz, rem. 4, rel. à l'art. 42).

8. — L'article 42 n'oblige toutefois pas le Conseil à appliquer immédiatement et dans toute leur étendue sur le volume entier du domaine d'exception, les règles de concurrence par une décision unique ; bien plus, il peut procéder progressivement en ne levant l'exception que pour certains articles du chapitre des règles de concurrence ou seulement pour certains produits ou même pour un volume limité d'une autre façon. C'est ce qui a été fait dans le Règlement n° 26, les articles 91 à 94 n'entrant en vigueur que partiellement (l'art. 92 ne l'est pas encore, par exemple, conf. rem. 25).

B. — ORIGINES DU RÈGLEMENT N° 26

9. — Bien que le règlement n° 26 fixe l'application des règles de concurrence à l'agriculture, il ne pouvait s'appuyer sur l'art. 87, mais uniquement sur les art. 42 et 43. Car jusqu'à l'arrêté du Règlement n° 26, l'art. 87 n'était également pas applicable à l'agriculture. Mais, maintenant qu'il est également valable pour l'agriculture (art. premier du règlement n° 26), le Conseil peut également, quant à l'agriculture, appuyer sur l'art. 87 d'autres règlements ou directives pour l'exécution des principes posés aux art. 85 et 86.

10. — La proposition de la Commission de la C.E.E. (5) fut complétée par le Parlement Européen (6) en deux points avant tout :

Il recommanda une exception particulière pour les coopératives et il proposa d'appliquer aussi totalement l'article 86 à l'agriculture, étant donné qu'en aucun cas il ne serait pensable que les particularités de l'agriculture justifient l'abus d'une position dominante sur le marché. Par contre, le Parlement renonce à établir les critères matériels d'attribution des subventions licites dans l'agriculture, cela paraissant trop difficile.

Le Conseil a pris en considération les deux propositions du Parlement dans la rédaction définitive et, du reste, il a encore élargi le règlement en ce qui concerne la procédure édictée aux paragraphes 2 à 4 de l'art. 2. De plus, l'appréciation que la Commission détient en vertu de l'art. 3 du règlement n° 26 pour l'examen des cas de dumping fut considérablement concrétisée et délimitée par le Conseil vis-à-vis de la proposition de la Commission.

(5) Doc. VI/COM (60) définitif 160 du 28 novembre 1960 = P.E. Doc 103/1960.

(6) Rapport du député *Martin Schmidt (Gellersen)* pour la Commission des questions agricoles, P.E. Doc. 107/61, procès-verbaux de session 1960-1961 du 11 janvier 1961, p. 1-4.

(à suivre)

LES RÈGLES DE LA CONCURRENCE AU SEIN DE LA C.E.E.

(ANALYSE ET COMMENTAIRES DES ARTICLES 85 à 94 DU TRAITÉ)

Arved DERINGER

Avocat à Bonn

Avec la collaboration de :

André ARMENGAUD, Ingénieur-Conseil en Propriété Industrielle, Paris.

Léon DABIN, Professeur à l'Université de Liège.

D^r Dieter ECKERT, Conseiller au Bureau des Cartels de l'Allemagne Fédérale à Bonn.

Charley del MARMOL, Professeur à l'Université de Liège.

Eugenio MINOLI, Avocat, Professeur à l'Université de Modène.

Henri MONNERAY, Docteur en Droit, Avocat à la Cour de Paris.

Renzo MORERA, Avocat à Rome.

D^r Claus TESSIN, Avocat à Bonn.

D^r H. W. WERTHEIMER, Conseiller juridique et économique à Eindhoven.

D^r Heinrich WEYER, Fonctionnaire au Bureau des Cartels de l'Allemagne Fédérale, Berlin.

REGLEMENT N° 26 DU CONSEIL EN DATE DU 4 AVRIL 1962 PORTANT APPLICATION DE CERTAINES RÈGLES DE CONCURRENCE A LA PRODUCTION ET AU COMMERCE DES PRODUITS AGRICOLES

ARTICLE PREMIER (suite)

C. — CONTENU DE L'ARTICLE 1

11. — Avec l'entrée en vigueur du règlement n° 26, les articles 85 à 90 (pour les articles 91 à 94, voir les articles 3 et 4 du règlement n° 26) « ainsi que les dispositions prises pour leur application » s'appliquent à l'agriculture. Ceci vaut non seulement pour les articles 85 à 90 même, mais aussi pour les dispositions prises entre-temps, comme les règlements n° 17, 27 et 99/63, ainsi que pour tous les règlements et directives à prendre à l'avenir en vertu de l'article 87 (tant que leur champ d'application n'est pas limité expressément). Le domaine d'application concret du règlement 26 est « la production ou le commerce des produits énumérés à l'annexe II du Traité » (voir en détail les remarques 2-5 ci-dessus). La condition est finalement un état de faits qui, sans l'article 42, tomberait sous les articles 85 parag. 1 ou 86, c'est-à-dire, soit une entente, une décision ou une pratique concertée, qui « sont susceptibles d'affecter le commerce entre États Membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché Commun » (art. 85 parag. 1), soit une pratique qui aboutirait au fait pour une ou plusieurs entreprises, d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le Marché Commun ou dans une partie substantielle de celui-ci et susceptible d'affecter le commerce entre les États-Membres (art. 86).

12. — Les articles 85 à 90 s'appliquent à partir de « l'entrée en vigueur de ce règlement », c'est-à-dire selon l'art. 5 du règlement n° 26, dans la version modifiée par le règlement n° 49, à partir du 30 juillet 1962. Jusqu'à cette date, les articles 85 à 90 n'étaient pas valables pour l'agriculture ; elle n'était donc non plus concernée par le conflit autour du caractère juridique de ces dispositions (conf. art. 88, rem. 1 et suiv.). A partir du 1^{er} août 1962, étaient, par contre, également valables, les dispositions arrêtées pour l'exécution des articles 85 à 90, en particulier le règlement n° 17.

