

- 2) L'article 7 du traité C.E.E. interdit aux États membres d'appliquer différemment leur droit des ententes en raison de la nationalité des intéressés, mais ne vise pas les disparités de traitement résultant des différences existant entre les législations des États membres, dès lors que celles-ci affectent toutes personnes tombant sous leur application selon des critères objectifs et sans égard à la nationalité.

Ainsi jugé à Luxembourg le 13 février 1969.

Lecourt	Trabucchi	Mertens de Wilmars	
Donner	Strauß	Monaco	Pescatore

Lu en séance publique à Luxembourg le 13 février 1969.

Le greffier
A. Van Houtte

Le président
R. Lecourt

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. KARL ROEMER,
PRÉSENTÉES LE 19 DÉCEMBRE 1968 ¹

*Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,*

La procédure de renvoi dans laquelle nous avons à nous prononcer aujourd'hui porte sur des problèmes du droit de la concurrence du traité C.E.E. Il importe à cet effet de connaître les faits suivants.

Les quatre entreprises allemandes Badische Anilin- & Soda-Fabrik AG, Ludwigshafen, Farbenfabriken Bayer AG, Leverkusen, Farbwerke Hoechst AG, Francfort-sur-le-Main-Hoechst, et Cassella Farbwerke Mainkur AG, Francfort-sur-le-Main-Fechenheim, fabriquent, entre autres, des matières colorantes dérivées des goudrons ainsi que des couleurs minérales. Selon le Bundeskartellamt de Berlin, les représentants de ces entreprises rencontrent de temps à autre les représentants

d'autres entreprises (françaises, anglaises et suisses) fabriquant des matières colorantes dérivées des goudrons et des pigments, en vue d'essayer d'arrêter une attitude uniforme en matière de prix. Une telle rencontre a eu lieu en août 1967. Toujours selon le Bundeskartellamt, toutes les entreprises représentées ont décidé par la suite (avant le 19 septembre 1967) d'augmenter les prix des colorants dérivés des goudrons de 8 % à partir du 16 octobre 1967. L'augmentation a été communiquée aux utilisateurs ainsi qu'aux autres entreprises intéressées qu'elles approvisionnaient en partie. A la suite de cela, plusieurs utilisateurs ont adressé une réclamation au Bundeskartellamt.

Ce dernier a estimé que l'opération dont il était saisi constituait la conclusion d'un contrat contraire au paragraphe 1 de la loi allemande contre les restrictions

1 — Traduit de l'allemand.

à la concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) et, partant, nul. Il a en outre estimé qu'en communiquant à leurs utilisateurs les augmentations de prix, les intéressés avaient volontairement passé outre à la nullité du contrat et avaient, en conséquence, commis une infraction réprimée par une amende administrative, conformément au paragraphe 38 de la loi visée ci-dessus. C'est la raison pour laquelle, par ordonnance du 28 novembre 1967, le Bundeskartellamt a prononcé des amendes d'un montant variable à l'encontre des quatre entreprises allemandes mentionnées au début, de deux membres de leurs comités de direction et d'un directeur des ventes.

A la suite de cela, conformément au paragraphe 54 de la loi allemande sur la répression des infractions sanctionnées par des amendes administratives (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten), les intéressés ont saisi le Kammergericht de Berlin d'un recours juridictionnel sur la base du paragraphe 82 de la loi contre les restrictions à la concurrence. Ils contestent l'existence d'un contrat au sens du paragraphe 1 de cette dernière loi et font en même temps valoir que le Bundeskartellamt n'était pas autorisé à appliquer le droit allemand, parce que la Commission de la Communauté économique européenne était déjà saisie des faits.

En effet, à la suite d'une décision du 31 mai 1967, une procédure est en cours devant la Commission : elle est dirigée contre les quatre entreprises allemandes susvisées, contre d'autres fabricants de colorants des pays membres et des pays tiers, conformément à l'article 9, paragraphe 3, et à l'article 3 du règlement n° 17. Cette procédure vise, d'une part, les augmentations de prix des matières colorantes dérivées des goudrons qui sont intervenues en janvier 1964 sur des marchés extérieurs à la république fédérale d'Allemagne. Elle vise, d'autre part, les augmentations de prix des matières colorantes dérivées des goudrons qui sont intervenues sur le marché allemand avec effet au

1^{er} janvier 1965 (et qui, du reste, ont fait l'objet d'une procédure devant le Bundeskartellamt en vue de la condamnation à des amendes administratives, procédure qui a dû être abandonnée en raison des difficultés de preuves). Enfin, la procédure devant la Commission vise également les augmentations de prix intervenues le 16 octobre 1967 et condamnées par le Bundeskartellamt. C'est ce que nous déduisons des griefs qui ont été communiqués aux entreprises intéressées au mois de décembre 1967, conformément à l'article 19 du règlement n° 17, conjointement avec l'article 2 du règlement n° 99/63. La Commission qui, entre temps, a entendu les intéressés, le 10 décembre 1968, n'a pas encore rendu de décision définitive. Étant donné ces faits, le Kammergericht a admis la possibilité d'un conflit entre le droit communautaire de la concurrence et le droit national des ententes. C'est la raison pour laquelle, conformément à la demande des parties intéressées, il a sursis à statuer et, par ordonnance du 18 juillet 1968, il a déféré à la Cour les questions suivantes, en vertu de l'article 177 du traité C.E.E. :

- 1) Est-il conforme à l'article 85, paragraphes 1 et 3, du traité C.E.E. et à l'article 9 du règlement n° 17 du 6 février 1962 (sur les ententes) ainsi qu'aux principes généraux du droit communautaire en vigueur d'appliquer cumulativement, pour un même fait susceptible de remplir les conditions énoncées à l'article 85, paragraphe 1, du traité C.E.E., outre l'interdiction prévue par celui-ci, les dispositions prohibitives contenues dans le droit des ententes d'un État membre — ici le paragraphe 1, conjointement avec le paragraphe 38, alinéa 1, n° 1, de la GWB (loi contre les restrictions de la concurrence), lorsque la Commission des Communautés européennes a déjà affirmé sa compétence en vertu de l'article 3 du traité C.E.E. et au moyen d'initiatives conformément à l'article 14 du règlement n° 17 (sur les ententes) (procédure IV/26.267/E 1 de la

Commission des Communautés européennes)?

