

PEDRO CABRAL  
*Assistant du Département d'Études Juridiques  
du Collège d'Europe, à Bruges*

## **RÉGLEMENTATIONS ÉTATIQUES ANTICONCURRENTIELLES:**

L'activité normative  
des États membres de la Communauté Européenne  
face aux articles 3 g), 5 et 85 du Traité \*

\* Cette étude correspond pour l'essentiel au mémoire présenté par l'auteur, en Mai 1997, dans le cadre du Séminaire de "Droit de la Concurrence, secteur public", coordonné par M. le Professeur M. Merola, en vue de l'obtention du Diplôme d'Études Juridiques Européennes Approfondies du Collège d'Europe, Bruges. Ce travail a obtenu la classification de 17 valeurs et la mention "Excellent" du Collège d'Europe. Quelques petites corrections et notes d'actualisation ont été introduites de manière à donner à la présente étude une dimension plus pratique.

*L'auteur veut remercier particulièrement Mlle. Patrícia N. Silveira da Cunha pour son aide unique dans les commentaires d'une version préliminaire de cet article et dans la relecture du même, M. Carlos Botelho Moniz pour la vigueur qu'il a employé pour la promotion de sa publication et, Mme. Eliane Noiret pour le perfectionnement linguistique de celui-ci.*

*Undoubtedly the winds of change blowing in Europe have finally reached plateau Kirchberg in Luxembourg. Facing growing concern among Member States about «unreasonable» restrictions of their freedom to regulate in the — purported — public interest, the Court of Justice, in what could be seen as an act of judicial self-restraint, decided to adopt a lower profile regarding restrictive state practices. Winds do not, however, blow constantly in one direction.*

A. BACH, Case-note on *Meng, Ohra and Reiff*, *CMLR*, 1994, p. 1357, at p. 1374.



## TABLE DES MATIÈRES

### ABRÉVIATIONS

#### A. INTRODUCTION

#### B. ENCADREMENT GÉNÉRAL DE LA PROBLÉMATIQUE DES RÉGLEMENTATIONS ÉTATIQUES RESTRICTIVES DE LA CONCURRENCE

##### I. Les bases du droit économique européen

##### II. Enonciation des principes de base en la matière — La «formule *Van Eycke*»

#### C. ENCADREMENT JURISPRUDENTIEL

##### I. L'approche initiale de la Cour de Justice

1. Un pas timide en avant — l'arrêt *INNO/ATAB*
2. Deux pas arrière — le retour à la jurisprudence traditionnelle

##### II. Une phase d'incertitude

1. Un premier courant jurisprudentiel — l'exigence d'un lien avec un comportement d'entreprise
  - a) L'arrêt *BNIC/Clair*
  - b) L'arrêt *Asjes*
  - c) L'arrêt *Vlaamse Reisbureaus*
  - d) L'arrêt *BNIC/Aubert*

2. Un deuxième courant jurisprudentiel — une approche objective aux mesures étatiques restrictives de la concurrence

a) L'arrêt *Leclerc-carburants*

b) L'arrêt *Leclerc-livres*

### **III. La codification de la jurisprudence antérieure**

— L'arrêt *Van Eycke*

### **IV. Consolidation et clarification**

— De *Van Eycke* à *Meng, Ohra* et *Reiff*

1. Raison d'ordre

2. Considérations d'ensemble sur les arrêts *Meng, Ohra* et *Reiff*

3. Les affaires *Meng* et *Ohra*

a) Les conclusions de l'avocat général M. Tesouro

b) Les jugements de la Cour

4. L'affaire *Reiff*

### **V. La confirmation de la jurisprudence**

## **D. CONCLUSION**

## **BIBLIOGRAPHIE**

## **ARRÊTS**

## ABREVIATIONS

- aff. — affaire
- art. — article
- att. — attendu
- c. — contre
- CDE — Cahiers de Droit Européen
- CE — Communauté Européenne
- CEE — Communauté Économique Européenne
- cf. — confronter
- Chron. — Chronique
- CJCE — Cour de Justice des Communautés Européennes
- CMLR — Common Market Law Review
- DPCI — Droit et Pratique du Commerce International
- ECLR — European Competition Law Review
- ELR — European Law Review
- JO — Journal Officiel
- JT — Journal des Tribunaux
- LIEI — Legal Issues of European Integration
- op. cit. — opere citata
- p. — page
- para. — paragraphe
- Rec. — Recueil
- RMC — Revue du Marché Commun
- RTDE — Revue Trimestrielle de Droit Européen
- s. — suivants
- v. — voir





## A. INTRODUCTION

Dans ce travail nous nous proposons d'esquisser une analyse la plus complète possible de la problématique du contrôle des réglementations étatiques de caractère économique face aux règles communautaires de la concurrence.

Il s'agit d'un domaine relativement inexploré du droit communautaire sur lequel il n'y a pas des études vraiment exhaustives. Cette limitation nous a conduit à envisager un examen essentiellement descriptif de notre objet, tenant compte du rôle absolument central de la jurisprudence de la Cour de Justice en la matière. Une analyse détaillée de cette jurisprudence constituera donc l'aspect le plus important de ce travail.

Si la dimension descriptive sera certainement privilégiée dans notre étude, elle ne sera pas totalement privée d'une dimension critique. À ce propos, nous essaierons d'apporter nos remarques personnelles sur les questions fondamentales en discussion, tout en rappelant, chaque fois que nécessaire, les observations des voix les plus autorisées de la doctrine en cette matière <sup>1</sup>.

La structure de ce travail est la suivante: après ces considérations introductives (A), nous examinerons dans une deuxième partie de notre étude

---

<sup>1</sup> Parmi la littérature existante à propos des réglementations étatiques anticoncurrentielles, v. en particulier: G. MARENCO, "Le Traité CEE interdit-il aux États membres de restreindre la concurrence?", *CDE*, 1986, p. 285; D. WAELBROECK, "Application des règles de concurrence du Traité de Rome à l'autorité publique", *RMC*, 1987, p. 25; R. JOLIET, "Réglementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire", *CDE*, 1988, p. 363; L. GYSELEN, "State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty's Competition Provisions", *CMLR*, 1989, p. 33; *id.*, "Anti-Competitive State Measures under the EC Treaty: Towards a Substantive Legality Standard", *ELR*, 1994, p. CC 55; A. B. HOFFMAN, "Anti-Competitive State Legislation Condemned under Articles 5, 85 and 86 of the EEC Treaty: How Far Should the Court Go After *Van Eycke*", *ECLR*, 1990, p. 11; B. VAN DER ESCH, "Loyauté Fédérale et subsidiarité à propos des arrêts du 17 novembre 1993 dans les affaires C-2/91 (Meng), C-245/91 (Ohra) et C-185/91 (Reiff)", *CDE*, 1994, p. 523; D. TRYANTAFILLOU, "Les règles de concurrence et l'activité étatique y compris les marchés publics", *RTDE*, 1996, p. 57.

les problèmes théoriques principaux qui se posent par rapport aux mesures étatiques ayant une incidence sur les conditions de concurrence (**B**). La troisième partie qui constitue le coeur de ce mémoire sera centrée, comme nous l'avons déjà souligné, dans un examen exhaustif de la jurisprudence de la Cour de Justice depuis les années 70 jusqu'à présent, tout en essayant de mettre en relief les lignes essentielles de son évolution et de clarifier quels sont les critères dont elle s'est basée à chaque moment pour examiner la compatibilité de ces mesures avec les règles de concurrence du Traité (**C**). Finalement, dans les conclusions (**D**), nous nous proposons de donner une perspective d'ensemble des grandes questions concernant la problématique objet de notre étude et de signaler quel est, à notre avis, l'état actuel du droit communautaire en la matière.

## **B. ENCADREMENT GÉNÉRAL DE LA PROBLÉMATIQUE DES RÉGLEMENTATIONS ÉTATIQUES RESTRICTIVES DE LA CONCURRENCE**

### **I. Les bases du droit économique européen**

Il s'ensuit des articles 3 c) et 3 g) <sup>2</sup> du Traité que les activités de la Communauté comportent l'établissement d'un marché intérieur caractérisé par la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux et par l'existence d'un régime de concurrence non-fauscée.

Tous les obstacles concernant les quatre libertés fondamentales sont interdits par des dispositions spécifiques du Traité s'adressant aux États membres et tenant en compte, en particulier, de son activité normative. Ces dispositions exigent de leurs destinataires d'abolir les restrictions à la libre circulation des marchandises (articles 9 à 36), des personnes (articles 48 et s. et 52 et s.), des services (articles 59 à 66) et des capitaux (articles 73B et s.).

Par contre, les dispositions sur la concurrence, exception faite aux règles sur les aides d'État (articles 92 à 94), concernent directement les comportements des entreprises (v. le sous-titre de la section 1 du Chapitre 1 du Titre V de la Première Partie du Traité), interdisant les ententes susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire et qui ont pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence dans le marché commun (v. l'art. 85), ainsi que l'exploitation abusive de toute position dominante (v. l'art. 86), ne faisant aucune

---

<sup>2</sup> Avant le Traité de Maastricht art. 3 f). Pour raisons de rigueur juridique, dans notre exposition, nous nous rapporterons à l'art. 3 g) pour toutes les considérations de nature introductoire ou générale ainsi que pour les affaires postérieures au Traité sur l'Union Européenne et à l'art. 3 f) pour tout ce qui lui est antérieur.

mention à l'activité normative de l'État ayant une incidence sur les conditions de concurrence dans le marché.

Même si son article 90 envisage le comportement de l'État par rapport aux entreprises qu'il contrôle ou privilégie, c'est-à-dire, les entreprises publiques et les entreprises bénéficiaires de droits exclusifs ou spéciaux, en lui imposant l'obligation de ne pas fausser la concurrence, ni d'empêcher la libre circulation des biens et services <sup>3</sup>, le Traité reste, néanmoins, silencieux en ce qui concerne les réglementations étatiques ayant une incidence sur le comportement des entreprises privées.

L'application directe des articles 85 et 86 à l'État semble impossible dans la mesure où ce sont des règles s'adressant, par définition, aux entreprises et lesquelles ne présentent aucun rapport avec l'action des États membres. Cependant, comme l'on verra, la Cour de Justice arriverait, par voie d'une construction jurisprudentielle s'inspirant dans une lecture d'ensemble des dispositions générales des articles 3 g) et 5 du Traité et de celles concernant spécifiquement la concurrence, à une conclusion bien différente.