Dans les commentaires, des doutes ont été exprimés pour savoir si le régime transitoire de l'art. 5 du règlement n° 17 serait, lui aussi, applicable à l'agriculture, parce qu'il n'y a en agriculture aucun cartel ancien, vu que chaque coopérative comprise par le règlement n° 26 serait « nouvelle » (*Gleiss-Hirsch*, AWiD 62, 159 et Droit des Cartels de la CEE, rem. 4 pour le règlement n° 26). Toutefois, ces doutes ne sont pas fondés (conf. en détail les remarques 7 et 8 relatives à l'art. 5 du règlement n° 17) ; le régime transitoire du règlement n° 17 est également valable pour l'agriculture d'une manière correspondante, mais dans la mesure où la date de référence pour délimiter les anciens et les nouveaux cartels agricoles est non pas celle du 13 mars 1962, mais celle du 30 juillet 1962, parce que le règlement n° 17 n'est entré en vigueur pour l'agriculture qu'à ce jour.

ARTICLE 2

1. L'article 85, paragraphe 1 du Traité est inapplicable aux accords, décisions et pratiques visés à l'article précédent qui font partie intégrante d'une organisation nationale de marché ou qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 39 du Traité. Il ne s'applique pas en particulier aux accords, décisions et pratiques d'exploitants agricoles,

d'associations d'exploitants agricoles ou d'associations de ces associations ressortissant à un seul Etat membre, dans la mesure où, sans comporter l'obligation de pratiquer un prix déterminé, ils concernent la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de produits agricoles, à moins que la Commission ne constate qu'ainsi la concurrence est exclue ou que les objectifs de l'article 39 du Traité sont mis en péril.

2. Après avoir consulté les Etats membres et entendu les entreprises ou associations d'entreprises intéressées, ainsi que toute autre personne physique ou morale dont l'audition lui paraît nécessaire, la Commission, sous réserve du contrôle de la Cour de Justice, a compétence exclusive pour constater, par une décision qui est publiée, pour quels accords, décisions et pratiques les conditions prévues au paragraphe 1 sont remplies.

3. La Commission procède à cette constatation soit d'office, soit sur demande d'une autorité compétente d'un Etat membre ou d'une entreprise ou association d'entreprise intéressée.

4. La publication mentionne les parties intéressées et l'essentiel de la décision ; elle doit tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

A. — SIGNIFICATION ET ETENDUE DE L'EXCEPTION

13. — L'application générale des art. 85 à 90 à l'agriculture est, par contre, limitée par l'art. 2, d'après lequel l'art. 85 parag. 1 est inapplicable pour certains états de faits cités en détail. Par ce moyen, la conséquence juridique de nullité prévue à l'art. 85 parag. 2 n'apparaît pas pour ces états de fait. L'application de l'art. 85, parag. 3 ne rentre également pas en ligne de compte, car il n'est pas besoin de la déclaration de non-application prévue à ce paragraphe, en raison de l'exception à l'interdiction de l'art. 85 parag. 1.

Par contre, l'interdiction d'abuser d'une position dominante sur le marché édictée à l'art. 86 et la réglementation particulière pour les entreprises publiques ou concessionnaires édictée à l'art. 90, sont applicables pour les états de faits prévus à l'art. 2 parag. 1 ; ceci, il est vrai, juste dans la mesure où il ne s'agit pas de mesure allant à l'encontre de l'art. 85 parag. 1 (7).

14. — La question de savoir, si l'art. 2 constitue également une exception légale ou une réserve d'autorisation, est controversée. Le Bureau Fédéral des Cartels (rapport d'activités pour l'année 1962, Bundestags-Drucks IV/1220, p. 74) a des doutes pour considérer la disposition comme une exception légale, étant donné qu'elle concède à la Commission une latitude d'appréciation considérable (ainsi pensent *Ditges-Ehel*, AWiD 1963, 300, et *Spengler* dans *Gemeinschaftskommentar*, 2^e édition, rem. 53 relative au Droit des Cartels de la CEE). Bien qu'on ne puisse également méconnaître que les notions utilisées à l'article 2 du règlement n° 26 contiennent une vaste latitude de décision, l'expression « est inapplicable à ... », plaide cependant pour que les états de faits tombant dessous soient exceptés « de lege » de l'interdiction du Cartel (BKartA, à l'endroit cité, ainsi que *Gleiss-Hirsch*, AWiD 1962, 160 et Droit des Cartels de la CEE, remarque 10 rel. à l'art. 2 du règlement n° 26). D'après cela, ce qui tombe sous l'exception de l'art. 2 parag. 1, n'est pas interdit en vertu de l'art. 85, parag. 1, même sans décision particulière de la

(7) D'après cela, les états peuvent également créer, dans le cadre du règlement n° 26, des cartels obligatoires etc. tant que cela ne va pas à l'encontre de l'un des règlements relatifs à l'organisation du marché européen. Par contre, si un tel cartel obligatoire abuse de sa position sur le marché, alors, l'art. 86 s'applique directement (art. 1 du règlement n° 17 en rapport avec l'art. premier du règlement n° 26).

Commission de la CEE, et, par conséquent, est valable. D'autre part, des états de faits à l'intérieur de l'agriculture non couverts par l'exception de l'art. 2 parag. 1 peuvent être libérés selon l'art. 85, parag. 3 du Traité par la procédure prévue à cet effet (de même avis *Gleiss-Hirsch*, Droit des Cartels de la CEE, remarque 11 rel. à l'art. 2 du règlement n° 26).