- 2) Ou bien le risque d'aboutir à une double sanction imposée par la Commission des Communautés européennes et par l'autorité nationale compétente en matière d'ententes — ici le Bundeskartellamt — s'y oppose-t-il?
- 3) Cela est-il contraire à l'article 5 du traité C.E.E., conjointement avec l'article 3, f, du traité C.E.E. et avec l'article 9 du règlement n° 17 (sur les ententes), motif pris notamment de ce que les États membres doivent s'abstenir d'appliquer leurs propres dispositions en matière de concurrence, lorsqu'un cas déterminé risque de faire l'objet d'une appréciation juridique différente et/ou lorsqu'il en résulterait une distorsion de la concurrence sur le marché commun au détriment de ceux qui sont assujettis à ce droit?
- 4) Cela est-il contraire à l'article 7 du traité C.E.E., en particulier lorsque l'autorité nationale compétente en matière d'ententes destine ses mesures exclusivement aux ressortissants de l'État en question et, par là, peut mettre ces derniers dans une position désavantageuse par rapport aux ressortissants d'autres États membres, qui se trouvent dans une situation comparable?

Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice, les destinataires de la décision infligeant des amendes administratives, le gouvernement de la république fédérale d'Allemagne, le gouvernement de la République française, le gouvernement du royaume des Pays-Bas et la Commission de la Communauté économique européenne ont déposé des observations écrites. Ils ont également présenté des observations orales au cours de l'audience du 27 novembre (à l'exception des gouvernements français et néerlandais).

Sur la base de l'argumentation ainsi développée, nous allons essayer de proposer des *réponses aux questions posées*.

I — Recevabilité

A notre avis, la recevabilité du renvoi ne soulève aucune difficulté. Sans doute le Kammergericht demande-t-il si l'application des dispositions nationales est compatible avec le droit communautaire. Mais, en réalité, cela ne signifie pas que la Cour doit appliquer le droit communautaire à un cas particulier (à la mesure prise à l'échelon national) ou examiner si le droit national est compatible avec le droit communautaire, ce qui ne serait pas possible en effet selon votre jurisprudence. Au contraire, pour le Kammergericht, il importe seulement de dégager par l'interprétation du droit communautaire des principes dont l'application dans la procédure à l'échelon national permet de résoudre un problème précis du droit des ententes. Ce faisant, nous pouvons également, bien entendu, interpréter du droit communautaire secondaire (comme le règlement n° 17) et prendre en considération ou préciser des principes généraux du droit communautaire.

Après ces remarques préliminaires, nous pouvons passer directement à la réponse à donner aux questions posées.

II — Réponses aux questions posées

Au fond, du point de vue du droit communautaire, les faits en présence desquels nous nous trouvons soulèvent une seule question : l'application des règles prohibitives du droit national sur les ententes est-elle exclue lorsqu'un fait est susceptible de remplir les conditions énoncées à l'article 85, paragraphe 1, du traité C.E.E. et lorsque la Commission a déjà pris l'initiative, c'est-à-dire engagé une procédure. Le Kammergericht estime que la solution de ce problème dépend de plusieurs points de vue et ce sont eux qui se trouvent exprimés en partie dans la première question et en partie dans les questions suivantes.

Mais la constatation que nous avons

faite n'empêche pas de suivre pour l'examen de l'affaire le système adopté par le Kammergericht. C'est de cette façon en tout cas que nous allons procéder ci-après.

1 — Première question

Suivant le Kammergericht, il convient d'examiner tout d'abord si l'article 85, paragraphes 1 et 3, du traité C.E.E., l'article 9 du règlement n° 17 ainsi que les principes généraux du droit communautaire fournissent des arguments permettant d'élucider les rapports existant entre le droit communautaire et le droit national.

A ce sujet, les parties intéressées ont soutenu des opinions tout à fait divergentes.

Les demandeurs 1, 2, 3, 5, 6 et 7 dans le litige principal estiment qu'à l'intérieur de son champ d'application, l'article 85 s'applique *exclusivement*.

L'opinion soutenue par la demanderesse n° 4, selon laquelle la réglementation nationale doit céder le pas lorsqu'un fait relève entièrement des interdictions édictées par le traité C.E.E. en matière d'ententes (c'est-à-dire lorsque les interdictions nationales ne vont pas au delà de l'interdiction communautaire), semble aller un peu moins loin.

Inversement, les gouvernements qui ont pris position, s'ils ne sont pas entièrement d'accord dans le détail, sont opposés à la thèse selon laquelle les accords visés à l'article 85, paragraphe 1, doivent être examinés exclusivement sur la base du droit communautaire et soutiennent que le droit communautaire et le droit national s'appliquent parallèlement, par conséquent qu'ils pourraient dans une large mesure être appliqués cumulativement à un seul et même acte restreignant la concurrence.

