

comportements autonomes, et si tel n'est pas le cas, lesdites entreprises sont alors protégées par le *State action defence*, au moins jusqu'au moment où la Commission a intenté et mené à bien une procédure d'infraction contre l'État au titre de l'article 226 CE, ou au titre de l'article 86.3 CE. Toutefois, il faut observer que dans le présent arrêt la Cour reconnaît à l'Autorité le pouvoir de déclarer inapplicable une loi nationale contraire aux règles de concurrence, dans un cas individuel, sur la base d'une série de principes généraux qui sont invoqués, tels que le principe de primauté du droit communautaire ou celui de l'effet direct. Il nous semble que de tels principes plaideraient aussi, *a fortiori*, pour la reconnaissance de pouvoirs équivalents pour la Commission. (N. Falcone)

Arrêt « Van den Bergh Foods »

Droit de la concurrence - Accords - Clause d'exclusivité d'utilisation - Mise à disposition de congélateurs sans frais - Barrière à l'entrée - Effet cumulatif de fermeture - Abus de position dominante

Arrêt du 23 octobre 2003, affaire T-65/98

Recours en annulation, article 230 TCE

Faits

L'arrêt *Van den Bergh Foods* du 23 octobre 2003 met un terme au célèbre contentieux opposant la société Van den Bergh Foods (filiale d'Unilever, ci-après VBF) et la société Masterfoods (filiale de Mars). VBF, grande entreprise du secteur agro-alimentaire, est solidement implantée sur le marché irlandais de l'achat « impulsif » de crèmes glacées.

La commercialisation de ses produits en Irlande est assurée par un réseau de détaillants, tous liés à elle par des contrats de distribution. Une caractéristique importante de ces contrats est la clause d'exclusivité d'utilisation du congélateur par laquelle VBF met gratuitement des congélateurs à la disposition de ses distributeurs. En contrepartie, les distributeurs s'engagent à ne pas distribuer d'autres marques de crèmes glacées dans lesdits congélateurs.

Au cours de l'été 1989, plusieurs distributeurs ont commercialisé des produits de la marque Mars dans les congélateurs mis à leur disposition par VBF. Craignant la concurrence soudaine de ces nouveaux produits, VBF s'est employée à obtenir le respect de l'engagement contractuel d'exclusivité souscrit dans les contrats de distribution. Mars introduisit alors une plainte auprès de la Commission européenne, estimant que la clause d'exclusivité de congélateur violait les règles de concurrence du Traité (une action fut également introduite devant les juridictions nationales). Un règlement provisoire fut trouvé avec l'acceptation d'une série de modifications contractuelles par VBF. À un stade ultérieur, la Commission décida néanmoins de rouvrir la procédure au motif que les amendements contractuels n'avaient pas entraîné de résultats significatifs. Au terme de son réexamen, la Commission parvint à la conclusion que les clauses d'exclusivité de congélateur étaient contraires aux articles 81 et 82 du Traité et ne pouvaient faire l'objet d'une exemption au titre de l'article 81(3). C'est cette décision qui fait l'objet du présent recours en annulation. VBF estime que la Commission a fait une application erronée des articles 81(1), 81(3) et 82.

Arrêt

Le TPICE examine successivement les trois moyens de fond soulevés par VBF. Dans le premier de ces moyens, la requérante invoque une violation de l'article 81(1). En effet, bien qu'il soit fermement établi que les clauses d'exclusivité par lesquelles les

distributeurs s'engagent à ne pas vendre de produits concurrents sont contraires à l'article 81(1)¹, la clause litigieuse n'interdisait pas en l'espèce aux détaillants de vendre des produits concurrents. Dans la présente affaire, la question était donc de déterminer si la clause d'exclusivité d'utilisation des congélateurs pouvait néanmoins faire l'objet d'une interdiction sur base de l'article 81(1).

À cette fin, le TPICE estime qu'un examen en deux temps doit être réalisé. Un premier volet de l'examen doit permettre de déterminer si (i) la clause entraîne une exclusivité plus large sur les points de vente et (ii) si le degré de fermeture du marché identifié par la Commission a été correctement évalué. Après avoir rappelé que 83 % du marché de la crème glacée en Irlande est organisé sur base d'exclusivités de congélateur, le Tribunal identifie plusieurs facteurs qui permettent de considérer que la clause litigieuse produit un effet comparable à une clause classique d'exclusivité. Tout d'abord, les contraintes physiques d'espace dans les points de vente ne permettent pas l'installation de nouveaux congélateurs et limitent donc les possibilités de commercialisation de nouvelles marques de crème glacée. Par conséquent, le choix initial par un détaillant de son fournisseur de crème glacée limite les opportunités pour d'autres marques de crème glacée de faire concurrence au premier au sein du point de vente. Ensuite, aux termes de la clause litigieuse, tout détaillant qui souhaite commercialiser de nouvelles marques est soit (i) obligé d'installer un nouveau congélateur, soit (ii) obligé de remplacer son congélateur VBF par un congélateur concurrent. Comme nous venons de le voir, la première option n'est pas envisageable en raison de contraintes physiques d'espace. La deuxième option n'est pas plus praticable puisqu'elle implique que le distributeur mette un terme à sa relation contrac-