15. — L'article 2 distingue trois groupes d'exception : d'abord, les concentrations « qui font partie intégrante d'une organisation nationale de marché », puis celles « qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'art. 39 du Traité », et enfin certaines formes de concentrations agricoles. Comme le prouve dans l'introduction le mot « en particulier », le troisième groupe est une sous classe des deux premiers. Selon la conception de la Commission, les faits tombant dans le troisième groupe remplissent constamment les conditions citées dans la phrase 1 du parag. 1 de l'art. 2 ; c'est pourquoi elle ne les avait pas spécialement énumérés dans son projet. Après l'énumération expresse de ces faits, maintenant établie « pour clarification » (conf. rem. 24), dans une définition détaillée, on pourrait également concevoir qu'ils (les faits) n'ont besoin que de la preuve d'existence des conditions de la phrase 2, et non de celles de la phrase 1. Mais cela aboutirait à exclure de l'interdiction de cartels, par la phrase 2, les accords qui ne sont ni partie intégrante d'une organisation de marché, ni nécessaires aux objectifs de l'art. 39 — un résultat du règlement n° 26 certainement pas recherché —.

16. — L'exception de l'art. 2, parag. 1 phrase 2 ne vaut selon sa teneur claire que pour les associations de producteurs, mais non pour celles du commerce (par exemple associations coopératives de commerce agricoles) ; par contre, la phrase 1 concerne également les accords, etc de commerce de produits agricoles, car elle se rapporte aux « accords, décisions, pratiques cités dans l'art. premier ». Mais, l'art. premier parle des accords, etc. relatifs à la production « ou au commerce » des produits énumérés à l'annexe II. Tant que les accords etc. de commerce tomberont sous l'un des deux groupes, ils seront soustraits, par l'art. 2, à l'interdiction de l'art. 85 parag. 1.

LES RÈGLES DE LA CONCURRENCE AU SEIN DE LA C.E.E.

(ANALYSE ET COMMENTAIRES DES ARTICLES 85 à 94 DU TRAITÉ)

Arved DERINGER

Avocat à Bonn

Avec la collaboration de :

André ARMENGAUD, Ingénieur-Conseil en Propriété Industrielle, Paris.

Léon DABIN, Professeur à l'Université de Liège.

D^r Dieter ECKERT, Conseiller au Bureau des Cartels de l'Allemagne Fédérale à Bonn.

Charley del MARMOL, Professeur à l'Université de Liège.

Eugenio MINOLI, Avocat, Professeur à l'Université de Modène.

Henri MONNERAY, Docteur en Droit, Avocat à la Cour de Paris.

Renzo MORERA, Avocat à Rome.

D^r Claus TESSIN, Avocat à Bonn.

D^r H. W. WERTHEIMER, Conseiller juridique et économique à Eindhoven.

D^r Heinrich WEYER, Fonctionnaire au Bureau des Cartels de l'Allemagne Fédérale, Berlin.

REGLEMENT N° 26 DU CONSEIL EN DATE DU 4 AVRIL 1962 PORTANT APPLICATION DE CERTAINES RÈGLES DE CONCURRENCE A LA PRODUCTION ET AU COMMERCE DES PRODUITS AGRICOLES

ARTICLE 2 (suite)

B. — FAISANT PARTIE INTÉGRANTE D'UNE ORGANISATION INTERNE DE MARCHÉ.

17. — L'article 85, parag. 1 est tout d'abord inapplicable aux accords, décisions et pratiques visés à l'art. 1, qui « font partie intégrante d'une organisation nationale de marché ». Le terme d' « organisation nationale de marché » (en allemand : « einzelstaatliche Markordnung ») apparaît aux art. 40, parag. 2, 43 parag. 2 et 3, 45, parag. 1 et 46 du Traité ; le terme allemand est transposé dans les trois autres langues par celui de « nationale organisation des Marktes » (traduction littérale). A l'organisation d'un marché national s'oppose l'organisation commune prévue à l'art. 40, parag. 2, qui ne peut exister que dans des règles communes de concurrence, ou que dans une coordination obligatoire des différentes organisations nationales de marché, ou bien encore — au degré le plus haut — que dans une organisation européenne de marché (8).

Sans doute, dans l'art. 40, parag. 3, plusieurs moyens de l'organisation commune future et, dans l'art. 43, parag. 3 de même que dans l'art. 43, parag. 3 a sont cités quelques uns de ses objectifs, mais, de ces articles cités du traité, il ne ressort aucune notion claire et commune de « l'organisation du marché ».

18. — Le droit allemand a clarifié la notion d'organisation de marché, en tout cas, pour le domaine du Droit des Cartels du fait que les différentes lois sur l'organisation du marché sont citées dans le parag. 100 alinéa 8 (9).

(8) Les organisations nationales du marché et, par conséquent, les exceptions de l'art. 2, parag. 1, phrase 1, ne disparaîtront donc que dans la mesure d'une création d'une organisation européenne de marché.