Enfin, la Commission adopte une attitude intermédiaire : à son avis, rien ne s'oppose par principe à une application cumulative de l'interdiction communautaire et du droit national. Mais en aucun cas, estime-t-elle, l'application

et l'exécution uniforme du droit communautaire ne doivent être menacées. C'est la raison pour laquelle les procédures nationales (à l'exception des mesures conservatoires) doivent être suspendues, tout au moins jusqu'à l'achèvement de la procédure devant la Commission.

L'éventail des opinions sur notre problème est donc assez large et cela suffit à montrer que nous avons affaire à une question difficile. Le grand nombre de publications scientifiques qui traitent ce sujet sous différents angles confirme cette impression. Sans doute, on peut déduire de ces publications que l'opinion dominante est en faveur de la théorie dite de la double barrière (*Zweischrankentheorie*), selon laquelle les accords de concurrence ne sont licites que s'ils remplissent les conditions requises tant par le droit national que par le droit communautaire et selon laquelle il est également possible de cumuler les conséquences des interdictions. Toutefois, il faut avouer que les difficultés particulières au cas d'espèce, difficultés qui tiennent à l'éventualité d'une *double sanction*, n'ont pas été analysées de façon aussi approfondie et que les commentaires sur cette question sont plutôt rares. C'est pourquoi nous ne pouvons éviter un examen approfondi de ce cas.

Essayons tout d'abord de répondre à la question posée en partant du texte du traité et de ses dispositions d'application (le recours aux premiers travaux préliminaires, tels que le rapport Spaak, nous semble peu approprié) : or, ce faisant, nous constatons que rien dans les dispositions citées par le Kammergericht n'indique que le droit national des ententes doit être écarté lorsque les conditions requises par l'article 85, paragraphe 1, sont réunies, ni, partant, qu'il existe une situation juridique analogue à celle en vigueur dans le domaine de la C.E.C.A. ou, comme on le sait, les accords conclus par des entreprises minières et sidérurgiques ne peuvent être examinés que sur la base de l'article 65 du traité C.E.C.A.

En particulier, l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 17 ne peut servir de base à la thèse suivant laquelle l'article 85 s'applique exclusivement à l'intérieur de son champ d'application. Comme vous le savez, selon l'article 9, les autorités des États membres restent compétentes pour appliquer les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, et de l'article 86, aussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure en application des articles 2, 3 et 6. Or, il est manifeste que, par là, la disposition en question tend seulement à définir les compétences des différentes autorités pour l'application d'un seul et même droit, le *droit communautaire*, et non à définir les rapports entre différents ordres juridiques. Cette constatation, c'est-à-dire le fait que l'article 9 ne prévoit pas une suspension *totale* des procédures nationales impliquant des problèmes de droit communautaire, permettrait, inversement, de déduire que le règlement n° 17 part lui-même de l'idée que le droit communautaire et le droit national doivent être appliqués *parallèlement*.

L'article 87, paragraphe 2, *e*, du traité C.E.E. milite également en ce sens, comme certains intéressés l'ont souligné à bon droit et comme la Commission l'admet de son côté. L'article 87 prévoit que le Conseil arrêtera tous les règlements ou directives utiles en vue d'appliquer les principes figurant aux articles 85 et 86, en particulier les dispositions ayant pour but « de définir les rapports entre les législations nationales, d'une part, et, d'autre part, les dispositions de la présente section ainsi que celles adoptées en application du présent article ». Sans doute, lorsqu'on s'efforce de comprendre cette disposition, on peut admettre, comme il a été souligné de différents côtés, qu'elle aurait également un sens si on parlait de l'applicabilité exclusive du droit communautaire à certaines situations de concurrence. On pourrait par exemple songer aux réglementations *de procédure* destinées à éviter des conflits de compétence dans des cas d'ententes purement natio-

nales, pour lesquelles le droit communautaire n'est pas applicable, mais auxquelles, bien entendu, le droit national des ententes s'applique sans restrictions. Toutefois, il n'est pas possible de nier que, selon le texte de la disposition en question, il est beaucoup plus convaincant d'admettre qu'elle se base sur l'idée d'un *chevauchement* de deux ordres juridiques (celui du droit communautaire et celui du droit national), c'est-à-dire que les deux ordres juridiques sont simultanément applicables à un même fait. En effet, cette disposition parle de *définir les rapports* entre les législations nationales et le droit communautaire. Or, cela signifie plutôt qu'elle se réfère aux dispositions juridiques *de fond*, alors qu'il semble exclu de songer à un rapport *fixe* nécessitant seulement une réglementation de procédure.

L'article 88 du traité C.E.E. va également dans le même sens. Aux termes de cet article, jusqu'au moment de l'entrée en vigueur des dispositions prises en application de l'article 87, les autorités des États membres statuent sur l'admissibilité d'ententes..., en conformité du droit de *leur* pays et des dispositions des articles 85... et 86. S'il est question dans cet article de statuer « en conformité du droit de (leur) pays », il ne semble pas convaincant d'envisager seulement le cadre *formel*, les formalités et procédures du droit national, comme le font certains auteurs. Étant donné qu'au début (avant l'adoption du règlement n° 17) il n'existait aucun règlement de procédure dans le cadre du droit *communautaire*, le fait que l'article 88 attribue aux autorités nationales un pouvoir général de décision pouvait signifier seulement que ces autorités devaient également appliquer leur procédure nationale. Si, par conséquent, on veut donner à cet article un contenu allant au delà de ce sens (qui va de soi), il faut nécessairement prendre en considération les dispositions nationales *de fond*, dans la mesure où elles existaient et dans la mesure où elles ne sont *pas contraires*

aux principes de l'article 85 (ce que l'on peut dire de la législation en vigueur dans certains États membres et qui se base sur la notion d'abus). Or, cela signifie que l'article 88 part, lui aussi, par principe de l'idée de l'applicabilité simultanée du droit national et du droit communautaire. Étant donné, en outre, que l'article 9 du règlement n° 17 se réfère également à l'article 88, on peut en déduire aussi que le règlement n° 17 ne constitue pas encore une réglementation mettant fin à la période transitoire prévue par l'article 88, mais qu'au contraire il est nécessaire à cet effet d'adopter des dispositions sur la base de l'article 87, *paragraphe 2, e* (ce à quoi semble avoir également songé la commission de politique économique du Bundestag, citée à plusieurs reprises).