Rappelons ce qui est établi par l'article 5:

“Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission.

Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité”.

Étant donné que parmi ces buts l'on peut trouver, comme le démontre l'article 3 g), «un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur», la Cour de Justice conclut que les États membres doivent s'abstenir de toute mesure susceptible de produire cet effet.

Le raisonnement est clair: il serait inutile de sanctionner les comportements anticoncurrentiels des entreprises et en même temps de permettre aux États d'encourager ou favoriser d'une manière ou d'une autre de tels comportements.

---

<sup>3</sup> Comme le souligne, D. TRYANTAFILLOU, “Les règles de concurrence et l'activité étatique y compris les marchés publics”, *RTDE*, 1996, p. 57, à la p. 59, “les auteurs du Traité ont dû vouloir s'assurer par là que ni l'État ni ses différents démembrements, dépendances ou délégataires n'emprunteront des comportements contraires aux règles du Traité, et notamment celles concernant la concurrence”.

Cette idée d'application indirecte des règles de la concurrence à la puissance publique a été affirmée à plusieurs reprises par la Cour de Justice <sup>4</sup>.

Dans la présente étude nous ne traiterons que de la matière concernant l'applicabilité de l'article 85 aux réglementations étatiques, en laissant de côté l'analyse de la problématique parallèle portant sur l'article 86, laquelle demanderait un examen très approfondi de toute une série de questions dans une large mesure complètement différentes de celles qui se posent en ce qui concerne la première des dispositions citées. L'application de l'article 86 aux mesures étatiques incitant ou renforçant des abus de position dominante pourrait constituer elle-même l'objet d'un autre commentaire de fond, dans lequel il serait nécessaire de traiter non seulement les aspects concernant la conjugaison entre cette disposition et les articles 3 g) et 5, mais également de discuter en quelque détail les problèmes qui se posent par rapport aux entreprises publiques ou privilégiées. Comme le souligne L. Idot <sup>5</sup>, «l'admissibilité d'une application cumulée de l'article 86 et de l'article 5 pour l'examen d'une réglementation nationale est rare. On le sait, l'article 86 est plus souvent associé à l'article 90». Par conséquent, il nous semble qu'une analyse de l'articulation entre ces deux dispositions impliquerait certainement un examen approfondi d'une quantité pas négligeable de jurisprudence <sup>6</sup>, laquelle soulève de très vastes questions interprétatives, qu'il n'y a pas lieu de traiter dans le cadre de notre étude <sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> À l'origine de tous les développements jurisprudentiels se trouve l'arrêt *GB-INNO BM c. ATAB*, (CJCE 16 novembre 1977, aff. 13/77, Rec. p. 2115), où la Cour a considérée, par la première fois, qu'il résultait des articles 3 f) et 5, al. 2 du Traité que les États membres seraient prohibés d'édicter ou de maintenir en vigueur toutes les mesures susceptibles de mettre en péril l'effet utile des dispositions du Traité portant spécifiquement sur la concurrence.

<sup>5</sup> L. IDOT, "Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence? À propos de quelques développements récents ...", *Europe*, janvier 1996, Chron. 1, p. 1, à la p. 5.

<sup>6</sup> Entre les jugements les plus importants en la matière, on peut certainement inclure ceux qui ont été proférés dans les affaires *Hofner* (CJCE 23 avril 1991, aff. C-41/90, Rec. p. I-1979), *Merci Convenzionale Porto Di Genova SpA* (CJCE 10 décembre 1991, aff. C-192/90, Rec. p. I-5889), *RTT c. GB-INNO BM* (CJCE 13 décembre 1992, aff. C-18/88, Rec. p. I-5941), *Corbeau*, (CJCE 19 mai 1993, aff. C-320/91, Rec. p. I-2563 et *Banchemo* (CJCE 14 décembre 1995, aff. C-387/93, Rec. p. I-4663).

<sup>7</sup> Pour une brève vision générale de la question des rapports entre l'art. 86 du Traité et l'activité réglementaire étatique v. L. GYSELEN, "Anti-Competitive State Measures under the EC Treaty: Towards a Substantive Legality Standard", *ELR*, 1994, p. CC 55, à la p. CC 74 et s. Plus spécifiquement, sur la problématique des mesures étatiques conduisant des entreprises publiques ou privilégiées à des abus de position dominante, v. C. M. CHUNG, "The Relationship between State Regulation and EC Competition Law: Two Proposals for a Coherent Approach", *ECLR*, 1995, p. 87. V. aussi: C. BRIGHT, "Article 90, Economic Policy and the duties of Member States", *ECLR*, 1993, p. 263; R. GIESEN, "Statutory Monopolies and EC Competition Law: The Belgian Post Monopoly Case", *ECLR*, 1993, p. 279. Egalement exclue de notre analyse sera la possibilité nouvelle, soulevée par D. TRYANTAFILLOU, *op. cit.* à la note 3, à la p. 69 et s. de transposer dans le domaine des marchés publics la jurisprudence de la Cour sur l'activité réglementaire étatique fondée dans les articles 3 g), 5, 85 et 86.

## II. Enonciation des principes de base en la matière — La «formule Van Eycke»

Il faut, tout d'abord, se concentrer sur les problèmes qui se posent par rapport à l'application de l'article 85 du Traité aux États membres de la Communauté. Il convient de rappeler à ce propos les principes fondamentaux en la matière, tels qu'ils ont été énoncés et synthétisés à l'attendu 16 de l'arrêt *Van Eycke*<sup>8</sup>:

“Il résulte ... d'une jurisprudence constante que l'article 85, lu en combinaison avec l'article 5 du Traité, impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises. Tel est le cas, en vertu de cette même jurisprudence, lorsqu'un État membre soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 85 ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique”.

De cette formule nous pouvons déduire un principe fondamental à deux volets<sup>9</sup>: le premier comporte l'interdiction faite à l'État d'imposer, de favoriser ou de renforcer des comportements anticoncurrentiels des entreprises, ce qui implique une action positive de l'État, ou si on veut, l'existence de mesures étatiques ayant pour objet une sorte d'appropriation des comportements restrictifs de la concurrence convenus par des opérateurs privés. Le deuxième volet se traduit par une interdiction de délégation de sa responsabilité en matière économique. Si la première hypothèse suppose l'existence d'une entente entre entreprises et d'un lien entre celle-ci et la réglementation étatique il en va autrement dans la seconde, où ce lien paraît être dispensable à cause du fait que la délégation de compétences détermine la perte même du caractère étatique de la mesure en cause.

C'est à la lumière de cette distinction clé qu'il faut examiner la jurisprudence de la Cour de Justice sur l'application de l'ensemble normatif constitué par les articles 3 g), 5 et 85 à l'État, laquelle, nous pensons, peut être divisée en cinq étapes fondamentales, correspondantes à un égal nombre d'approches de la Cour à ce problème.

<sup>8</sup> CJCE 21 septembre 1988, *Van Eycke c. ASPA*, aff. 267/86, Rec. p. 4769.

<sup>9</sup> Ce que nous désignerons dorénavant par «formule *Van Eycke*».

## C. ENCADREMENT JURISPRUDENTIEL

### I. L'approche initiale de la Cour de Justice

#### 1. Un pas timide en avant — l'arrêt INNO/ATAB

La jurisprudence sur l'application des articles 85 et 86 à l'État a été inaugurée avec l'arrêt *INNO/ATAB*<sup>10</sup>, dans lequel le débat portait sur une disposition belge qui imposait aux détaillants, lors de la vente des tabacs manufacturés, le respect du prix inscrit sur la bandelette fiscale. La règle en cause, édictée le 3 juillet 1969, avait rendu inutiles divers cartels antérieurs par lesquels producteurs et grossistes de cigarettes essayaient d'imposer aux détaillants l'observation du prix figurant sur les bandelettes fiscales.

La Cour de Cassation de Belgique a posé quelques questions préjudicielles à la Cour de Justice, dont la première portait sur le point de savoir si cette loi était compatible avec les articles 3 f), 5, al. 2 et 86 du Traité<sup>11</sup> et la troisième sur l'éventuelle incompatibilité de la réglementation en cause avec les articles 30 et suivants. C'est l'examen que la Cour a fait du premier problème qui est certainement le plus intéressant par rapport aux objectifs de la présente étude.

Face à une législation ouvertement contraire aux objectifs des articles 85 et 86 du Traité, la Cour n'hésite pas à envisager le problème non seulement sous l'angle traditionnel des articles 30 et 34 mais profite de l'occasion que lui donne la Cour de Cassation de Belgique pour analyser la situation litigieuse sous la perspective du droit de la concurrence, même s'il s'agit, dans le cas d'espèce, d'une norme publique et non privée. Le considérant fondamental qu'il faut tenir en compte à ce propos est le numéro 33 où, après avoir rappelé l'obligation de loyauté découlant pour les États membres de l'article 5, la Cour souligne que malgré le fait que les articles 85 et 86 ne visent que les comportements des entreprises, «il n'est pas moins vrai aussi que le Traité impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des

---

<sup>10</sup> Précité à la note 4. Avant ce jugement de 1977, la Cour, par système, examinait toutes les réglementations étatiques sous l'angle des articles 30 et suivants, en considérant que les articles 85 et 86 constituaient un cadre approprié seulement pour apprécier des comportements d'entreprises.

<sup>11</sup> La juridiction nationale a posé le problème sous la perspective de savoir si la législation en cause traduisait un encouragement de la part de l'État à l'exploitation abusive d'une position dominante par des opérateurs privés. Cela explique la référence à l'art. 86. À notre avis, la situation pourrait être mieux analysée à la lumière de l'art. 85 (lu ensemble avec les articles 3 f) et 5 car l'adoption de la mesure contestée avait été précédée d'ententes contraires à cette disposition et était due à l'initiative d'un parlementaire qui exerçait en même temps les fonctions de secrétaire d'une des associations parties à l'entente.

mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile...» de ces dispositions. Elle conclut ensuite que «les États membres ne sauraient édicter des mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par les articles 85 à 94 du Traité».