19. — Pour le droit communautaire, la Commission de la C.E.E. a donné la définition suivante dans une lettre du 1^{er} juin 1961 au représentant à Bruxelles de la République Fédérale Allemande (10) :

« Une organisation nationale de marché est un ensemble de règles concernant le marché d'un certain produit agricole dans un état, qui donnent aux producteurs intéressés des assurances pour le travail et le niveau de vie. A cet effet, l'organisation de marché doit garantir le débouché de la production nationale à des prix stables. Pour atteindre cet objectif, toutes les conditions de marché, y comprises celles des fluctuations de la production et de la consommation nationales doivent être prises en considération. Les règles d'organisation de marché doivent s'appliquer réellement et doivent comprendre des dispositions aussi bien pour le marché intérieur qu'aux frontières. L'application des mesures ou dispositions aux frontières doit être liée à ces mesures

(9) Cette loi est inapplicable tant que la loi sur le trafic des grains et des fourrages (loi sur les grains) du 4 novembre 1950 dans sa rédaction publiée du 24 novembre 1951 (Bundesgesetzbl. I, p. 900), la loi sur le trafic du sucre (loi sur le sucre) du 5 janvier 1951 (Bundesgesetzbl. I, p. 47) dans la rédaction publiée du 3 octobre 1951 (Bundesgesetzbl. I, p. 852) et du 9 août 1954 (Bundesgesetzbl. I, p. 255), la loi sur le transport du lait, des produits laitiers et des matières grasses (loi sur le lait et les matières grasses) du 28 février 1951 dans la rédaction publiée du 10 décembre 1952 (Bundesgesetzbl. I, p. 811) et la loi sur le transport du bétail et de la viande (loi sur le bétail et la viande) du 25 avril 1951 (Bundesgesetzbl. I, p. 272) et les règlements en découlant autoriseront une infraction aux règles de la concurrence, infraction interdite en vertu de la première partie de cette loi.

(10) La même définition se retrouve en français dans une lettre du 14 avril 1961 au président de la Commission Agricole du Parlement Européen ; conf. en outre, la définition de la Commission de la CEE dans sa « réponse complémentaire » du 29.11. 1960 au député Vredeling, J.O. des C.E. n° 79 du 16.12.1960, p. 1531-1532.

prises dans le marché intérieur pour ce produit ou pour un produit dont ce produit dépend largement ».

20. — D'après cette définition, une organisation de marché suppose les éléments suivants :

a) Il doit y avoir un ensemble de dispositions pour le marché d'un produit agricole déterminé ;

b) Elle doit donner aux producteurs des assurances quant à l'emploi et au niveau de vie, en garantissant le débouché de la production intérieure à des prix stables ;

c) A cet effet, toutes les conditions du marché y comprises celles des fluctuations de la production et de la consommation à l'intérieur doivent être prises en considération ;

d) L'organisation de marché doit être appliquée réellement et doit comprendre des mesures aussi bien pour le marché intérieur que pour les régions frontalières ;

e) Les mesures prises aux frontières doivent être en relation avec celles prises dans le marché national pour ce produit ou pour un produit en dépendant.

21. — Cette définition de la notion « d'organisation de marché » n'a cependant pas trouvé jusqu'ici l'approbation de tous les gouvernements, comme ceci s'est avéré, en particulier, lors de la préparation du règlement n° 26. Dans la tentative d'établir une définition, il faut partir du fait que le domaine de l'agriculture fait partie de ces marchés qui, en raison de leur structure particulière de « marchés à concurrence imparfaite », nécessitent des interventions régularisantes de l'État (11).

C'est pourquoi, pour la question de savoir si une organisation de marché existe c'est l'objectif des mesures étatiques qui est tout d'abord décisif, alors que l'étendue de ces mesures dépend des nécessités de chaque marché individuel. Jusqu'à ce point, il semble que les limites sont dépassées, si la Commission de la C.E.E. réclame dans sa définition de la notion d'« organisation de marché », un ensemble de mesures qui sont appliquées en permanence. Selon la structure de chaque marché aussi, des mesures en petit nombre, appliquées seulement selon le cas peuvent suffire. Mais, il doit s'agir constamment de mesures prises ou prescrites par l'État et non pas de mesures prises par des entreprises privées (12).

Tant qu'une définition communautaire unique de la notion d'« organisation de marché » ne sera pas développée, il faudra, dans un cas douteux, partir des notions nationales différentes. Cela peut conduire à des résultats différents, si par exemple, les coopératives allemandes passent pour des institutions privées, les coopératives de production hollandaises, par contre, qui sont des corporations de droit public, comme faisant partie de l'organisation nationale de marché qui englobe, de plus, également les accords privés étroitement liés à elle ou qui sont essentielles à sa concrétisation. Ici, cependant, on ne peut aboutir à une explication homogène que par des décisions de la Commission de la C.E.E. prise au sujet de l'art. 2 du règlement n° 26.

22. — Les accords etc. ne sont, cependant, exclus que

(11) Conf. la motivation du gouvernement pour la loi allemande contre les restrictions de la concurrence A VI et C relative au parag. 75 chiffre 1 du projet (parag. 100 de la loi).

(12) A moins qu'elles ne fassent partie intégrante de l'organisation étatique de marché.

s'ils font partie « intégrante » d'une organisation nationale de marché. Il ne suffit donc pas qu'ils aient un rapport quelconque avec l'organisation de marché ; bien plus, celle-ci ne doit pouvoir se développer sans l'accord.

C. — NECESSAIRES A LA REALISATION DES OBJECTIFS ENONCES A L'ARTICLE 39 DU TRAITE

23. — L'accord doit être « nécessaire » à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 39 ; il ne suffit pas, en conséquence, qu'il soit seulement désiré ou utile (de même avis *Gleiss-Hirsch*, AWiD 1962, 159 et *Droit des Cartels* de la C.E.E., rem. 2 relative à l'art. 2 du règlement n° 26). Étant donné que, cependant, les objectifs visés par l'art. 39 (13) sont formulés d'une façon très large, il reste à la Commission une très grande marge pour décider, de la nécessité d'un accord.

Ainsi, peut-elle dans un cas particulier soupeser les différents objectifs, s'ils ne peuvent être réalisés tous, simultanément (14).