Ainsi, le texte du traité fournit sans aucun doute des arguments puissants en faveur de la thèse juridique des gouvernements intéressés. À cela s'ajoute le fait qu'en admettant la thèse opposée (c'est-à-dire si on admet que le droit communautaire s'applique exclusivement à l'intérieur de son champ d'application), on est obligé de recourir pour la délimitation du domaine communautaire par rapport au domaine purement national à un critère très incertain, flou et susceptible de se modifier : le préjudice porté au commerce interétatique.

Cependant, il serait prématuré de vouloir répondre à la question posée sur la base de ces seules constatations.

En effet, aussi justifiée que puisse être la théorie de la double barrière lorsque le droit national impose l'examen de critères complémentaires (par exemple, lorsqu'un fait contient certains éléments qui ne sont pas visés par le droit communautaire, mais au contraire par le droit national), on peut à juste titre se demander s'il est possible d'appliquer à un seul et même fait deux interdictions qui, en substance, sont de même nature, c'est-à-dire si, comme cela semble être le cas en l'espèce, deux autorités pouvaient examiner un même fait en vertu de critères identiques pour l'essentiel.

Nous anticiperons la réponse : en effet, nous ne voyons aucune nécessité de restreindre la théorie de la double barrière, compte tenu de ce dernier point de vue. Ce faisant nous nous rendons compte qu'il n'est pas tout à fait pertinent d'invoquer la différence entre les intérêts protégés par le droit communautaire, d'une part (concurrence dans le commerce interétatique), et par le droit national, d'autre part (concurrence dans le commerce interne) : en effet, le préjudice porté à la concurrence entre les États affecte également la situation du marché d'un État membre au moins, de sorte qu'inversement il est certain que le droit communautaire de la concurrence tend nécessairement à protéger également la concurrence interne. C'est la raison pour laquelle une autre considération s'impose. Il faut admettre que, même en supposant un tel chevauchement des domaines protégés, l'application de l'interdiction communautaire ne coïncide pas parfaitement avec l'application de l'interdiction de même nature édictée par le droit national. La raison est simple : d'un côté, nous avons la politique de concurrence de la Communauté qui se développe progressivement par les soins des institutions communautaires et, de l'autre côté, une politique de concurrence nationale toujours plus ou moins poussée et qui fait partie intégrante de la politique économique nationale, au sujet de laquelle le traité prévoit seulement une obligation de *coordination*. La divergence des conceptions fondamentales peut donc conduire à des appréciations absolument différentes d'un seul et même fait, même si on applique des règles prohibitives analogues pour l'essentiel. Il suffit de songer à la thèse développée par la Commission au sujet de la restriction « sensible » (*spürbar*) de la concurrence, qui peut se produire par exemple lorsque des accords internationaux ne dépassent pas un certain chiffre d'affaires, ou bien il suffit de songer aux cas qui, du point de vue communautaire, semblent peut intéressants parce que la restric-

tion de la concurrence se manifeste essentiellement sur le plan national, tandis que les incidences sur le commerce international ont une importance secondaire. Il peut arriver dans de tels cas que les critères nationaux soient les plus sévères, c'est-à-dire que les interdictions nationales s'appliquent lorsque les interdictions communautaires ne jouent pas.

Quant à savoir dans quelle mesure ces divergences peuvent être admises en tant que conséquences résultant de la différence entre les politiques de la concurrence, la réponse à cette question devrait dépendre uniquement de celle de savoir s'il existe une véritable *contradiction* entre le droit communautaire et le droit national. Ce serait le cas si l'application d'une interdiction communautaire se heurtait à une autorisation nationale donnée à une entente, ce que, bien entendu, les partisans d'une application cumulative du droit communautaire et du droit national eux-mêmes n'admettent pas. Cependant, une telle contradiction n'existe pas lorsque le droit national des ententes prévoit des règles plus strictes, car cela signifie, comme le souligne à juste titre le gouvernement français, que le droit national des ententes opère dans le *même sens* que l'article 85, paragraphe 1, qu'il agit *conformément* à cette disposition, c'est-à-dire qu'il tend à parfaire les conditions de la concurrence.