tuelle avec VBF et cesse de vendre les produits de cette marque. Or, la popularité des produits VBF, l'étendue de la gamme de produits et les bénéfices associés à leur vente sont tels qu'il est improbable qu'un distributeur renonce à la commercialisation des crèmes glacées VBF. Le TPICE parvient donc à la conclusion que la clause a un effet comparable à une obligation classique d'exclusivité puisqu'elle a pour effet d'empêcher la distribution d'autres marques dans les points de vente.

Le deuxième volet de l'examen doit permettre de déterminer si le degré de fermeture identifié est suffisamment élevé pour qu'une violation de l'article 81(1) soit établie. En l'espèce, les accords de distribution conclus par VBF ferment environ 40 % du marché et la possibilité laissée aux distributeurs de mettre un terme aux accords ne permet pas de tempérer l'effet de fermeture. En effet, cette possibilité reste largement théorique et, en pratique, la durée moyenne des contrats est de huit années. Au surplus, le potentiel d'entrée de nouveaux concurrents sur le marché est limité. Faisant application de la doctrine de l'effet cumulatif, le Tribunal considère que l'existence de nombreux contrats similaires (en ce compris ceux conclus par d'autres fournisseurs) contenant tous des clauses d'exclusivité de congélateurs place 83 % du marché en situation de fermeture et limite donc considérablement le potentiel de pénétration du marché pour de nouveaux entrants (barrières contractuelles à l'entrée)². Enfin, puisque les distributeurs n'accepteraient pas des congélateurs à des conditions moins favorables, tout opérateur souhaitant entrer sur le marché serait dans l'obligation de faire acquisition d'un parc complet de congélateurs et de les mettre gratuitement à la disposition des détaillants. Le coût financier requis pour atteindre une échelle efficiente de distribution constitue donc une considérable barrière financière

(¹) Voir CJCE, *Langnese-Iglo*, C-279/95 P, 1^{er} octobre 1998, Rec.1998, p. I-5609.

(²) Voir CJCE, *Stergios Delimitis contre Henninger Bräu AG*, C-234/89, 28 février 1991, Rec.1991, p. I-935.

à l'entrée. Le TPICE conclut en conséquence que les accords de distribution conclus par VDBF sont susceptibles de restreindre la concurrence au sens de l'article 81(1) du Traité et de contribuer significativement à la fermeture du marché.

Par son second moyen, la requérante cherche à faire reconnaître que, contrairement aux conclusions de la Commission, la clause litigieuse peut bénéficier d'une exemption au titre l'article 81(3) du Traité. Elle critique en particulier la décision de la Commission en ce qu'elle aurait à tort pris en compte les barrières à l'entrée au titre de la première condition de l'article 81(3) (amélioration de la production, de la distribution ou la promotion du progrès technique ou économique). Or, selon la requérante, l'examen des barrières à l'entrée doit être effectué dans le cadre de la quatrième condition de l'article 81(3) (élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause). Le TPICE repousse cette argumentation. Aux termes de la première condition de l'article 81(3), les accords examinés doivent produire une amélioration. Selon le TPICE, l'évaluation d'une amélioration ou d'un progrès au sens de l'article 81(3) requiert l'examen des effets positifs de l'accord et, en particulier, l'examen de leur capacité à compenser les effets négatifs de l'accord sur la concurrence (comme par exemple, des barrières à l'entrée). Il est donc possible, en droit, de prendre en compte les barrières à l'entrée au sein de la première condition de l'article 81(3). En l'espèce, les effets positifs de l'accord (en matière d'organisation et de planification essentiellement) ne semblent pas suffisants pour compenser l'affaiblissement de la concurrence (fermeture du marché et barrières à l'entrée) résultant de l'exclusivité d'utilisation.