D. — EXCEPTION POUR LES COOPERATIVES

24. — Au cours des pourparlers préparatoires, la question de savoir s'il est besoin d'une disposition particulière pour les coopératives agricoles, était contestée. Le parlement Européen et la majorité des Etats Membres exigèrent une clarification pour éviter une insécurité juridique au grand nombre de coopératives agricoles et pour ne pas rendre dépendante leur existence future d'un jugement de la Commission de la C.E.E. Étant donné, cependant, que la forme juridique des coopératives agricoles, comme elle est connue dans le Droit Allemand, n'est pas la même dans tous les Etats Membres, ou que les concentrations agricoles utilisent dans les autres pays d'autres formes juridiques, la définition détaillée de la phrase 2 de l'art. 2, parag. 1 a été introduite dans le règlement n° 26 (*Schlebitz*, EW 1962, p. 55), définition qui correspond, pour l'essentiel, à la version du parag. 100, al. 1 GWB.

25. — Bien entendu, dans ce cas aussi, les critères déterminant les produits agricoles ne se conforment ni aux dispositions nationales ni à l'art. 38, parag. 1 du Traité, mais à la liste en annexe II à l'art. 38, parag. 3 (conf. ci-dessus,

(13) Article 39. (1) La politique agricole commune a pour but :

a) d'accroître la productivité de l'agriculture en développant le progrès technique, en assurant le développement rationnel de la production agricole ainsi qu'un emploi optimum des facteurs de production notamment de la main-d'œuvre,

b) d'assurer un niveau de vie équitable à la population agricole, notamment par le relèvement du revenu individuel de ceux qui travaillent dans l'agriculture,

c) de stabiliser les marchés,

d) de garantir la sécurité des approvisionnements,

e) d'assurer des prix raisonnables dans les livraisons aux consommateurs.

(2) Dans l'élaboration de la politique agricole commune et des méthodes spéciales qu'elle peut impliquer, il sera tenu compte :

a) du caractère particulier de l'activité agricole, découlant de la structure sociale de l'agriculture et des disparités structurelles et naturelles entre les diverses régions agricoles,

b) de la nécessité d'opérer graduellement les ajustements opportuns,

c) du fait que, dans les Etats Membres, l'agriculture constitue un secteur intimement lié à l'ensemble de l'économie.

(14) Conf. par exemple, le jugement de la Cour de Justice du 21 juin 1958, aff. juridique 8/57, recueil C.E.J. Vol. IV, p. 231 et suiv., en particulier 251, 254, jugement relatif à l'art. 3 du Traité de la C.E.C.A.

rem. 4). Par contre, d'autres notions peuvent être prises dans le parag. 100 GWB. Selon cela, sont exploitations agricoles, de telles entreprises qui fabriquent ou produisent des produits agricoles au sens du Traité (relativement au parag. 100, al. 6 GWB, voir en particulier *Zipfel* dans *Gemeinschaftskommentar*, 2^e édition, rem. 64 et suivantes rel. au parag. 100 GWB). Cependant, étant donné que les simili-saindox ou les conserves de viande appartiennent également aux produits agricoles, les entreprises de transformation qui fabriquent ces produits tombent également sous la notion d'« exploitations agricoles » au sens de l'art. 2 du règlement n° 26 (15).

Cependant le terme français pour producteur — « exploitants agricoles » —, terme qui ne peut guère être appliqué aux entreprises de transformation, est contraire à cette interprétation.

Sont exclus également, à côté des exploitants agricoles eux-mêmes les associations d'exploitations agricoles ou associations de ces associations, cependant ces dernières seulement dans la mesure où il s'agit d'association de producteurs ressortissant à un seul Etat Membre. En conséquence, des coopératives centrales composées de coopératives ressortissant à plusieurs Etats Membres ne sont donc pas exclues par l'art. 2 (de même avis : *Gleiss-Hirsch*, rem. 7 relative à l'art. 2 du Règlement n° 26 ; *Ditges-Ehle* exprimant des doutes. AWiD 1963, 300).

C'est pourquoi il reste à voir jusqu'où l'exception stipulée à l'art. 2, § 1, phrase 2 sera d'une signification pratique, étant donné qu'elle ne se rapporte, en tout cas, qu'aux événements qui entravent le commerce entre les Etats Membres, comme tout le Règlement n° 26 et les interdictions stipulées aux articles 85 et 86.

26. — Cependant, les exploitations agricoles et leurs associations ne sont pas libérées de l'art. 85, § 1 par l'art. 2, § 1, phrase 2, d'une façon générale, mais uniquement en ce qui concerne les conventions sur la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de produits agricoles, et, à l'égard de ceux-ci, uniquement dans la mesure où ils ne comportent pas l'obligation de pratiquer un prix déterminé. D'après cela, sont autorisées par exemple, des conventions portant sur la restriction de la production par limitation des surfaces cultivées ou réduction de la pêche, sur la mono-culture de certains produits ou la répartition des surfaces cultivées pour différents produits, sur l'obligation d'utiliser les produits obtenus d'une certaine manière, de les livrer exclusivement sur certaines places (clause d'exclusivité, obligation de déclarer) ou de ne pas écouler, mais de stocker. D'autres dispositions permises sont celles portant sur l'utilisation des installations communes pour le stockage,

le traitement ou la transformation (exemples, voir *Zipfel*, rem. 12), ainsi que sur l'obligation d'utiliser ou de financer les installations communes autant que les prix ou une partie constitutive de ceux-ci ne sont pas liés. Par contre, ne sont pas exclues par l'art. 2, § 1, phrase 2 les conventions portant sur les machines, les appareils, les fourrages et les engrais etc., étant donné que ces conventions ne se rapportent qu'indirectement à des produits agricoles, mais directement à des moyens auxiliaires (*Zipfel*, rem. 10 et 11).