Toutefois, pour ce qui concerne le cas concret, la Cour ne tire de ces observations aucune conséquence précise. En effet, après avoir énoncé ces principes de base, elle se limite à affirmer qu'une telle mesure sera de «toute manière normalement incompatible avec les articles 30 et 34 qui interdisent les restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation (...) ainsi que toute mesure d'effet équivalent»<sup>12</sup>. L'affaire *INNO/ATAB* a, partant, essentiellement le mérite de représenter une première position de principe adoptée par la Cour, par laquelle elle admet la possibilité de contrôler les réglementations nationales au regard du droit communautaire de la concurrence.

## 2. Deux pas arrière — le retour à la jurisprudence traditionnelle

Cet arrêt est resté longtemps isolé. À plusieurs reprises, dans de multiples affaires postérieures, la Cour affirma exactement le principe inverse<sup>13</sup>. Appelée à se prononcer à propos de législations nationales relatives, notamment, au régime des prix et tarifs, elle a considéré tout simplement que celles-ci ne posaient aucun problème d'incompatibilité avec les articles 5 et 85 du Traité et qu'il y avait lieu seulement de les examiner sous l'angle de l'article 30<sup>14</sup>.

Cette approche restrictive était particulièrement visible dans une affaire strictement identique à l'affaire *INNO/ATAB*, où il s'agissait d'un problème concernant la loi néerlandaise sur les accises<sup>15</sup>. Dans cet arrêt, la Cour retourne encore une fois à sa jurisprudence traditionnelle et déclare que les dispositions des articles 85 et 86 ne sont applicables qu'aux entreprises et non aux États membres<sup>16</sup>. Digne de note a été la position adoptée par la Commission dans

<sup>12</sup> À l'art. 35.

<sup>13</sup> La philosophie au derrière de cette approche de la Cour est bien illustrée par un commentaire de Y. GALMOT et J. BIANCARELLI, "Les réglementations nationales en matière de prix au regard du droit communautaire", *RTDE*, 1985, p. 269. En effet comme ces auteurs s'interrogent à la p. 293, "à quoi bon, dans ces conditions, instituer un nouveau cadre juridique de contrôle des réglementations nationales de prix (dispositions combinées des articles 3 f), 5, 85 et 86 du Traité), si le même résultat peut être obtenu par l'application de la jurisprudence traditionnelle relative à l'article 30?".

<sup>14</sup> V. à ce propos, entre autres, l'arrêt du 24 janvier 1978, *Van Tiggele*, aff. 82/77, Rec. p. 25 et l'arrêt du 18 octobre 1979, *Hans Buys*, aff. 5/79, Rec. p. 3203.

<sup>15</sup> CJCE 5 avril 1984, *van de Haar*, affaires jointes 177 et 178/82, Rec. p. 1797.

<sup>16</sup> V. l'art. 24.

cette affaire en soulignant que s'il est, par définition, interdit aux États membres d'édicter des mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par les articles 85 à 94 du Traité, ce principe ne s'appliquerait toutefois que lorsqu'il s'agit effectivement des accords visés par cet article. Il est donc clair que la Commission — implicitement suivie par la Cour — semble arriver à la conclusion que l'appréciation des mesures étatiques au regard des articles 3 f), 5, 85 et 86 du Traité dépend de l'existence d'un lien entre ces mesures et des comportements anticoncurrentiels imputables aux entreprises. Cependant, la jurisprudence ultérieure soulèvera quelques doutes en s'orientant en deux directions différentes et pas tout à fait cohérentes. On peut même parler, dans ce contexte, d'une bifurcation de la jurisprudence.

## II. Une phase d'incertitude

Après une période de recul dans lequel, à la fin des années 70 et au début des années 80, la Cour avait retourné à l'examen des réglementations économiques des États membres strictement dans la perspective de la libre circulation, on assiste, à partir de 1985 à une nouvelle tentative de trancher la question sous l'optique de la concurrence. Cette fois-ci, la Cour explore deux voies possibles d'attaquer le problème, donnant origine à deux lignes de jurisprudence.

1. Un premier courant jurisprudentiel — l'exigence d'un lien avec un comportement d'entreprise

Ce premier courant jurisprudentiel confirme l'idée qu'on pouvait retirer d'une lecture d'ensemble des arrêts *INNO/ATAB*<sup>17</sup> et *Van de Haar*<sup>18</sup>, celle de la nécessité d'un lien entre la réglementation étatique et le comportement anticoncurrentiel privé pour qu'on puisse considérer qu'il y a une violation des articles 3 f), 5 et 85 du Traité. En ce contexte, on doit faire référence à quelques arrêts fondamentaux.

- a) L'arrêt *BNIC/Clair*<sup>19</sup>

Dans cette affaire la Cour a adopté une approche relativement timide vis-à-vis d'une réglementation nationale française qui étendait un accord

---

<sup>17</sup> Précité à la note 4.

<sup>18</sup> Précité à la note 15.

<sup>19</sup> CJCE 30 janvier 1985, *BNIC c. Clair*, aff. 123/83, Rec. p. 391.



conclu au sein d'un organisme interprofessionnel à d'autres opérateurs économiques du secteur <sup>20</sup>.

L'organisme en question était composé de représentants des professions impliquées dans la production et commerce du produit en cause — le cognac. Leur choix était fait par le ministre de l'Agriculture (parmi les noms indiqués dans une liste élaborée par les organisations professionnelles intéressées), qui nommait encore le président et un commissaire du gouvernement pour y siéger. Les membres du BNIC étaient regroupés en deux catégories ou «familles», celle des négociants et celle des viticulteurs, lesquelles avaient la possibilité de conclure des accords qui pouvaient être étendus par arrêté ministériel à tous les membres des professions intéressées. Suivant la procédure prévue à la loi, les deux familles et le directeur du BNIC ont arrivé à la signature d'un accord fixant le prix minimum des eaux-de-vie, des vins de distillation et du cognac. Après approbation au sein du BNIC, cette convention a été étendue par le ministre à tous les opérateurs économiques des secteurs concernés.

La question de l'incompatibilité de cet accord et de l'intervention du ministre avec les règles de concurrence du Traité a été soulevée dans le cadre d'un litige opposant le BNIC à un négociant qui avait acheté à divers viticulteurs des eaux-de-vie à des prix inférieurs à ceux fixés par l'arrêté.

Dans le cas d'espèce, la Cour a estimé que l'accord en question constituait, indépendamment de l'intervention d'un acte de l'autorité publique destiné à lui conférer un effet obligatoire vis-à-vis des tiers, un accord entre entreprises ou associations d'entreprises et que comme tel l'article 85 l'était applicable de plein droit <sup>21</sup>. À ce propos il convient de rappeler ce qu'elle a dit pour droit à l'attendu 19:

“L'article 85 doit être interprété comme visant un tel accord, dès lors qu'il a été négocié et conclu par des personnes qui, bien que nommées par l'autorité publique, avaient fait l'objet, à l'exception des deux nommés directement par le ministre, de propositions de désignation par les organisations professionnelles directement concernées et qui, par suite, devaient être regardées, en fait, comme représentant ces organisations lors de la négociation et de la conclusion de cet accord”.

---

<sup>20</sup> Pour un commentaire détaillé de cet arrêt, v. la note de J. E. DE COCKBORNE, *RTDE*, 1985, p. 396.

<sup>21</sup> V. l'att. 17.

En pratique, la Cour s'est abstenue de se prononcer sur la mesure étatique litigieuse et s'est limitée à apprécier le problème sous l'angle du comportement des entreprises impliquées en considérant qu'il était contraire à l'article 85<sup>22</sup>.

b) L'arrêt *Asjes*<sup>23</sup>

Dans cette affaire la Cour a eu l'occasion, pour la première fois, de préciser que l'obligation pour les États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles sur la concurrence est violée, notamment, «si un État membre impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 85 ou en renforce les effets»<sup>24</sup>. C'est l'énonciation du principe de base qu'on pourrait trouver plus tard en tant que premier volet de la «formule *Van Eycke*»<sup>25</sup>.

Il s'agissait, dans le cas d'espèce, d'une mesure nationale française homologuant des tarifs de navigation aérienne, lesquels avaient été préalablement l'objet d'un accord entre des opérateurs privés. Quelques compagnies aériennes et agences de voyages avaient vendu des billets à des prix inférieurs à ceux qui avaient été fixés et ont été poursuivies au pénal pour cela. Le tribunal criminel français a posé à la Cour de Justice une question très générale: est-ce que les tarifs en cause sont en conformité avec le droit communautaire?<sup>26</sup>

La Cour a choisi de traiter le problème sous l'optique d'une éventuelle violation par l'État des articles 3 f), 5 et 85, mais en pratique, aucune réponse spécifique n'a été donnée en ce qui concerne le cas concret, car elle a estimé que, dans le domaine des transports aériens, à défaut de règlements d'application, le juge national ne pouvait appliquer l'article 85 directement: cette disposition ne pourrait être appliquée que par la Commission ayant pour base l'article 89 ou par les autorités nationales ayant pour base l'article 88.

La Cour a néanmoins conclu, à l'attendu 76, que «l'homologation des tarifs est une manière de renforcer une entente, s'il est constaté, sur la base de

---

<sup>22</sup> V. l'att. 23, où la Cour considère que «l'intervention d'un acte de l'autorité publique (...) ne saurait avoir pour effet de soustraire celui-ci (l'accord restrictif de la concurrence) à l'application de l'art. 85, par. 1er».

<sup>23</sup> CJCE 30 avril 1986, *Asjes*, affaires jointes 209 à 213/84, Rec. p. 1425.

<sup>24</sup> À l'att. 72.

<sup>25</sup> V. *supra* à la p. 19.

<sup>26</sup> À l'att. 5.

l'article 88 ou de l'article 89, que ces tarifs sont établis à travers des concertations incompatibles avec l'article 85.»<sup>27</sup>

c) L'arrêt *Vlaamse Reisbureaus*<sup>28</sup>

Ici, il s'agissait d'un litige portant sur une réglementation qui interdisait aux agents de voyage en Belgique de céder à leurs clients une partie ou la totalité de la commission qui leur revenait comme résultat de l'exercice de leur activité professionnelle. La Cour a constaté que la réglementation étatique en cause reprenait le contenu d'un système d'accords précédemment existant entre des entreprises de ce secteur.