La question de savoir si un véritable conflit menace lorsque l'application de règles prohibitives nationales coïncide avec la perspective d'une exemption accordée par les exécutifs communautaires, conformément à l'article 85, paragraphe 3, pourrait au fond rester ouverte en l'espèce : en effet, à défaut d'une notification de l'accord (ou de la pratique concertée), mais aussi, et les intéressés sont d'accord sur ce point, compte tenu de la nature de la restriction de la concurrence en question une exemption accordée par la Commission n'entre pas en ligne de compte. Par conséquent, on pourrait dire avec le gouvernement néerlandais que la question est sans importance pour la

solution du litige national. Si on veut y répondre néanmoins, parce que certains intéressés ont fait remarquer que les paragraphes 1 et 3 de l'article 85 constituent une unité, un tout cohérent, ou parce que, dans d'autres cas, les autorités nationales ne peuvent pas se faire une idée de l'application de l'article 85, paragraphe 3, avec la même certitude qu'en l'espèce, si donc on prend également en considération l'article 85, paragraphe 3, il faudra, en accord avec les gouvernements intéressés, nier par principe l'existence d'un conflit, même si l'exemption à l'échelon communautaire se heurte à l'application des règles prohibitives nationales. Que se passe-t-il en effet du côté communautaire ? A vrai dire, on se contente de déclarer que l'interdiction communautaire peut s'effacer devant certains aspects positifs d'une entente et qu'on *renonce* à appliquer l'article 85, paragraphe 1. Comme l'a souligné le gouvernement allemand, la liberté d'action que l'article 85, paragraphe 1, a d'abord exclue se trouve ainsi rétablie. Mais, dans le cadre de cette liberté d'action, les autorités nationales compétentes en matière d'ententes doivent pouvoir, elles aussi, tenir compte des intérêts de la politique nationale de la concurrence, c'est-à-dire envisager des aspects dont il n'est pas possible de tenir compte de la même façon dans le cadre du droit communautaire, et cela ni du point de vue de la procédure (en dépit de l'article 10 du règlement n° 17), ni du point de vue du fond (en raison des critères particuliers de l'article 85, paragraphe 3). Si elles agissent ainsi, si donc les autorités nationales contre-carrent dans son effet l'exemption communautaire au moyen de l'application d'une règle prohibitive nationale, elles ne menacent pas davantage les objectifs du traité que ne le font les parties intéressées à un accord lorsqu'elles renoncent à son application, ce qui est possible à tout moment. Cette conclusion s'impose en règle générale parce qu'en principe des ententes ne peuvent pas être considérées

comme des instruments destinés à organiser le marché commun. Toutefois, si, dans un cas exceptionnel, qui se présente rarement, l'appréciation par la Commission des éléments déterminants devait faire apparaître un avantage pour les intérêts communautaires et révéler qu'un accord sert ou même favorise les objectifs du traité (par exemple, à cause d'une intensification de la concurrence), le risque d'un conflit avec des décisions prises à l'échelon national semblerait plutôt théorique, étant donné qu'il est certes possible d'harmoniser les conceptions au moyen de contacts permanents sur le plan administratif. Afin de garantir juridiquement la dérogation accordée par la Commission, on pourrait dans de tels cas prendre tout au plus une disposition conformément à l'article 87, paragraphe 2, e, c'est-à-dire régler les rapports avec les dispositions nationales sur la concurrence.

Sans examiner le droit américain qui connaît des problèmes voisins, nous arrivons ainsi, après toutes les considérations ci-dessus, à la conclusion que la première question posée par le Kammergericht doit recevoir une réponse affirmative.

2 — Deuxième question

La deuxième question porte sur le point de savoir si le risque qu'un seul et même fait donne lieu à une double sanction imposée, d'une part, par les autorités nationales et, d'autre part, par la Commission empêche l'application cumulative du droit national et du droit communautaire.

Les gouvernements intéressés répondent par la négative avec des arguments différents, tandis que les demandeurs au principal sont d'une opinion contraire. De son côté, la Commission estime que les autorités nationales devraient surseoir à statuer, tout au moins jusqu'à la conclusion de la procédure pendante devant elle.

La nature de l'affaire et les arguments

des parties nous inclinent à croire que c'est ici que se situe le point central du conflit d'interprétation.

Avant d'entrer dans ses détails, soulignons toutefois que le risque d'une double sanction n'existe que pour une partie des intéressés, les *entreprises*. En revanche, les personnes *physiques* visées par la décision du Bundeskartellamt n'ont en aucun cas à craindre une amende de la Commission, étant donné que le pouvoir de sanction que lui attribue l'article 15 du règlement n° 17 est limité aux entreprises.

Si l'on tient compte de cette limitation, la première question que se posent les demandeurs au principal, c'est de savoir si le fait que la Commission ait *engagé* une procédure n'exclut pas à lui seul l'ouverture d'une procédure sur le plan national. A cet égard, ils invoquent le principe « non bis in idem », appliqué dans tous les États membres, et qui constituerait par conséquent un élément du droit communautaire; selon eux, d'après ce principe, une seconde procédure ne pourra être engagée sur le même objet en cas de litispendance. Cette question ne saurait rester sans réponse sous prétexte que la date d'ouverture de la procédure soulève des doutes (comme vous le savez, les infractions réprimées par le Bundeskartellamt n'ont été incluses que très tardivement dans la procédure devant la Commission). En effet, la manière dont le Kammergericht a formulé sa question montre de toute évidence que la Commission a exercé ses compétences *avant* que le Bundeskartellamt n'ait lui-même décidé de poursuivre.

A l'examen il apparaît cependant que la thèse des demandeurs n'est pas pertinente. Nous n'épouserons pas pour autant l'objection des gouvernements néerlandais et français : selon eux, ces sanctions seraient d'une nature juridique différente selon qu'il s'agirait du plan national ou du plan communautaire (peines criminelles, d'une part, sanctions administratives, d'autre part), car, si cette appréciation est valable pour le domaine juridique propre de

ces États, elle est certainement sans valeur dans la présente espèce. En effet, il nous paraît indiscutable que les amendes administratives prévues par la loi sur les restrictions de la concurrence (GWB) et qui relèvent du domaine des infractions administratives (Recht der Ordnungswidrigkeiten) sont de même nature que celles que prévoit l'article 15 du règlement n° 17. Cependant, nous estimons qu'au sens où l'entendent les demandeurs le principe « non bis in idem » est applicable dans le cadre de l'ordre juridique interne des États membres, mais qu'il n'est pas valable lorsqu'il s'agit des rapports entre le droit national et le droit communautaire. Sur ce point, la jurisprudence a déjà constaté à plusieurs reprises qu'il s'agit de deux ordres juridiques distincts, indépendants. Or, tant que les Communautés ne constitueront pas un ordre juridique fédéral, il paraît plus logique de faire un rapprochement entre les actes des institutions de la Communauté et les actes de souveraineté étrangers et d'appliquer pour l'exercice du pouvoir de sanction les règles en vigueur dans les rapports entre ordres juridiques différents. Il en résulte donc que le simple fait que la Commission ait engagé une procédure ne saurait contraindre à lui seul les autorités nationales à renoncer à leur pouvoir de sanction.