27. — L'exception stipulée à l'art. 2, § 1, phrase 2, est cependant limitée par une condition supplémentaire. L'exception n'est pas valable si la Commission constate que « la concurrence est exclue ou que les objectifs de l'article 39 du traité sont mis en péril » par les accords en question. Cette restriction ne concerne cependant que l'exception portant sur les coopératives et non pas sur les deux autres groupes (conf. rem. 15, 17 et 23). Si cette dérogation est vérifiée, alors l'accord concerné ne rentre pas dans le cadre d'une exception, mais selon l'art. 85 § 1, il est illicite et, le cas échéant, nul, à moins que la Commission n'accorde dans le cas particulier une déclaration de non application selon l'art. 85, § 3 (voir ci-dessus, rem. 14) ; cependant, dans le cas de la première alternative (exclusion de la concurrence), la déclaration de non application échouerait fréquemment du fait qu'elle ne pourrait être accordée selon l'art. 85 § 3 si la concurrence est exclue par l'accord pour une partie essentielle des produits concernés.

28. — La concurrence n'est exclue que si, par suite de l'accord, aucune ou presque aucune concurrence capable de fonctionner n'existe plus (conf. au sujet de la version semblable à l'art. 85 § 3 b du Traité, rem. 52 1 a ainsi que *Gleiss-Hirsch*, rem. 8 relative à l'art. 2 du règlement n° 26). Si la concurrence n'est que limitée ou rendue difficile, ou si seules quelques formes de concurrence sont concernées par les accords, alors, la dérogation n'est pas valable.

29. — La question de savoir si les objectifs de l'art. 39 du Traité sont « mis en péril » est tranchée par une décision qui, eu égard à la vaste formulation de ces objectifs, donne à la Commission une latitude d'appréciation pratiquement illimitée. Il est vrai que les décisions peuvent être contrôlées par la Cour de Justice. Malgré cela, les objections soulevées par *Ditges-Ehle* (AWiD 1963, 300) en raison de l'insuffisante précision de cette disposition contre la légitimité de l'exception exprimée dans l'art. 2, § 1, phrase 2 du règlement n° 26 ne sont pas sans fondement ; elles doivent se dresser, cependant, aussi contre les deux autres exceptions prévues à l'art. 2, § 1, phrase 1, étant donné que leurs notions ne sont pas moins imprécises.

E. — COMPETENCE ET PROCEDURE

30. — Pour décider quels sont les accords, décisions et pratiques qui remplissent les conditions de l'exception du parag. 1, la Commission est exclusivement compétente, sous réserve du contrôle de la Cour de Justice. C'est pourquoi sont exclus de cette décision, comme pour celle relative à l'art. 85, § 3 du Traité par l'art. 9, § 1 du règlement n° 17, non seulement les administrations des Etats Membres, mais aussi les tribunaux. D'autre part, les tribunaux nationaux et, jusqu'à la déclaration d'une procédure par la Commission de la C.E.E. (voir l'art. 9, § 3 du règlement

(15) D'après cela, une fabrique de margarine ou une fabrique de conserves de viande serait une exploitation agricole et serait exclue de l'art. 85, parag. 1 dans le cadre de l'art. 2, parag. 1 phrase 2. En droit allemand, le problème est résolu du fait que, au parag. 100, al. 5, chiffre 1 GWB, les produits agricoles primitifs, au chiffre 2, les produits dérivés par traitement ou transformation sont mentionnés comme produits agricoles, alors que l'al. 6 ne définit comme entreprises de production que les entreprises fabriquant ou produisant les produits cités dans l'alinéa 5, chiffre 1, c'est-à-dire les produits primitifs. D'après cela, les entreprises s'occupant du traitement ou de la transformation des produits agricoles primitifs ne sont pas des entreprises de production au sens du GWB, même pas dans le cas où les produits de transformation sont des produits agricoles au sens de l'alinéa 5, chiffre 2 (à comparer *Rauch*, *Kommentar*, rem. 3 relative au § 100, et *Zipfel*, rem. 65).

n° 17), les administrations nationales peuvent appliquer l'art. 85, § 1 depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 26 aux accords, décisions et pratiques relatifs à la production ou au commerce des produits énumérés à l'annexe II du Traité (art. 1 du règlement n° 26 en rapport avec l'art. 9, § 2 du règlement n° 17). Si dans une telle procédure, les entreprises en présence invoquent l'exception stipulée à l'art. 2 du règlement n° 26, alors les tribunaux et les administrations nationales doivent suspendre la procédure et provoquer la décision de la Commission de la C.E.E. étant donné qu'ils ne peuvent pas eux-mêmes statuer sur cette exception en vertu de l'art. 2, § 2 du règlement n° 26 (16).

31. — La décision de la Commission de la C.E.E., par laquelle elle établit que les conditions d'application de l'exception selon l'art. 2, § 1 du règlement n° 26 sont ou ne sont pas remplies, est soumise à une vérification par la Cour de Justice. Etant donné que l'exception est une exception légale et que la constatation de la Commission de la C.E.E. en conséquence n'est pas une décision discrétionnaire, le pouvoir de contrôle de la Cour de Justice va plus loin que dans les cas où la Commission de la C.E.E. a une liberté d'appréciation. En fait, il ne devrait y avoir aucune différence essentielle étant donné que les notions juridiques indéterminées de l'art. 2 du règlement n° 26 ne laissent sans doute, à la commission aucune latitude de jugement, mais cependant une latitude d'appréciation.

32. — Avant sa décision, la Commission doit entendre les Etats Membres et les entreprises ou associations d'entreprises intéressées. En plus de cela, elle peut entendre toute autre personne physique ou juridique dont l'audition est estimée nécessaire.