Même s'il n'était pas sûr que l'accord conclu en 1963 était encore en vigueur au moment du litige, la Cour a jugé suffisant qu'il était démontré que l'accord ait été à l'origine de la disposition en question. Concrètement, elle a trouvé que le texte de la loi belge satisfaisait ce critère, car il faisait référence expresse à l'interdiction préalablement convenue entre les agents de voyage. En synthèse, la Cour a considéré que la transformation d'une obligation purement contractuelle en une obligation légale avait pour effet de renforcer les accords préexistants et était comme telle contraire aux articles 5 et 85 du Traité.

d) L'arrêt *BNIC/Aubert*<sup>29</sup>

Les faits de cette affaire sont très similaires à ceux qu'on a vus dans l'affaire *BNIC/Clair*: un organisme représentant des associations commerciales fixait des quotas de production, lesquels étaient postérieurement homologués par une mesure gouvernementale. L'organisme en cause était de nouveau le Bureau National Interprofessionnel du Cognac. Le litige avec Aubert dérivait du fait que celui-ci avait, dans sa production vinicole, excédé son quota.

La Cour a réaffirmé le principe établi dans l'arrêt *BNIC/Clair*<sup>30</sup>, selon lequel l'accord entre les entreprises concernées était contraire à l'article 85,

---

<sup>27</sup> Décidée quelques mois après *Van Eycke*, l'affaire *Ahmed Saeed* (CJCE 11 avril 1989, aff. 66/86, Rec. p. 803), concernait également l'homologation par des autorités aéronautiques de tarifs convenus par des opérateurs économiques privés de manière contraire à l'art. 85. Dans cet arrêt, la Cour confirme le principe énoncé dans l'affaire *Asjes* en lui donnant une formulation encore plus explicite. En effet, la Cour dit pour droit, à l'attendu 49 de cet arrêt, que les autorités publiques ont l'obligation de «s'abstenir de toute mesure qui pourrait être considérée comme un encouragement aux compagnies aériennes à conclure des accords tarifaires contraires au Traité».

<sup>28</sup> CJCE 1 octobre 1987, *Vlaamse Reisbureaus*, aff. 311/85, Rec. p. 3801.

<sup>29</sup> CJCE 3 décembre 1987, *BNIC c. Aubert*, aff. 136/86, Rec. p. 4789.

<sup>30</sup> *BNIC/Clair*, précité à la note 19, à l'att. 19.

mais elle est allée plus loin, en précisant que la réglementation étatique qui étendait l'effet obligatoire de cet accord en face des tiers était elle-même incompatible avec l'ensemble normatif constitué par les articles 3 f), 5 et 85<sup>31</sup>. Cela étant certains auteurs concluent que, l'intervention de l'État, par voie d'une mesure conduisant à un comportement restrictif de la concurrence de la part des entreprises, étant elle-même illégale, n'exclut pas l'illégalité de l'action de ces entreprises<sup>32</sup>. À ce propos nous croyons qu'une distinction essentielle tenant compte du type de mesures étatiques en question s'impose. En effet, si la réglementation se traduit par une vraie imposition ou par une forte incitation de comportements anticoncurrentiels privés la liberté des entreprises concernées est si limitée que l'entente en cause ne correspond pas à un vrai souhait de leur part et il semble juste d'admettre que la mesure en cause puisse avoir l'effet de les soustraire à l'application de l'article 85. En ce qui concerne ce type de réglementations la solution proposée suit la jurisprudence existante en la matière, selon laquelle les entreprises ne peuvent pas être condamnées à des amendes par la Commission si le comportement qu'on leur reproche est en fait imposé par la puissance publique<sup>33</sup>.

Par contre, ce principe d'immunité des entreprises en cas d'intervention de l'autorité publique ne se justifie plus, à notre avis, dans des situations comme celles des affaires *BNIC*, dans lesquelles l'initiative des accords était imputable aux opérateurs privés et le législateur s'est limité à confirmer cet accord. En appui de cette idée nous pouvons invoquer l'arrêt *VBVB-VBBB*<sup>34</sup>, où la Cour a dit pour droit que «des pratiques d'entreprises privées, même tolérées ou approuvées par l'autorité publique d'un État membre (ne sauraient) s'imposer dans l'application des règles de concurrence du Traité»<sup>35</sup>. La même

---

<sup>31</sup> Aux attendus 22 à 24.

<sup>32</sup> Dans ce sens, G. MARENCO, "Le Traité CEE interdit-il aux États membres de restreindre la concurrence?", *CDE*, 1986, p. 285 et s. et L. GYSELEN, *op. cit.* à la note 7, à la p. CC 62. Contre, C. PAULIS, "Les États peuvent-ils enfreindre les articles 85 et 86 du Traité CEE?", *JT*, 30 mars 1985, p. 209, qui semble partir de l'idée que dans un tel cas, seul l'État ou seule l'entreprise enfreint le Traité. Sur ce point, v. aussi: N. REICH, "The «November Revolution» of the European Court — *Keck, Meng and Audi Revisited*", *CMLR*, 1994, p. 459, à la p. 488.

<sup>33</sup> Le point de référence fondamental en cette matière est l'arrêt *Suiker Unie* (CJCE 16 décembre 1975, affaires jointes 40-48, 50, 54, 56, 111, 113 et 114/73, Rec. p. 1663), où la Cour a souligné l'importance dans l'appréciation de la gravité de l'infraction «du contexte réglementaire et économique du comportement incriminé». Ce principe a été réaffirmé postérieurement, notamment dans les arrêts *Van Landewijck e.a. c. Commission "Fedetab"* (CJCE 29 octobre 1980, affaires jointes 209-215 et 218/78, Rec. p. 3262), *SSI c. Commission* (CJCE 10 décembre 1985, affaires jointes 240-242, 261, 262, 268 et 269/82, Rec. p. 3831) et *NSO c. Commission* (CJCE 10 décembre 1985, aff. 260/82, Rec. p. 3801).

<sup>34</sup> CJCE 17 janvier 1984, affaires jointes 43/81 et 63/82, Rec. p. 19.

<sup>35</sup> À l'att. 40.

ligne de raisonnement est une constante dans la pratique décisionnelle de la Commission <sup>36</sup>.

2. Un deuxième courant jurisprudentiel — une approche objective aux mesures étatiques restrictives de la concurrence

Animée, peut-être, par le souci d'appréhender la plupart des mesures possibles comme étant en contradiction avec la combinaison des articles 3 f), 5 et 85, la Cour a essayé aussi, à un certain point, une approche objective à ce problème, faisant abstraction de l'existence d'un lien entre la mesure étatique critiquée et le comportement anticoncurrentiel privé. Nous faisons référence à la jurisprudence *Leclerc* de janvier 1985, laquelle se compose de deux jugements de grande importance en la matière: l'arrêt *Leclerc-livres* <sup>37</sup> et l'arrêt *Leclerc-carburants* <sup>38</sup>. Nous proposons de commencer notre analyse par cette dernière affaire en laissant *Leclerc-livres* pour un moment postérieur.

a) L'arrêt *Leclerc-carburants*

Dans cette affaire, la réglementation étatique en cause prévoyait, comme nous l'avons déjà souligné, un prix minimum pour la vente de carburants aux consommateurs. L'imposition de ce genre de prix avait naturellement pour but de maintenir artificiellement en vie des stations d'essence marginales qui seraient incapables de survivre dans une situation de libre concurrence de prix sur le marché <sup>39</sup>.

Un Centre *Leclerc* se livrant à l'exploitation des stations d'essence dans le cadre de supermarchés a été assigné en justice pour avoir vendu des carburants à des prix inférieurs aux prix fixés par la réglementation. Il a suscité le problème de l'incompatibilité de cette législation avec le droit communautaire devant le tribunal national, qui a posé à la Cour de Justice une question préjudicielle

---

<sup>36</sup> V. à titre d'exemple la décision «assurance-incendie» du 5 décembre 1984, JO n° L 35 du 7 février 1985, p. 20.

<sup>37</sup> CJCE 10 janvier 1985, *Leclerc c. Au Blé Vert*, aff. 229/83, Rec. p. 1.

<sup>38</sup> CJCE 29 janvier 1985, *Cullet c. Leclerc*, aff. 231/83, Rec. p. 305.

<sup>39</sup> V. à ce propos G. MARENCO, *op. cit.* à la note 32, à la p. 287.

concernant les articles 3 f) et 5 du Traité<sup>40</sup>. L'argument soutenu par Leclerc était simple: si l'article 85 du Traité interdit aux entreprises de s'entendre pour arriver à la fixation des prix, est-ce que son effet utile ne sera tantôt compromis par une réglementation étatique aboutissant au même résultat?<sup>41</sup>

La Cour de Justice estime que la réglementation en cause ne visait pas à imposer la conclusion d'accords entre fournisseurs et détaillants mais, au contraire, qu'elle confiait «la responsabilité de fixer les prix aux autorités publiques». Pour le faire ces autorités devaient se baser sur une série d'éléments de différente nature, parmi lesquels figuraient les prix de reprises fixés par les fournisseurs. Toutefois, la Cour considère que ce facteur «ne prive pas une réglementation comme celle litigieuse en l'espèce de son caractère étatique et n'est pas susceptible d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises».

Elle conclut par la suite:

“Il s'ensuit que l'article 5, en combinaison avec les articles 3, sous f, et 85 du traité, n'interdit pas aux États membres de régler la fixation des prix de vente au détail d'une marchandise de la manière prévue par la réglementation litigieuse au principal. Il reste à apprécier une telle réglementation au regard des dispositions du traité concernant la libre circulation de marchandises”<sup>42</sup>.

On arrive donc à la conclusion que l'effet utile de l'article 85 n'est pas compromis par des mesures étatiques produisant les mêmes effets d'une entente que si ces mesures représentent une sorte d'aval de la part de l'État aux pratiques interdites des opérateurs privés, comme il serait le cas si, par exemple, la mesure étatique constituait un encouragement à la conclusion d'une entente.

Cela étant, on ne peut pas oublier qu'au moins en théorie on pourrait concevoir un autre moyen d'attaquer ce type de réglementation (laquelle est,

---

<sup>40</sup> La Cour de Justice a également examiné le problème sous l'angle de l'art. 30, arrivant à ce titre, à trouver dans les critères de fixation des prix minima un motif d'incompatibilité avec le droit communautaire. Compte tenu du fait que cette partie de l'arrêt concerne une problématique différente de celle qui constitue l'objet de notre étude, il n'y a pas lieu ici de s'arrêter sur ce point. V. sur l'application de l'art. 30, P. MANIN, “Le prix de vente des carburants en France devant le juge européen”, *DPCI*, 1985, p. 637. Sur la question complexe de l'articulation entre le régime des articles 30 et s. et les articles 85/86 v. D. WAELBROECK, “Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE”, in: *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum P. Pescatore*, 1987, p. 781.