Ici s'ajoute une deuxième considération qui procède de l'idée incontestablement évidente qu'un même acte ne saurait faire l'objet d'une double sanction fondée sur des aspects juridiques identiques en substance. Se fondant sur l'idée que, dans l'optique du droit national, l'amende infligée par la Commission doit être considérée comme émanant d'un ordre juridique étranger, les partisans de cette thèse tentent de découvrir un principe qui serait applicable aux rapports entre le pouvoir pénal de la Communauté et celui des États membres. Ils constatent que deux États membres reconnaissent le principe qu'un acte pour lequel une peine a été infligée par un tribunal étranger

n'est plus susceptible d'une nouvelle peine en droit interne. En application de la thèse selon laquelle la protection juridique accordée par le droit communautaire doit être équivalente non pas au niveau le plus bas mais au niveau le plus élevé que connaissent les États membres, ils veulent faire admettre que ce principe constitue un élément du droit communautaire. Mais, si tel est le cas, poursuivent-ils, la peine prononcée par une autorité nationale empêcherait la Commission d'exercer son pouvoir de sanction. Pour éviter donc que le droit national n'empêche d'appliquer le droit communautaire et afin de ne pas porter atteinte à la primauté de ce dernier, la seule solution restante, c'est que les autorités nationales n'exercent pas leur pouvoir lorsque, de son côté, la Commission s'est saisie d'une affaire dans le cadre du droit des ententes.

Il s'agit ici incontestablement de déduction impressionnantes. Mais, en fin de compte, elles ne sont pas plus pertinentes que les autres.

La première objection qui pourrait leur être adressée est que le droit de poursuivre une infraction ne saurait être épuisé (en d'autres termes, que toute poursuite pénale nouvelle serait exclue) que si le premier juge saisi a compétence de pleine *jurisdiction*, s'il possède le pouvoir d'apprécier l'affaire sous l'ensemble de ses aspects juridiques. Or, selon le gouvernement allemand, tel n'est pas le cas dans les rapports entre les administrations nationales compétentes en matière d'ententes et la Commission européenne. En effet, lorsque la Commission a engagé une procédure, l'instance nationale compétente ne pourra plus poursuivre que les seuls aspects illégaux de l'affaire selon le droit interne des ententes, tandis que le soin d'apprécier les aspects de l'affaire selon le droit communautaire relève de la Commission. En outre, il ne faut pas oublier que s'il est vrai que dans deux États membres (La France et les Pays-Bas) une peine prononcée à l'étranger exclut toute poursuite en droit interne, ce principe a été élaboré dans le cadre

du droit *pénal*. Il paraît cependant douteux qu'il puisse s'appliquer également en matière d'infractions *administratives*. En tout cas, il est frappant que les mémoires des gouvernements français et néerlandais fassent allusion, eux aussi, à la possibilité pour la Commission de « *porter en compte* » des sanctions déjà infligées sur le plan national. Ce n'aurait sans doute pas été le cas si les principes que nous venons d'évoquer étaient applicables au domaine qui nous intéresse. En conséquence, si nous cherchons à établir sur cette base le principe applicable aux rapports entre droit communautaire et droit national en matière d'amendes administratives, il nous semble, pour des raisons d'équité, qu'il vaut mieux accorder la préférence au système qui existe tant en droit italien qu'en droit allemand, belge et luxembourgeois, et selon lequel la sanction infligée à l'étranger est imputée (même si les modalités sont différentes). Nous croyons pouvoir dire en outre, et c'est là une considération essentielle dont il faut tenir compte dans toute tentative de combler les lacunes du droit communautaire à l'aide du droit comparé, que c'est le principe le plus *progressiste* qui serait ainsi appliqué.

En effet, l'article 90, alinéa 2, du traité C.E.C.A. prévoit déjà une procédure analogue, en vertu de laquelle la Haute Autorité (aujourd'hui la Commission) devra tenir compte de la décision intervenue sur le plan national pour déterminer la sanction qu'elle serait amenée à prononcer selon le droit communautaire. D'un autre côté, si le droit des *ententes* du traité C.E.C.A. ne contient pas une telle disposition, le seul motif en est que l'article 65 est *exclusivement* applicable, comme nous l'avons dit précédemment, et que, par conséquent, tout cumul d'application de cet article avec le droit national se trouve exclu.

Nous sommes ainsi amené à conclure qu'une amende infligée en droit interne n'exclut pas pour autant l'exercice des pouvoirs de sanction prévus par le droit communautaire et qu'il n'y a donc pas neutralisation de ce dernier,

ce qui serait en contradiction avec l'idée de sa primauté sur le droit national. La Commission est tout au plus obligée de tenir compte des sanctions infligées par les autorités nationales dans le cadre d'interventions antérieures à la sienne.