En conséquence, dans cette procédure, les tiers, différemment à celle prévue à l'art. 19, § 2 du règlement n° 17, n'ont aucun droit à être entendus même s'ils apportent la preuve d'un intérêt suffisant. Pratiquement, cela n'a d'importance que lorsque des tiers veulent dire leur avis sur la question de savoir si les conditions d'application d'une exception sont remplies. Cependant, en règle générale, l'intérêt des tiers consiste à faire établir la non-recevabilité d'un accord d'après l'art. 85, § 1. A cet effet, ils peuvent se servir des dispositions générales des règlements n° 17 et 99/63. Si les entreprises intéressées, dans cette procédure, font valoir par exemple l'exception de l'art. 2, § 2, phrase 1, alors les tiers n'ont, il est vrai, aucun droit formel à se manifester à ce sujet ; cependant, dans de tels cas, la Commission semble tenir pour indispensable l'audition.

33. — La situation devient plus problématique, lorsque les entreprises intéressées ou les autorités d'un Etat membre demandent à la Commission de constater qu'un certain accord soit exclu de legs par l'art. 2, § 1 du règlement n° 26 de l'interdiction de l'art. 85, § 1. Si les dispositions des règlements n° 17 et 99/63, en particulier de l'art. 19 du règlement n° 17, ne sont pas valables pour cette procédure, alors la Commission n'a pas le devoir de publier la demande selon l'art. 19 § 3 du règlement n° 17 avant qu'elle

(16) Voir la remarque 39 relative à l'art. 9 du règlement n° 17 concernant une situation semblable lorsque les entreprises intéressées en appellent à la possibilité d'une déclaration de non-application rétroactive conforme à l'art. 85, § 3. Cependant, les deux cas se distinguent par le fait que la Commission peut également statuer d'office sur l'existence d'une exception selon l'art. 2, § 2 du règlement n° 26, alors qu'il ait formellement besoin d'une notification des entreprises intéressées pour une déclaration de non-application (conf. rem. 7 et 8 relatives à l'art. 4 du règlement n° 17).

n'ait pris une décision positive. Ainsi, les tiers n'auraient pas d'occasion à être informés de la demande et à se manifester au sujet de cette dernière, mais auraient seulement la possibilité de porter plainte contre la décision publiée. On devra donc partir de la réflexion suivante. L'art. 1 du règlement n° 26 déclare applicables aux accords désignés en détail de l'agriculture les articles 85 à 90 y compris les dispositions prises pour leur application ; l'art. 2 n'exclut ces accords que de l'interdiction stipulée à l'art. 85, § 1, par contre, n'exclut pas ces accords des dispositions qui restent pour des entreprises et non plus des dispositions d'exécution prises en vertu de l'art. 87. En conséquence, celles-ci doivent être appliquées également à la procédure pour l'établissement d'une exception selon l'art. 2, § 2 du règlement n° 26 (17), dans la mesure où quelque chose de différent n'a été prévu expressément dans le règlement n° 26.

34. La Commission fait acte de constatation soit d'office, soit sur demande. Les Etats membres, même ceux qui ne sont pas concernés par l'accord en question, sont en droit de déposer une demande ; il en est de même pour les entreprises intéressées par l'accord — (pour ce qui est de la notion des « entreprises intéressées », voir la remarque 3 relative à l'art. 19 du règlement n° 17). — Les tiers n'ont aucun droit de demande ; ils n'ont d'ailleurs pas besoin du fait qu'ils peuvent déposer, en tout temps, une demande selon l'art. 3 du règlement n° 17 ayant pour but de constater l'irrecevabilité d'un tel accord.

35. — La décision de la Commission doit être publiée (art. 2, § 2). La teneur n'oblige pas à supposer (d'un avis contraire : *Gleiss-Hirsch*, rem. 17 rel. à l'art. 2 du règlement n° 26) que seule la décision positive de la Commission doit être publiée (18).

Au contraire, l'art. 2, § 2 du règlement n° 26 doit être interprété comme l'art. 21 du règlement n° 17, d'après lequel toutes les décisions doivent être publiées. En outre, si la commission désavoue l'existence des conditions pour une exception selon l'art. 2 du règlement n° 26, elle statuera, en règle générale, sur l'état de choses selon l'art. 85, § 1 et, le cas échéant, l'art. 85, § 3 du Traité (19).

Cette décision doit ensuite, en tout cas, être publiée selon l'art. 21 du règlement n° 17, ce qui conduit pratiquement au même résultat.

36. — En ce qui concerne l'étendue et le contenu de la publication, les mêmes points de vue que ceux de l'art. 21 du règlement n° 17 prévalent (voir des détails à cet endroit là).

(17) Pour l'audition et la publication il y a les dispositions formelles édictées à l'art. 2, § 2 et 4. Bien que la constatation que l'art. 85, § 1 est rempli et que l'autre constatation qu'il y a une exception, soient liées l'une à l'autre d'une façon relativement étroite, on doit cependant appliquer des règles de procédure différentes pour les deux constatations.

(18) Le renvoi de *Gleiss-Hirsch* sur l'art. 19, § 3 du règlement n° 17 est inexact, étant donné que là, il y a de la publication de la demande, alors qu'ici il s'agit de celle de la décision. Des demandes ne doivent être publiées que lorsque la Commission veut décider positivement ; par contre, les décisions doivent toujours être publiées. Etant donné que les intéressés sont informés auparavant par la Commission qu'elle veut prendre une décision négative, il reste à ceux-ci la liberté d'éviter la publication d'une décision négative par le retrait de la demande.