<sup>41</sup> V. l'att. 12.

<sup>42</sup> À l'att. 16.

en fait, sans aucune doute, restrictive de la concurrence), en se fondant exclusivement sur le dispositif de l'article 3 f)<sup>43</sup>. Cependant, la Cour refuse de suivre cette voie en affirmant que cette disposition «fait partie des principes généraux du marché commun qui sont appliqués en combinaison avec les chapitres respectifs du traité destinés à mettre en oeuvre ces principes» et que l'objectif d'établissement d'un régime de concurrence non-faussée qu'il énonce se trouve «explicité notamment par les règles de concurrence»<sup>44</sup>, c'est-à-dire, les articles 85 à 94 du Traité. Comme le souligne G. Marengo<sup>45</sup>, le principe est ainsi fixé pour l'avenir: «l'article 3 f) se limite à annoncer des règles spécifiques, parmi lesquelles on chercherait en vain une interdiction générale faite aux États membres de restreindre la concurrence».

b) L'arrêt *Leclerc-livres*<sup>46</sup>

Dans cette affaire, la législation française examinée par la Cour prévoyait pour les éditeurs ou les importateurs l'obligation de fixer pour chaque livre le prix de vente au détail à pratiquer par les libraires<sup>47</sup>. Encore une fois, l'objectif de la mesure était de protéger les petits détaillants de la concurrence impitoyable des grandes surfaces. Cependant, il faut signaler une différence fondamentale entre les faits de cette affaire et ceux de *Leclerc-carburants*: si pour l'essence, c'étaient les autorités publiques qui fixaient elles-mêmes les prix, le système était différent pour les livres et on pouvait y trouver une vraie délégation de compétence au profit des éditeurs ou importateurs qui restaient les seuls responsables pour la fixation des prix.

Leclerc a été assigné en justice pour avoir vendu des livres à un prix inférieur au prix minimum et a soutenu devant la Cour de Justice l'incompatibilité de la réglementation française avec les articles 3 f), 5 et 85 du Traité<sup>48</sup>.

La Commission, à son tour, soutenait qu'étant donné que l'article 85 ne visait que des comportements d'entreprises et non des mesures étatiques, ce type de mesures pourrait être considérées comme contraire aux articles 5 et 85

<sup>43</sup> En effet, la question du juge national ne mentionnait pas l'art. 85, mais seulement l'art. 3 f).

<sup>44</sup> À l'att. 10.

<sup>45</sup> *Op. cit.* à la note 32.

<sup>46</sup> Précité à la note 37.

<sup>47</sup> Des arguments très différents ont été invoqués par des parties intervenants dans le litige. Pour un ample et clair exposé de ceux-ci, v. Y. GALMOT et J. BIANCARELLI, *op. cit.* à la note 13, à la p. 297 et s.

<sup>48</sup> Selon M. Leclerc cette loi devrait être examinée au regard des règles de concurrence du Traité puisqu'elle instituait un régime collectif de prix imposés en contradiction manifeste avec celles-ci. V. l'att. 10.

seulement dans des circonstances exceptionnelles comme, par exemple, dans le cas où la réglementation étatique aurait pour objet spécifique de permettre aux opérateurs privés de se soustraire aux règles de la concurrence.

Il était évident que, dans ce cas, il n'existait aucune entente entre les opérateurs économiques en cause, mais tout simplement une fixation unilatérale de prix par les éditeurs ou importateurs. En conséquence, on ne pouvait pas dire qu'on était en présence d'une mesure visant à imposer, favoriser ou renforcer la conclusion d'accords préexistants car ceux-ci n'existaient pas. La Cour rappelle, en fait, que s'il est vrai que l'article 5 impose aux États membres l'obligation de ne pas porter atteinte à l'effet utile des règles de concurrence, cette disposition ne s'applique que dans les cas où une réglementation étatique prévoit un comportement interdit par le Traité. Dans le cas d'espèce, ce que la réglementation requiert est une action unilatérale et pas une forme quelconque de comportement interdit par l'article 85<sup>49</sup>. Par conséquent, il n'est pas possible de considérer que la mesure litigieuse porte atteinte à l'effet utile de cette disposition du Traité<sup>50</sup>.

Néanmoins, la Cour de Justice semble adopter une autre voie de raisonnement. Elle se demande si l'effet utile de l'article 85 ne serait pas compromis du seul fait que la mesure étatique rendait inutiles des comportements anticoncurrentiels des entreprises du secteur, en ayant elle-même et par elle-même un effet nocif sur la concurrence<sup>51</sup>. Par d'autres mots, la question est la suivante: est-ce qu'on peut dire que l'effet utile des règles de concurrence est compromis dans le cas des mesures nationales produisant des effets analogues à ceux qui résulteraient d'un accord ou d'un système d'accords entre les opérateurs économiques du secteur concerné, même si, en pratique, on ne peut pas identifier aucune entente dans le secteur en cause? On arriverait par cette voie à un contrôle des mesures nationales au seul regard des articles 3 f) et 5 du Traité, ce qui ne serait certainement pas sans conséquences très importantes sur tout le système de l'article 85<sup>52</sup>. Le simple fait que la Cour pose le problème

---

<sup>49</sup> À propos de ce raisonnement v. l'att. 14 et l'att. 15, 1ère partie.

<sup>50</sup> Les arguments de la Commission sont explicités à l'att. 12. Elle semble conclure que, dans le cas d'espèce, telles circonstances exceptionnelles ne se vérifient pas et qu'en conséquence, «la compatibilité d'une législation du type de celle litigieuse avec le traité serait donc à examiner dans le seul cadre des articles 30 et suivants». Du point de vue économique, on peut bien douter du bien fondé de cette idée, car il est évident que si le prix est fixé par l'éditeur/importateur la possible concurrence entre détaillants est éliminée et ce même résultat serait contraire à l'art. 85 s'il s'était produit par voie des accords verticaux.

<sup>51</sup> V. la deuxième partie de l'att. 15.

<sup>52</sup> Il ne serait plus nécessaire d'examiner les conditions présentes à l'art. 85, paragraphe 1er.



semble indiquer qu'elle serait prête à accepter cette possibilité, ce qui a été l'objet de sévères critiques de la part de quelques auteurs <sup>53</sup>.

Cependant, la Cour ne fournit pas dans cet arrêt une réponse à cette question en suivant dans la résolution de ce litige un chemin tout à fait différent. En effet, elle a trouvé des raisons pour ne pas mener à bout son raisonnement objectiviste, en considérant qu'en l'absence d'une politique communautaire de fixation des prix dans le marché du livre et étant donné le fait que dans d'autres pays de la Communauté il y avait des systèmes de prix imposés par des ententes privées, les obligations découlant pour les États membres de l'article 5 du Traité n'étaient pas suffisamment déterminées pour leur interdire d'édicter une législation du type concerné <sup>54</sup>.

Le principe fixé, ou tout au moins, implicitement accepté, par la Cour est, incontestablement, troublant. Il paraît maintenant suffisant, pour que la mesure puisse être considérée comme contraire au droit communautaire de la concurrence, d'établir une sorte de rapport de substitution entre la mesure étatique et une potentielle entente dans le secteur en cause, sans qu'aucun lien entre le comportement des entreprises et la réglementation nationale ou même l'existence de cette entente ne soient exigés. La Cour semble admettre la possibilité d'appliquer l'article 5 en combinaison avec l'article 3 f) à des réglementations étatiques en se fondant sur le simple fait qu'elles rendent inutile une entente interdite, même en l'absence d'un lien substantiel entre ces mesures et les comportements restrictifs de la concurrence imputables aux entreprises.

Interprété de façon large cet arrêt ouvre la voie à un alourdissement significatif des obligations des États membres au titre de l'article 5 du Traité. À la limite, on pourrait arriver à une situation où il y aurait lieu de considérer comme contraires au droit communautaire plusieurs mesures étatiques qui, ne visant pas spécifiquement la concurrence, ont des effets indirects sur ses conditions <sup>55</sup>. L'exemple d'école, comme le décrit D. Tryantafillou <sup>56</sup>, «serait la fixation des taux directeurs par la banque centrale qui obéit à des exigences de politique économique et monétaire et ne sert pas à légitimer des ententes privées, tout en rendant inutiles (voire, en se substituant à) ces dernières, puisque les banques privées doivent aligner les taux d'intérêt sur le taux directeur (sans qu'il y ait eu entente entre elles)».

---

<sup>53</sup> V. notamment G. MARENCO, *op. cit.* à la note 32.

<sup>54</sup> V. l'att. 20. La solution ainsi adoptée par la Cour est défendue par Y. GALMOT et J. BIANCARELLI, *op. cit.* à la note 13, à la p. 306.

<sup>55</sup> V. G. MARENCO, *op. cit.* à la note 32, à la p. 294.

<sup>56</sup> D. TRYANTAFILLOU, *op. cit.* à la note 3, à la p. 64. Cf. par le même auteur, *L'activité administrative de la Banque Centrale*, Paris, Litec, 1991, p. 19.

Une approche strictement objectiviste à ce type de mesures porte atteinte au coeur même de la souveraineté étatique en matière d'intervention économique <sup>57</sup>. Le raisonnement proposé par la Cour attribue à l'article 5 un rôle qui nous paraît clairement excessif: celui de reprocher aux États même des mesures qui ne figurent pas parmi celles qui sont interdites par les dispositions portant spécifiquement sur la concurrence, faisant abstraction de tout lien substantiel entre les réglementations étatiques et les comportements anticoncurrentiels privés.

La constatation des dangers inhérents à une telle construction raliée, peut-être, à la volonté de préserver la neutralité du Traité vis-à-vis des compétences réservées aux États en ce domaine, est à la base de la jurisprudence la plus récente sur les réglementations étatiques ayant une incidence sur les conditions de concurrence, laquelle se caractérise, au contraire des affaires *Leclerc*, par une énorme prudence.

Cette polémique subsisterait jusqu'à 1993, moment où la Cour finalement la trancherait par voie des arrêts *Meng* <sup>58</sup>, *Ohra* <sup>59</sup> et *Reiff* <sup>60</sup>.