Cette thèse présente d'ailleurs l'avantage d'éviter les graves inconvénients qui pourraient résulter de difficultés de preuve accrues ou de l'intervention de prescriptions extinctives si les instances nationales étaient obligées de suspendre la procédure jusqu'à ce que la Commission ait mené la sienne à son terme.

Nous croyons donc pouvoir dire en résumé à propos de la deuxième question que le risque d'aboutir à une double sanction n'impose pas la non-application (même à titre provisoire) des dispositions du droit national des ententes.

3 — Troisième question

La troisième question est celle de savoir si l'article 5 du traité C.E.E., conjointement avec l'article 3, f, de ce même traité et avec l'article 9 du règlement n° 17, ainsi que la nécessité de porter un jugement uniforme sur les actes restreignant la concurrence et celle d'éviter les distorsions de la concurrence, peuvent constituer un motif suffisant pour suspendre l'application du droit interne de la concurrence.

Ici aussi, les conceptions des intéressés sont dissemblables si même ils n'ont pas renoncé à prendre position, comme certains d'entre eux. Voyons donc quelle est l'appréciation qui s'impose.

La conception de la Commission notamment est remarquable. Elle attribue une importance décisive à l'article 5 du traité, dont l'alinéa 2 impose aux États membres de s'abstenir de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité. Le raisonnement qu'elle tient à ce propos est le suivant. Lorsque l'article 85, paragraphe 1, est applicable, les dispositions du règlement n° 17 ouvrent à

l'exécutif communautaire une série de possibilités. Celui-ci peut se contenter de formuler des recommandations conformément à l'article 3 (certains des demandeurs au principal ont souligné, eux aussi, l'importance de ce moyen d'action pour donner une forme positive aux rapports de concurrence); elle peut aussi prendre des décisions obligeant à mettre fin à une infraction à l'article 85 du traité et renoncer à prendre des sanctions lorsque les destinataires de la décision considérée s'y sont conformés; elle peut enfin infliger des amendes pour violation de l'article 85, paragraphe 1. Or, affirme la Commission, si les autorités nationales avaient la possibilité d'intervenir en vertu du droit national des ententes et d'infliger des amendes administratives, la procédure engagée par la Commission pourrait s'en trouver gravement perturbée. Cela mettrait en péril l'uniformité d'application et de mise en œuvre du droit de la concurrence de la Communauté, ce qui serait incompatible avec l'idée fondamentale de l'article 5 du traité.

Bien que séduisante, cette argumentation ne nous semble pas non plus vraiment convaincante. En effet, notre raisonnement doit partir de la constatation que la première question nous a amené à faire : le traité lui-même (des arguments clairs tirés de son texte plaident en faveur de cette conception) admet l'idée d'une application *cumulative* du droit communautaire et du droit interne de la concurrence et n'exclut donc pas l'application du droit interne, tout au moins dans la mesure où les deux ordres juridiques ne se contredisent pas vraiment. Le seul article 5 ne suffit pas à priver cette thèse de son fondement : la Commission tente pourtant de le faire lorsqu'elle affirme que les mesures qu'elle prend en application de l'article 85, paragraphe 1, ne peuvent être corrigées par des mesures adoptées sur le plan national et qu'en particulier une instance nationale ne peut infliger une amende lorsque la Commission veut se contenter d'inviter les intéressés

à modifier un comportement déterminé. A vrai dire, la référence à l'article 5 du traité ne constitue pas, dans la présente espèce, un argument irréfutable, et cela à plusieurs égards. Tout d'abord, il ne faut pas perdre de vue que cet article a pour seul objet d'éviter que les *objectifs* du traité ne soient mis en péril. Or, comme le soulignent à bon droit les gouvernements intéressés, il ne saurait en être question en cas d'application d'un droit national des ententes plus strict que le droit communautaire, parce que cette application se fait en réalité dans le respect de l'un des principes fondamentaux du traité, qui commande d'accroître la concurrence. D'autre part, l'article 5 ne permet même pas de suspendre la procédure sur le plan national, il ne contient donc aucune injonction d'ordre procédural. Comme le gouvernement fédéral le souligne à bon droit, une condition fondamentale fait défaut : l'applicabilité directe de la disposition. En effet, le texte de l'article 5 se réfère aux buts du traité qui, de leur côté, ne sont pas formulés de façon parfaitement claire et dont il faut seulement éviter qu'ils ne soient mis en péril; il est dès lors incontestable que ce texte est trop général et trop imprécis pour pouvoir faire admettre l'incertitude qu'entraînerait son applicabilité directe. Par ailleurs, le règlement n° 17 n'aboutit pas, lui non plus, à une solution différente. S'il est vrai que, selon son exposé des motifs, les articles 85 et 86 doivent être appliqués uniformément, ce qui importe toutefois est que son *texte* ne comporte aucune disposition qui imposerait aux autorités nationales la suspension de la procédure qu'ils ont engagée, lorsque le droit national de la concurrence est en cause. L'article 9, paragraphe 3, de ce même règlement permettrait plutôt de conclure en sens contraire, car il prévoit seulement une règle de compétence pour l'application des dispositions des articles 85 et 86. Enfin, il ne nous semble pas davantage que la référence à l'article 3, *f*, du traité C.E.E. puisse étayer l'argumen-

tation de la Commission. Selon cet article, l'action de la Communauté comporte « l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun ». Comme le texte même de cette disposition le montre déjà, son objet est de définir l'une des tâches que la Communauté doit accomplir conformément à d'autres dispositions du traité et suivant leur échéancier, c'est-à-dire graduellement. Comme le souligne le gouvernement français, il ne s'agit donc que d'une disposition de principe dont on ne voit pas non plus quel degré d'uniformité elle exige des conditions de concurrence. En aucun cas, en revanche, elle ne saurait avoir pour objet de supprimer des distorsions de concurrence existantes en permettant au droit des ententes de la Communauté de neutraliser (fût-ce temporairement) des dispositions nationales dans son domaine d'application.