(19) Cependant, elle peut, dans le cas de l'art. 85 § 1, se contenter également d'une recommandation qui n'est pas publiée officiellement.

37
ence
disp
à l'e
n'été
§ 1
l'art
con
priv
55)
d'un
dun
mar
du
pas

3
n°
stip
sel
gén
Eta
E
pas
vig
4
liè
cia
por

1
de
la
pre
les
pre
ma

ARTICLE 3

1. Sans préjudice des dispositions de l'article 46, l'article 91, paragraphe 1 du Traité est applicable au commerce des produits énumérés à l'annexe II du Traité.

2. En tenant compte des dispositions du Traité relatives à l'agriculture et, en particulier, de celles de l'article 39, la Commission apprécie toutes les causes qui sont à l'origine des pratiques incriminées, notamment le niveau des prix auxquels sont effectuées les importations d'autres provenances sur le marché considéré. En conséquence de cette appréciation, elle adresse les recommandations et autorise les mesures de protection prévues à l'article 91, paragraphe du Traité.

37. — Contrairement aux art. 85 à 90, le Conseil n'a pas encore voulu appliquer, au moyen du règlement n° 26, les dispositions concernant les pratiques de dumping et édictées à l'art. 91 au commerce des produits agricoles, la production n'étant, de toute façon, pas concernée ici. Bien plus, l'art. 91, § 1 n'est valable que « sans préjudice des dispositions de l'article 46 ». Cela signifie que, pour l'essentiel, ne sont concernées que les pratiques de dumping des entreprises privées ou des associations d'entreprises (Schlebitz, EW 1962, 55) tant que celles-ci n'entrent pas dans la composition d'une organisation interne de marché. Des pratiques de dumping, qui proviennent d'une organisation nationale de marché, doivent être traitées uniquement selon l'art. 46 du Traité. Par contre, l'art. 91, § 2 du Traité ne doit pas être appliqué à l'agriculture, ce qui ressort déjà du

fait que les états de fait tombant là-dessous sont réglés par l'introduction produite entre temps des différents systèmes de prélèvement (Schlebitz, à l'endroit cité).

38. — Alors que l'art. 91, § 1 oblige la Commission à adresser une recommandation après la constatation du dumping à l'auteur ou aux auteurs, elle doit, selon l'art. 3, § 2 du règlement n° 26, apprécier tout d'abord toutes les causes qui sont à la base des pratiques critiquées, particulièrement le niveau des prix auxquels sont effectuées les importations d'autres pays, compte tenu des dispositions du Traité sur l'agriculture et avant tout de l'art. 39. Ce n'est que basée sur cette appréciation que la Commission doit exprimer les recommandations prévues à l'art. 91, § 1 et admettre des mesures de protection.

ARTICLE 4

Les dispositions de l'article 93, paragraphes 1 et 3, 1^{re} phrase du Traité sont applicables aux aides accordées en faveur de la production ou du commerce des produits énumérés à l'annexe II du Traité.

39. — En ce qui concerne les subventions, le règlement n° 26 ne met pas encore en vigueur l'interdiction générale stipulée aux art. 92 et 93 mais uniquement l'interdiction selon l'art. 93, § 1 et 3, phrase 1, c'est-à-dire une obligation générale de déclarer, obligation à laquelle sont soumis les États membres (20).

En conséquence, des subventions à l'agriculture ne sont pas interdites par les art. 92 à 94, même après l'entrée en vigueur du règlement n° 26.

40. — Par contre, les organisations de marché particulières établies entre-temps, contiennent des dispositions spéciales sur les subventions aux produits concernés. C'est pourquoi, les dispositions générales des articles 92 à 94

sont modifiées dans les organisations de marché pour les céréales (21) (art. 19), la viande de porc (22) (art. 16), les œufs (22) (art. 13) et les volailles (23) art. 13), en ce que les systèmes de prélèvements introduits pour ces produits présument des réglementations particulières.

Dans l'organisation de marché pour les fruits et légumes, par contre (24) (art. 7), les articles 92 à 94 sont repris sans réserve, étant donné qu'une réglementation de prélèvement n'y est pas prévue.

41. — A part cela, le Conseil peut accorder des subventions pour l'agriculture, avant comme après, selon l'art. 42, § 2 indépendamment du règlement n° 26, et sous les conditions énumérées là.

ARTICLE 5

Le présent règlement entre en vigueur le jour suivant sa publication au Journal Officiel des Communautés Européennes, à l'exception des dispositions des articles 1 à 3 inclus, qui entrent en vigueur le 30 juillet 1962.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicables dans tout Etat membre.

(20) En ce moment, la Commission de la C.E.E. est en train de viser toutes les subventions à l'agriculture, voir le Bulletin de la C.E.E. 1963, cahier 12, p. 42.

(21) Règlement n° 19 du Conseil du 4.4.1962 sur la création progressive d'une organisation commune de marché pour les céréales — ABl p. 933 = BGBl. 1962 — II, p. 710.

(22) Règlement n° 20 du Conseil du 4.4.1962 sur la création progressive d'une organisation commune de marché pour la viande de porc — ABl, p. 945 = BGBl. 1962 — II, p. 719.

(22) Règlement n° 21 du Conseil du 4.4.1962 sur la création progressive d'une organisation de marché pour les œufs — ABl, p. 945 = BGBl. 1962 — II, p. 725.

(23) Règlement n° 22 du Conseil du 4.4.1962 sur la création progressive d'une organisation commune de marché des volailles — ABl p. 959 = BGBl. 1962 — II, p. 730.

(24) Règlement n° 23 du Conseil du 4.4.1962 portant sur la création progressive d'une organisation commune de marché des fruits et légumes — ABl, p. 965 = BGBl. 1962, II, p. 735.