### III. La codification de la jurisprudence antérieure — L'arrêt *Van Eycke*

Le cadre jurisprudentiel de base que nous venons de décrire est complété et dans une large mesure clarifié par l'arrêt *Van Eycke* <sup>61</sup>, dans lequel, comme nous l'avons vu, la Cour codifie les deux courants jurisprudentiels susmentionnés et énonce les critères fondamentaux à suivre pour apprécier de la compatibilité d'une réglementation étatique avec l'ensemble normatif des articles 3 f), 5 et 85 du Traité.

Le litige concernait essentiellement une mesure étatique belge relative à une exonération fiscale en faveur de la rémunération tirée de dépôts d'épargne, mesure qui était intervenue dans un secteur où il existait des accords interbancaires destinés précisément à limiter les rémunérations de ces dépôts. M. Van Eycke, suivant la publicité faite par la banque ASPA, avait essayé de constituer un tel dépôt, ce qu'il n'a pu faire en vertu de la réglementation en

---

<sup>57</sup> V. *infra*, à la **Conclusion**, nos considérations sur la dimension constitutionnelle économique de la problématique en discussion.

<sup>58</sup> CJCE 17 novembre 1993, *Meng*, aff. C-2/91, Rec. p. I-5751.

<sup>59</sup> CJCE 17 novembre 1993, *Ohra*, aff. C-245/91, Rec. p. I-5851.

<sup>60</sup> CJCE 17 novembre 1993, *Reiff*, aff. C-185/91, Rec. p. I-5801.

<sup>61</sup> Précité à la note 8. V. l'att. 19.

question. Il a assigné ASPA devant la justice belge en soutenant que la loi avait pour résultat de priver l'article 85 du Traité de son effet utile.

La Cour a examiné cette réglementation à la lumière des principes qu'elle avait fixés au considérant 16<sup>62</sup>, vérifiant à la fois, si la mesure en cause avait pour effet de favoriser, imposer ou renforcer les effets d'une entente, ou alternativement, si cette mesure se caractérisait par une délégation de responsabilité en matière économique au profit des opérateurs privés tellement étendue qu'elle perdait son caractère étatique<sup>63</sup>.

Dans le cas d'espèce, la Cour a cependant conclu qu'il n'était pas établi que la réglementation en question ait un effet équivalent à un encouragement de la part de l'État à la conclusion d'accords restrictifs de la concurrence entre les institutions financières concernées, ou qu'elle ait pu «viser ou favoriser la conclusion de nouvelles ententes ou la mise en oeuvre de nouvelles pratiques», ni que la mesure incriminée se soit bornée à en renforcer les effets, en reprenant «totalement ou partiellement à son compte les éléments des accords intervenus entre opérateurs économiques tout en obligeant ou incitant ces opérateurs à en assurer le respect».

En plus, en ce qui concerne le deuxième critère, la Cour a exclu que la circonstance que ladite réglementation avait été adoptée après concertation avec les représentants du secteur était de nature à lui retirer son caractère de réglementation étatique. On ne pouvait pas dire qu'il y avait une délégation de compétences en matière économique au profit des opérateurs privés, car les autorités publiques avaient retenu le pouvoir de fixer elles-mêmes les rémunérations tirées des dépôts d'épargne<sup>64</sup>.

Après *Van Eycke* le cadre légal est relativement clair et témoigne l'approche prudente que la Cour adopte maintenant en la matière. Elle subordonne invariablement la déclaration d'illégalité des réglementations nationales du type visé à la démonstration préalable de l'existence d'un lien entre ces mesures et les comportements anticoncurrentiels imputables aux entreprises. En pratique, cela signifie la confirmation de certains arrêts qu'on a examinés auparavant<sup>65</sup>, où la Cour a indiqué qu'elle considérait que l'effet utile de l'article 85 était compromis en présence de deux conditions cumulatives: (1) l'existence d'une

<sup>62</sup> V. *supra* à la p. 6.

<sup>63</sup> Ce deuxième volet de la «formule *Van Eycke*» s'inspire à la «State Action doctrine» développée dans le droit américain de la concurrence. Pour une analyse de cette doctrine, v. spécialement G. MARENCO, "Government Action and Antitrust in the United States: What Lessons for Community Law?", *LIEI*, 1987, p. 1. V. aussi A. B. HOFFMAN, *op. cit.* à la note 1.

<sup>64</sup> V. l'att. 19.

<sup>65</sup> Nous nous référons essentiellement aux arrêts *Asjes* (précité à la note 23), *BNIC Aubert* (précité à la note 29), *Vlaamse Reisbureaus* (précité à la note 28) et *Ahmed Saeed* (précité à la note 27).

entente contraire à l'article 85, paragraphe 1; (2) une mesure étatique imposant, favorisant ou renforçant les effets d'une telle entente. Pour ce qui concerne ce type de situations il semble donc que l'arrêt *Van Eycke* se limite à donner une expression plus nette à la jurisprudence déjà existante en la matière.

On peut, dans la ligne d'un des plus grands spécialistes en la matière, adresser quelques remarques critiques à la construction théorique de la «formule *Van Eycke*»<sup>66</sup>. Ainsi, nous croyons que cette exigence d'un lien effectif avec un comportement interdit par l'article 85 peut originer des situations de traitement différent de restrictions de la concurrence substantiellement identiques. Il suffit d'imaginer l'hypothèse suivante: dans l'État membre A il y a une restriction de la concurrence basée sur un accord privé; dans l'État membre B, la même restriction est imposée par voie législative ou réglementaire. C'est évident qu'à la lumière de la jurisprudence examinée ci-dessus et en absence de ce lien entre la mesure étatique et l'entente, la Communauté ne peut pas intervenir dans la deuxième situation, ce que conduit inévitablement à des situations de très insouhaitable fragmentation du marché intérieur plaçant les entreprises des États plus interventionnistes dans une situation d'avantage compétitif vis-à-vis celles qui ont leur siège dans les pays dont les autorités tendent à n'exercer aucune influence sur les conditions de concurrence.

Il semble, toutefois, que la présence des deux conditions susmentionnées n'est plus exigée, dans l'hypothèse, qui est restée toujours au stade théorique, où un État membre délègue à des opérateurs privés la responsabilité d'adopter des décisions d'intervention en matière économique. La Cour estime, selon le deuxième volet de la «formule *Van Eycke*», que si l'État adopte une mesure qui donne aux opérateurs privés tous les pouvoirs pour réglementer librement les conditions de concurrence dans le marché, il prive cette même mesure de son caractère étatique et que, par conséquent, il met en danger l'effet utile de l'article 85 du Traité, lu en combinaison avec ses articles 3 f) et 5<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> L. GYSELEN, *op. cit.* à la note 7. Cet auteur se montre très sceptique en face des critères d'appréciation des mesures étatiques ayant une incidence sur la concurrence adoptés par la Cour dans cet arrêt. Il propose une méthode totalement différente de contrôle de ces mesures basée sur un test de légalité substantive. Pour une explication synthétique de ce test, v. *infra* à la p. 40.

<sup>67</sup> Également le deuxième volet de la «formule *Van Eycke*» est susceptible d'être critiqué, car il peut aussi conduire à des situations de traitement différent de restrictions de la concurrence tout à fait semblables. Il suffit de comparer les situations dont la Cour a été confrontée dans les arrêts *Leclerc-carburants* (précité à la note 38) et *Leclerc-livres* (précité à la note 37). Ainsi, tandis que dans la première de ces affaires c'étaient les autorités publiques qui fixaient les prix compte tenu de la nature homogène des produits en cause, dans la deuxième situation cette compétence avait été vraiment transférée au profit des opérateurs privés en vertu du caractère hétérogène du produit en question. Cette différence de réglementation aurait eu pour conséquence, face aux critères définis dans *Van Eycke*, l'interdiction de la deuxième mesure et l'admissibilité de la première simplement à cause d'un élément parfaitement arbitraire – la nature du produit. V. à ce propos, L. GYSELEN, *op. cit.* à la note 7, à la p. CC 65.

La Cour n'est jamais, en face d'un litige concret, arrivée à une telle conclusion. En effet, elle a toujours considéré que l'État avait retenu l'essentiel de ses pouvoirs d'intervention en matière économique. Comme nous aurons l'opportunité de souligner<sup>68</sup>, en présence d'une situation de délégation, il faudra encore caractériser cette délégation, ayant bien présent dans l'esprit la circonstance qu'aujourd'hui il est très commun, un peu partout dans les pays de la Communauté, de trouver des structures paraétatiques prévues par la loi qui décident des conditions de la concurrence<sup>69</sup>. Ce phénomène impose, en effet, un examen au cas par cas du rôle de ces structures, visant à déterminer de sa nature suffisamment publique pour que l'effet utile des règles de concurrence du Traité ne soit pas compromis.

Malgré cet effort de clarification, on peut toujours mettre en doute quel traitement serait donné à une réglementation produisant le même effet qu'une entente en rendant celle-ci inutile. En fin de compte, la possibilité d'acceptation d'une approche purement objective aux réglementations étatiques restrictives de la concurrence suggérée par l'arrêt *Leclerc-livres*<sup>70</sup> reste, même après *Van Eycke*, apparemment ouverte<sup>71</sup>. Cette polémique subsisterait jusqu'à 1993, moment où la Cour finalement la trancherait par voie des arrêts *Meng*<sup>72</sup>, *Ohra*<sup>73</sup> et *Reiff*<sup>74</sup>.

#### IV. Consolidation et clarification — de *Van Eycke* à *Meng*, *Ohra* et *Reiff*

##### 1. Raison d'ordre

Le contenu concret de l'interdiction faite à l'État de ne pas éliminer l'effet utile de l'article 85 du Traité a été, comme nous l'avons décrit, précisé par la voie de plusieurs arrêts préjudiciels de la Cour de Justice<sup>75</sup> (et tout en

<sup>68</sup> V. *infra* à la p. 34.

<sup>69</sup> V. à ce propos le commentaire de D. TRYANTAFILLOU, *op. cit.* à la note 3, à la p. 66.

<sup>70</sup> Précité à la note 37.

<sup>71</sup> Ce ne serait qu'en suivant implicitement les conclusions de son avocat général M. Tesouro dans les affaires *Meng* et *Ohra* que la Cour prendrait position sur ce point. V. *infra* à la p. 30 et s.