La requérante estime également que la Commission aurait dû davantage tenir compte des effets positifs issus de la plus grande disponibilité en congélateurs pour les distributeurs. Le TPICE rejette à nouveau cette prétention. Ces avantages, certes réels, pourraient être atteints en l'absence de clause

d'exclusivité. En effet, dans une telle hypothèse, VBF continuerait certainement à fournir gratuitement des congélateurs à ses distributeurs. Si tel n'était pas le cas, (VBF refuserait par exemple de fournir des congélateurs aux distributeurs ne réalisant pas un chiffre d'affaires suffisant), il est possible de présumer que les producteurs concurrents seraient prêts à fournir des congélateurs à ces distributeurs. Le TPICE conclut donc que les avantages résultant de l'exclusivité de congélateurs ne sont pas suffisants pour remplir les conditions d'une exemption de l'article 81(3). La Commission pouvait donc légitimement en refuser le bénéfice.

Dans son troisième moyen, la requérante conteste l'application de l'article 82 du Traité. Elle réfute (i) l'existence d'une position dominante, (ii) l'existence d'un abus et (iii) considère que la Commission a illégalement repris des faits déjà pris en considération pour l'application de l'article 81. Le TPICE rappelle que VBF jouit d'une part de marché d'environ 75 % et qu'elle commercialise une gamme de produits étendue et populaire. Ces éléments permettent d'inférer l'existence d'une position dominante. Le Tribunal rejette également la thèse selon laquelle il est « curieux » (« odd » dans le texte de l'arrêt) de considérer qu'une pratique de commerce largement répandue sur le marché peut être constitutive d'abus. Le concept d'abus est en effet une notion objective. En outre, la responsabilité particulière qui pèse sur une entreprise en position dominante interdit à celle-ci tout acte susceptible de porter atteinte à une concurrence effective et non faussée⁹. Par conséquent, une pratique usuelle de marché peut être constitutive d'abus lorsqu'elle est mise en œuvre par une entreprise en position dominante. En l'espèce, la conclusion d'accords d'exclusivité d'utilisation de congélateurs est un abus de position dominante, car elle permet d'empêcher l'accès

(⁹) Voir CJCE, Michelin, 322/81, 9 novembre 1983, Rec. 1983 p.3461.

d'autres concurrents au marché. Enfin, le Tribunal ne se montre pas beaucoup plus réceptif aux arguments tirés d'une prétendue reprise par la Commission de faits déjà pris en compte sous l'article 81. La Commission a en effet analysé en détail le marché pertinent et a prouvé que les critères d'application de l'article 82 étaient remplis. Le comportement en cause pouvait donc faire l'objet d'une condamnation supplémentaire pour abus de position dominante, malgré son identité quasi parfaite avec le comportement déjà sanctionné sous l'article 81.

Commentaires

L'arrêt Van den Bergh Foods peut être utilement commenté sous trois angles. En premier lieu, dans une perspective de nature historique, on ne manquera pas de signaler que l'arrêt du Tribunal marque la fin (à moins que le cas ne soit porté devant la CJCE) d'une saga du droit de la concurrence. À la fin des années 80, le groupe américain Mars a essayé de pénétrer le marché européen de la crème glacée en y commercialisant sa célèbre barre glacée Mars. L'entreprise fut rapidement confrontée à des difficultés pour s'implanter en Europe. Les nombreux accords d'exclusivité conclus par ses concurrents limitaient considérablement son développement commercial. Mars engagea donc une série d'actions et de plaintes devant les juridictions nationales et la Commission européenne. Une première série d'affaires concernant le marché allemand furent tranchés par la Commission. Mars avait accusé ses concurrents allemands Scholler et Langnese-Iglo (une filiale d'Unilever) d'avoir conclu des accords d'exclusivité de vente interdisant à leurs distributeurs de vendre des marques concurrentes. La Commission estima que ces pratiques étaient contraires à l'article 81(1) et qu'elles ne pouvaient bénéficier d'une exemption sur le fondement de l'article 81(3).