D'un autre côté, on ne saurait certes nier, et aucun des intéressés ne le fait, qu'à la longue cette situation juridique devient insatisfaisante. En effet, par application du principe selon lequel une entente est soumise à la loi du pays sur le territoire duquel ses effets se produisent (*Wirkungsstatut*), elle implique dans certains cas que le droit interne le plus strict s'impose dans une large mesure dans la Communauté et peut ainsi porter préjudice aux entreprises auxquelles il s'applique. Cependant, pour mettre un terme à cette situation qui est actuellement inévitable pour les ententes dont les effets sont limités au plan national, nous sommes convaincu que le seul moyen est celui de l'action *normative*, soit que le Conseil édicte des dispositions réglant les rapports entre droit communautaire et droit national, conformément à l'article 87, paragraphe 2, e, du traité, soit, si l'on estime que l'article 87 ne permet pas une intervention profonde dans le domaine du droit interne des États membres, que l'on procède à l'harmonisation de celui-ci sur la base des articles 100 à 102 du traité C.E.E. Par

contre, il serait incompatible avec le principe de la sécurité juridique de chercher à atteindre cet objectif par le biais d'une neutralisation *tacite* du droit national. Ainsi, les considérations développées à propos de la troisième question ne changent-elles rien aux conclusions auxquelles nous sommes parvenu au regard des deux questions précédentes.

4 — Quatrième question

La quatrième question nous amène encore à examiner si l'article 7 du traité C.E.E. s'oppose à l'application du droit interne des ententes. Nous pourrions être relativement bref à ce sujet.

Avec la Commission nous sommes tout d'abord d'avis qu'il est exact d'admettre que l'article 7 s'applique directement, donc que l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité est directement applicable, et cela indépendamment des réglementations prévues à l'alinéa 2. En outre, il nous semble possible d'admettre que l'article 7 vise également la protection des propres ressortissants d'un État membre. La qualité de ressortissant d'un État se détermine selon le droit de l'État en question et elle s'étend également aux personnes morales.

Les conséquences qui peuvent en être tirées en l'espèce ne sont toutefois pas parfaitement claires, car la question posée est susceptible de plusieurs interprétations.

Au cas où elle aurait pour objet de savoir (ce qui semble probable d'après la manière dont elle est formulée) si les autorités nationales peuvent se borner à poursuivre leurs propres ressortissants, bien que le droit interne leur permette d'exercer leurs compétences d'une façon plus étendue, conformément au principe énoncé au paragraphe 98 de la loi contre les restrictions de la concurrence (GWB), selon lequel elle s'applique à tout acte dont les effets se produisent sur le territoire de la République fédérale, si donc la question posée se ramenait à savoir

s'il est permis d'appliquer différemment le droit économique interne en fonction de la nationalité des intéressés, la réponse ne ferait ici aucun doute : une telle façon d'agir serait incompatible avec les principes énoncés à l'article 7 du traité, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il existe des motifs sérieux de procéder à une telle différenciation (comme, éventuellement, des difficultés de preuve au regard de justiciables étrangers ou le fait que leur comportement présente peu d'importance en raison de la part réduite qu'ils occupent sur le marché national).

Si toutefois le but de la question était de savoir s'il faut considérer comme discriminatoire au regard du traité le fait que la république fédérale d'Allemagne applique un droit de la concurrence plus strict que celui d'autres États membres, ce qui peut défavoriser les entreprises qui participent à une entente sortant ses effets sur le territoire de la république fédérale d'Allemagne, la réponse devrait certainement être négative. Comme plusieurs intéressés

le soulignent à bon droit, le seul objectif de l'interdiction de discrimination est d'éviter à l'intérieur d'un même État membre l'existence de plusieurs systèmes qui seraient fonction de la nationalité de leurs destinataires. En revanche, cette interdiction n'a pas pour but d'empêcher les conséquences défavorables de la limitation territoriale de la souveraineté et des lois de l'État, c'est-à-dire de favoriser l'harmonisation du droit dans la Communauté. Ce dernier objectif relève en tout état de cause, comme nous l'avons vu, des principes sanctionnés par les articles 100 à 102 du traité C.E.E.; l'harmonisation du droit interne de la concurrence ne saurait donc s'effectuer au niveau le plus bas (ce que l'application de l'interdiction de discrimination imposerait de faire).

Ainsi, la réponse à donner à la quatrième question n'apporte pas davantage un élément décisif pour le problème de l'application du droit interne des ententes à une situation qui est simultanément examinée par la Commission.

III — Conclusion

Nous proposons donc de répondre aux questions posées de la manière suivante.

Aucun des aspects évoqués par le Kammergericht ne s'oppose à l'application d'interdictions prévues par le droit interne des ententes (avec les conséquences qui en découlent selon le droit national) à des situations susceptibles de tomber sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, du traité C.E.E. et au regard desquelles la Commission de la C.E.E. a engagé une procédure en vue de poursuivre une infraction à l'article 85.

L'article 7 du traité C.E.E. est une règle de droit directement applicable et il interdit aux autorités nationales d'appliquer le droit économique de façon différenciée, selon la nationalité des entreprises parties à une entente.

Nous n'avons aucune observation à faire au sujet des frais de procédure. Dans la mesure où il s'agit des parties au principal, ils feront l'objet d'une décision dans le cadre de l'instance nationale.