<sup>72</sup> Précité à la note 58.

<sup>73</sup> Précité à la note 59.

<sup>74</sup> Précité à la note 60.

<sup>75</sup> Il convient de souligner que la Commission n'a pas encore engagé aucun recours en manquement contre un État au titre de l'art. 169 du Traité en raison d'une réglementation anticoncurrentielle. Elle semble se contenter de présenter des observations dans les procédures de renvoi préjudiciel.

particulier par *Van Eycke* <sup>76</sup>), l'analyse desquels nous permet de conclure que cet effet utile risque d'être éliminé dans deux types de situations:

- (1) Lorsqu'un État membre impose ou favorise la conclusion d'accords restrictifs de la concurrence ou en renforce les effets;
- (2) Lorsqu'il renonce à sa propre réglementation étatique, en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique.

Nous examinerons, par la suite, comment la Cour a appliquée ces critères dans des affaires plus récentes. Nous nous concentrerons en particulier sur trois arrêts fondamentaux — les arrêts *Meng*, *Ohra* et *Reiff*, du 17 novembre 1993, qui viennent confirmer et, dans une très large mesure, donner plus de clarté à la jurisprudence *Van Eycke*.

## 2. Considérations d'ensemble sur les arrêts *Meng*, *Ohra* et *Reiff*

Dans les deux premières affaires étaient en cause les réglementations allemande et néerlandaise interdisant aux intermédiaires d'assurances (dans le premier cas) et aux entreprises d'assurances (dans le deuxième) d'accorder des avantages spéciaux sous quelque forme que ce soit à leurs clients.

M. Meng avait cédé à ceux-ci la commission qui lui était versée par les assureurs relatives à six contrats d'assurance maladie et d'assurance défense et recours. Pour cela il a été poursuivi au pénal. La société d'assurances néerlandaise Ohra était elle aussi poursuivie pour avoir promis et offert des cartes de crédit aux clients qui auraient utilisé ses services.

L'affaire *Reiff* concernait une réglementation allemande sur les transports routiers de marchandises, laquelle faisait intervenir des commissions tarifaires composées d'experts dans la fixation des tarifs de ces transports. Reiff avait violé cette législation.

Dans les trois affaires, la Cour commence par rappeler les principes fondamentaux en la matière, tels qu'ils résultent de l'attendu 16 de l'arrêt *Van Eycke* <sup>77</sup>, en distinguant les deux hypothèses classiques d'incompatibilité des réglementations en cause avec les articles 3 g), 5 et 85 du Traité: soit les mesures étatiques favorisent ou renforcent les effets d'une entente, soit elles délèguent

---

<sup>76</sup> Précité à la note 8.

<sup>77</sup> V. *supra*, à la p. 6.

à des opérateurs privés le pouvoir de décision en matière économique. C'est à la lumière d'une application cumulative de ces deux critères que la Cour examine les réglementations en question, cherchant en même temps à clarifier la question de savoir s'il est toujours nécessaire d'établir l'existence d'un lien substantiel entre la mesure nationale et le comportement privé restrictif de la concurrence. Elle se préoccupe notamment de déterminer si les mesures étatiques litigieuses, une fois confirmée l'inexistence d'un tel lien, tombent ou non en dehors du champ d'application du deuxième critère de la «formule *Van Eycke*».

Examinons de plus près chacune de ces affaires, tenant en compte non seulement les jugements de la Cour de Justice mais aussi les conclusions des avocats généraux, M. Tesouro dans *Meng* et *Ohra* <sup>78</sup>, et M. Darmon dans *Reiff* <sup>79</sup>, assez claires en la matière. On peut même dire que c'est dans les conclusions de M. Tesouro que, pour la première fois, on identifie une réponse précise à la question controversée de savoir s'il est possible de sanctionner les États membres pour des réglementations nationales restrictives de la concurrence quand ces réglementations ne présentent aucun lien avec des comportements d'entreprises.

Compte tenu de la similitude des faits et de l'encadrement juridique des arrêts *Meng* et *Ohra* nous proposons de les examiner conjointement, commençant précisément par une analyse des conclusions particulièrement exhaustives de l'avocat général M. Tesouro.

### 3. Les affaires *Meng* et *Ohra*

#### a) Les Conclusions de l'avocat général M. Tesouro <sup>80</sup>

Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Meng*, M. Tesouro commence curieusement par exclure que la réglementation en cause puisse être reconduite au deuxième critère de la «formule *Van Eycke*». En effet, il considère que la mesure en cause, c'est-à-dire, l'interdiction de céder les commissions, conserve toujours son caractère étatique puisqu'en pratique il n'y a aucune délégation de compétences aux opérateurs privés en la matière. L'interdiction avait été adoptée par le *Bundesaufsichtsamt*, autorité administrative dans la dépendance

<sup>78</sup> Conclusions présentées le 14 juillet 1993 dans les affaires C-2/91 et C-245/91, Rec. 1993, p. I-5773. Ci-après, Conclusions de M. Tesouro.

<sup>79</sup> Conclusions présentées le 14 juillet 1993 dans l'affaire C-151/91, Rec. 1993, p. I-5801.

<sup>80</sup> Précitées à la note 78.

du ministre des Finances et, dans l'opinion de l'avocat général <sup>81</sup> (et aussi de la Cour <sup>82</sup>), elle se suffisait à elle-même.

En ce qui concerne le premier critère de la «formule *Van Eycke*», l'examen qu'il nous propose est plus développé, se concentrant sur la question fondamentale de savoir si, dans le cas d'espèce, il est ou non possible d'identifier un lien substantiel entre la réglementation allemande et les comportements anticoncurrentiels en cause.

L'analyse de M. Tesauro exclut *a priori* la possibilité d'accepter que les mesures litigieuses puissent être considérées comme visant à imposer ou faciliter la conclusion de nouveaux accords ou d'autres comportements privés restrictifs de la concurrence, ce qui n'est pas tout à fait remarquable dans la mesure où la Cour n'est jamais arrivée à la conclusion qu'une mesure étatique rentrait dans ce type de catégorie. En effet, l'application du premier principe de la «formule *Van Eycke*» a été toujours basée sur le critère du renforcement des effets d'une entente et pas sur l'idée que les mesures étatiques imposaient ou de quelque façon conduisaient à la conclusion de ce type de pratiques restrictives de la concurrence.

M. Tesauro se concentre par la suite sur l'examen du problème sous l'angle proposé par la Commission, selon laquelle la situation litigieuse pourrait être caractérisée, par analogie avec une affaire antérieure, comme un renforcement des effets anticoncurrentiels d'un accord préexistant <sup>83</sup>. Il arrive toutefois à une conclusion différente de celle-ci.

En fait, même si les accords intervenus dans le secteur des assurances avaient été conclus seulement dans la branche vie et pas dans les domaines maladie, défense et recours en question dans cette affaire, la Commission avait essayé de présenter la réglementation en cause comme une extension *ratione materiae* de l'entente existante dans la branche vie. L'avocat général a refusé de prendre cette direction, en vertu du fait que la mesure en question n'avait pas été adoptée simultanément pour tous les secteurs d'assurance. Le raisonnement de M. Tesauro est fondé sur l'idée qu'il serait tout à fait artificiel de considérer que les mesures étatiques adoptées en 1934 pour la branche maladie et en 1967 pour la branche défense et recours, auraient eu pour effet

---

<sup>81</sup> Conclusions de M. Tesauro, précitées à la note 78, para. 19.

<sup>82</sup> *Meng*, précité à la note 58, aux attendus 12 et 13.

<sup>83</sup> V. en ce sens l'arrêt *Vlaamse Reisbureaus*, précité à la note 28, où la Cour avait établi que la transformation d'une obligation purement contractuelle dans une obligation légale constituait un cas de renforcement des effets d'accords préexistants, mais que cette conclusion serait légitime uniquement après la constatation de l'existence d'un système d'accords dont la mesure étatique contestée avait repris le contenu.



de renforcer «un accord qui, se rapportant à la seule branche de l'assurance vie, a cessé d'exister — par définition — à partir du moment où il a été (substitué) par les mesures étatiques qui en ont repris le contenu, c'est-à-dire depuis le 10 août 1923»<sup>84</sup>. Il serait absurde d'estimer que les réglementations en cause avaient renforcé les effets anticoncurrentiels d'un accord qui n'était plus en vigueur au moment de leur adoption<sup>85</sup>.

Ecartée l'hypothèse «renforcement», il fallait naturellement conclure qu'il n'y avait aucun lien substantiel entre la réglementation en question et les accords intervenus entre les entreprises travaillant dans la branche vie<sup>86</sup>. *Prima facie* donc, face à la jurisprudence classique en ce domaine, la mesure allemande était parfaitement compatible avec les règles communautaires de la concurrence. Cela n'empêcherait pas, toutefois, M. Tesauro de procéder à une analyse vraiment exemplaire de la problématique de l'éventuelle illégalité de mesures étatiques en l'absence d'un lien avec un comportement d'entreprises<sup>87</sup>.

Il s'agissait, enfin, d'établir si l'obligation des États membres de ne pas priver les règles de concurrence du Traité de son effet utile était violée en présence d'une réglementation étatique qui produisait un effet équivalent à celui d'un accord interdit par l'article 85. Cette disposition n'étant pas applicable en vertu de l'inexistence d'une quelconque sorte de pratique restrictive de la concurrence imputable aux entreprises concernées, l'avocat général va se concentrer sur une possible application autonome des articles 3 g) et 5 du Traité à ce type de situations.

La conclusion à laquelle il arrive n'est pas tout à fait surprenante, compte tenu de la nature très générale de ces dispositions. Ainsi, quant à l'article 5, M. Tesauro souligne, en reprenant une formule utilisée par la Cour dans une affaire de 1971<sup>88</sup>, qu'il «énonce une obligation générale des États membres, dont le contenu concret dépend, dans chaque cas particulier, des dispositions du traité et, partant, en l'espèce, de l'article 85»<sup>89</sup>. L'illégalité de mesures étatiques portant sur la concurrence ne peut pas être fondée sur une application isolée de

<sup>84</sup> Conclusions de M. Tesauro, précitées à la note 78, au para. 20.

<sup>85</sup> V. *infra*, à la p. 31, la position adoptée par la Cour à ce propos.