La présente affaire s'inscrit dans la ligne de ce contentieux. Elle s'en distingue toutefois en ce que les restrictions en cause ne sont pas de classiques

clauses d'exclusivité mais des clauses d'exclusivité de congélateurs par lesquelles le producteur fournit au distributeur un congélateur à des conditions très avantageuses, le distributeur s'engageant en contrepartie à ne placer, dans le congélateur, aucun produit entrant en concurrence avec les produits de son fournisseur. Ces clauses sont donc, *prima facie*, moins nocives que des clauses d'exclusivité classiques puisqu'elles n'interdisent pas la commercialisation de produits concurrents sur le point de vente. Toutefois, en raison des limitations d'espace sur les points de vente (qui empêchent l'installation de plusieurs congélateurs), les exclusivités d'utilisation de congélateurs ont un effet comparable aux clauses d'exclusivité. Ces pratiques ont donc également été attaquées par Mars au début des années 90, cette fois sur le marché irlandais. Cette action a abouti à la décision de la Commission ici contestée. On rappellera toutefois, pour illustrer la difficulté de la question, qu'une juridiction irlandaise avait initialement refusé de donner raison aux prétentions de Mars en estimant que les clauses ne soulevaient pas de problème (ce contentieux avait également fourni des précisions sur les questions de coopération entre juridictions nationales et Commission en cas de procédures parallèles)⁽⁴⁾.

En deuxième lieu, l'arrêt peut être utilement discuté sous l'angle économique. Comme souvent en droit de la concurrence, le TPICE a dû confronter effets restrictifs et effets positifs d'une pratique. En l'espèce, la fourniture de congélateurs à taux préférentiel présente d'importants aspects positifs. De nombreux distributeurs au financement limité bénéficient ainsi d'instruments utiles à la distribution des produits qu'ils commercialisent. Ensuite, la mise à disposition sans frais de congélateurs par un

(4) Voir CJCE, *Masterfoods*, C-344/98, 14 décembre 2000, Rec. 2000, p. I-11369.

fournisseur est une preuve de son efficience. On pourrait par exemple considérer qu'il s'agit d'un paramètre de la concurrence sur lequel le fournisseur est plus compétitif que ses concurrents (dans sa relation avec les distributeurs). Enfin, on pourrait aussi estimer qu'il est légitime, pour un fournisseur, d'exiger une contrepartie (sous la forme d'une exclusivité d'utilisation) aux investissements qu'il réalise pour son distributeur.

Malgré le bien fondé apparent des arguments qui précèdent, le raisonnement suivi par le Tribunal nous semble justifié. Il est inutile de rappeler ici les travaux de l'école de Chicago qui ont mis en lumière le potentiel de nuisance des barrières à l'entrée dans le fonctionnement concurrentiel des marchés. De telles barrières peuvent résulter de restrictions verticales. L'arrêt Van den Bergh Foods fournit une nouvelle illustration des effets anticoncurrentiels horizontaux que peuvent produire des restrictions verticales.

Enfin, dans une perspective plus legaliste, l'arrêt Van den Bergh Foods met en lumière les chevauchements croissants des articles 81 et 82, qui ont en l'espèce été cumulativement appliqués à un même comportement. Il est permis de s'interroger sur l'opportunité de poursuivre une pratique anticoncurrentielle sous l'angle des deux dispositions. En procédant de la sorte, la Commission garantit l'élimination effective des restrictions de concurrence dans le marché commun. Néanmoins des doutes peuvent être émis, du point de vue de la sécurité juridique, quant à la question de savoir si un comportement matériellement unique et indivisible doit pouvoir faire l'objet d'une double incrimination. N'aurait-il pas été plus justifié, en l'espèce, de se fonder sur l'une ou bien sur l'autre des dispositions précitées, en tentant de rechercher le centre de gravité de la restriction ? La similitude croissante des principes d'analyse au sein de l'article 81 et 82 permet au surplus de présumer que le résultat atteint aurait été le même. En tout état de cause, l'application cumulative des deux dispositions par le TPICE

et par la Commission soulève la question de la pertinence de la distinction entre accords (article 81) et abus de position dominante (article 82). (N. Petit)

Libre circulation des marchandises

Arrêt « Budweiser »

Protection des indications géographiques et des appellations d'origine - Convention bilatérale entre un État membre et un pays tiers protégeant des indications de provenance géographique de ce pays tiers - Articles 28 CE et 30 CE - Règlement (CEE) n° 2081/92 - Article 307 CE - Succession d'États en matière de traités

Arrêt de la Cour du 18 novembre 2003, affaire C-216/01

Renvoi préjudiciel en interprétation, article 234 CE

Dans le cadre de la présente demande de décision préjudicielle, la Cour a été invitée à résoudre des questions liées, d'une part, à la compatibilité avec le droit communautaire d'un accord international en matière de protection des indications géographiques conclu entre un État membre et un État tiers et, de l'autre, à son applicabilité à la lumière de l'article 307 CE en matière de validité de traités conclus antérieurement à l'adhésion à la Communauté, notamment dans une situation de succession d'États.

Faits

La brasserie tchèque *Budejovicky Budvar* (ci-après « Budvar ») produit et exporte de la bière,