<sup>86</sup> Conclusions de M. Tesauro, précitées à la note 78, au para. 21. Il ajoute que, même si «les entreprises des autres branches d'assurance ont (poussé) pour obtenir l'adoption de la même interdiction que celle qui existait déjà pour la branche vie, (cette circonstance) ne suffit certainement pas pour établir que les mesures litigieuses sont liées à un comportement interdit par l'article 85 du traité».

<sup>87</sup> Après quelques remarques à propos de l'affaire *Ohra*, dans lesquels il a conclu avec grande simplicité que, dans l'espèce, il n'existait pas un accord auquel la mesure étatique en cause pourrait être rapportée. V. le para. 22.

<sup>88</sup> CJCE 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, aff. 78/70, Rec. p. 487.

<sup>89</sup> Conclusions de M. Tesauro, précitées à la note 78, au para. 24.

cet article. Le même type de raisonnement s'applique en ce qui concerne l'article 3 g), qui se limite à établir un principe/objectif de la Communauté, ensuite précisé dans plusieurs dispositions du Traité, à savoir, les articles 85 à 94 de celui-ci. Cela étant, M. Tesauro conclut que «les éventuels effets anticoncurrentiels de mesures étatiques adressées aux entreprises pourront être censurés, dans la mesure où ils compromettent l'effet utile de l'article 85, uniquement par rapport à la violation des interdictions que ce même article 85, paragraphe 1, impose aux entreprises»<sup>90</sup>.

Finalement, après avoir souligné les inconvénients d'une solution fondée sur le seul effet anticoncurrentiel d'une mesure nationale<sup>91</sup> et reconnu la possibilité de concevoir des situations où l'existence ou non d'une entente se réduit à un donné d'une importance purement formelle<sup>92</sup>, il conclut, en soutenant la jurisprudence classique en la matière, par le «caractère purement résiduel des cas dans lesquels il s'avérait nécessaire de recourir aux articles 3, sous f), 5 et 85, afin de constater l'illégalité d'une réglementation nationale ayant les mêmes effets qu'un accord interdit par l'article 85»<sup>93</sup>. M. Tesauro adopte donc une attitude essentiellement traditionnaliste, suivant de très proche la position adoptée à plusieurs reprises par la Cour en la matière, laquelle se caractérise par une analyse des réglementations nationales de portée économique centrée dans les articles 30 et 59 du Traité. Il déclare que «l'application de l'article 30 ou de l'article 59 ne requiert pas une construction artificielle, puisqu'il s'agit des règles d'interprétation stricte s'adressant aux États membres et permettant un contrôle de la mesure étatique en question sur la base de critères clairs et précis»<sup>94</sup>.

Il semble, par conséquent, raisonnable de conclure que l'application des articles 3 g), 5 et 85 du Traité à ce type de mesures se justifie seulement dans des situations particulières où leur contrôle à l'égard des dispositions portant sur la libre circulation est impossible. La méthode à suivre devra donc être la suivante:

- (1) Examiner si la réglementation étatique tombe dans le champ d'application des articles 30 et s. ou 59 et s. Si la réponse est positive, l'application des dispositions régissant la concurrence n'est pas nécessaire.

---

<sup>90</sup> V. Conclusions de M. Tesauro au para. 25.

<sup>91</sup> V. le para. 27.

<sup>92</sup> V. le para. 28.

<sup>93</sup> Au para. 30.

<sup>94</sup> Au para. 30.

- (2) Si les conditions d'applicabilité des dispositions concernant la libre circulation ne sont pas remplies, la mesure doit être examinée face à l'ensemble normatif des articles 3 g), 5 et 85, respectant les critères définis dans l'arrêt *Van Eycke* et concrétisés par la jurisprudence postérieure.

En suivant cette méthode et confirmant sa réjection d'une approche objective à ces réglementations dans la ligne de la jurisprudence *Leclerc*<sup>95</sup>, M. Tesauro arrive à la conclusion que, dans les deux cas d'espèce devant lui:

“L'article 5, deuxième alinéa, lu en combinaison avec les articles 3, sous f), et 85, paragraphe 1, ne permet pas d'apprécier la compatibilité d'une mesure étatique en l'absence de tout lien avec des comportements anticoncurrentiels de personnes privées, quand bien même cette mesure produirait en elle-même et objectivement un effet équivalant à celui d'un accord interdit en vertu de l'article 85”<sup>96</sup>.

b) Les jugements de la Cour

Dans ses arrêts la Cour a suivi les lignes de solution proposées par son avocat général mais a présenté un raisonnement beaucoup plus laconique, sinon même inexistant, pour y parvenir. Fondamentalement, elle s'est presque limitée à répéter, dans une et l'autre des affaires, les conclusions formulées par M. Tesauro, ce qui semble indiquer qu'elle était, au moins implicitement, d'accord avec la fondation juridique à la base de ces mêmes conclusions.

En synthèse, la Cour a estimé, par rapport au premier volet de la «formule *Van Eycke*», que les réglementations litigieuses ne pouvaient être considérées comme imposant ou favorisant des ententes car les interdictions qu'elles édictaient se suffisaient à elles-mêmes<sup>97, 98</sup>. En plus, considérant qu'aucun

<sup>95</sup> V. les arrêts *Leclerc-carburants* (précité à la note 38) et *Leclerc-livres* (précité à la note 37).

<sup>96</sup> Au para. 33.

<sup>97</sup> *V. Meng*, précité à la note 58, à l'att. 15 et *Ohra*, précité à la note 59, à l'att. 11.

<sup>98</sup> Cette conclusion a été, dans la partie concernant l'affaire *Ohra*, l'objet de quelques critiques de la part de B. VAN DER ESCH, *op. cit.* à la note 1. Ainsi, cet auteur considère à la p. 536 que «cette réglementation donne à l'organisation néerlandaise des intermédiaires en assurances l'arme nécessaire pour discipliner un concurrent désagréable, et c'est donc sur plainte de cette organisation que les poursuites ont été entamées. Les intermédiaires ont dû s'entendre pour engager leur action». Nous sommes, pour l'essentiel, d'accord avec cette opinion, car nous pensons, comme cet auteur, que la Cour (et également l'avocat général) n'a pas convenablement examiné les arguments de *Ohra* dans cette matière et n'a pas vraiment démontré que la réglementation en cause n'avait pas, en fait, été précédée d'un accord.

accord n'était identifiable, en ce qui concerne les entreprises et les intermédiaires d'assurances, les mesures en cause ne pouvaient non plus être reconduites à la catégorie «renforcement des effets d'un accord préalable». Si ce point était évident dans l'affaire *Ohra*<sup>99</sup>, il n'était pas aussi clair en ce qui concerne l'affaire *Meng*, car dans le secteur des assurances vie, un accord visant à interdire les commissions avait été conclu et la Commission avait soutenu, comme nous l'avons déjà souligné, qu'en rendant cet accord applicable à d'autres secteurs la réglementation litigieuse en avait renforcé la portée<sup>100</sup>. La Cour a rejeté cette construction, en affirmant qu'il n'y a renforcement d'une entente par le législateur que lorsque celui-ci «se borne à reprendre les éléments d'une entente intervenue entre les opérateurs économiques (du) secteur»<sup>101</sup>.

La réponse de la Cour laisse entendre qu'elle exige maintenant une identité complète entre le contenu de la mesure étatique en appréciation et l'entente<sup>102</sup> et est elle-même prête à constater l'existence ou l'absence de cette identité, ce qui va manifestement au-delà de la solution proposée dans *Van Eycke*, où la Cour avait tout simplement laissé au juge national de vérifier ce point, en faisant référence seulement à la nécessité d'une grande identité entre la réglementation étatique et l'accord<sup>103</sup>.

En ce qui concerne le deuxième volet de la «formule *Van Eycke*», il faut rappeler qu'une réglementation étatique peut être mise en cause si elle perd son caractère étatique en raison de l'existence d'une délégation de compétences au profit d'opérateurs privés. Il était très clair qu'il n'y avait aucune délégation dans l'affaire *Meng*, car «la réglementation (formulait) elle-même l'interdiction d'accorder des avantages aux preneurs d'assurances et ne (déléguait) pas à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique»<sup>104</sup>. La Cour arrive à la même conclusion dans l'affaire *Ohra*<sup>105</sup>.

---

<sup>99</sup> V. la simplicité avec laquelle la Cour résout la question à l'att. 12.

<sup>100</sup> V. *supra* à la p. 27, l'opinion de M. Tesaurò à ce propos.

<sup>101</sup> *Meng*, à l'att. 19.

<sup>102</sup> Selon B. VAN DER ESCH, *op. cit.* à la note 1, à la p. 538: «l'exigence d'une identité complète entre ententes préexistantes et mesures étatiques consécutives paraît naïve, puisqu'il suffit dorénavant à un État membre de modifier de façon marginale les paramètres de l'entente anticoncurrentielle pour faire échapper la mesure à une incompatibilité avec les obligations de l'article 5, CE. La loyauté fédérale (...) risque d'être minée par des interprétations restrictives de cette nature».

<sup>103</sup> V. *Van Eycke*, précité à la note 8, à l'att. 18.

<sup>104</sup> À l'att. 20.

<sup>105</sup> V. l'att. 13 de cet arrêt. Encore une fois la solution est critiquée par B. VAN DER ESCH, *op. cit.* à la note 1, à la p. 537, qui pense que le système en cause donne des pouvoirs significatifs d'intervention en matière économique aux opérateurs privés concernés.

Ecartée tant une comme l'autre possibilité admises par la jurisprudence classique en la matière de faire tomber les mesures en cause en raison de leur incompatibilité avec les règles communautaires de la concurrence, la Cour dit pour droit que les réglementations en cause ne portent pas atteinte à l'effet utile des articles 3 f), 5 et 85 du Traité <sup>106</sup>.

#### 4. L'affaire *Reiff* <sup>107</sup>

Ici, nous sommes en présence d'une réglementation étatique fixant les tarifs des services de transports routiers de marchandises en Allemagne et interdisant aux transporteurs de s'écarter des prix ainsi déterminés. La particularité de la situation litigieuse consistait dans l'intervention, à la procédure de fixation de ces tarifs, d'une commission d'experts composée de représentants des branches intéressées du secteur de transport de marchandises.

La société *Reiff* n'a pas, à un certain moment, respecté les tarifs applicables, effectuant des transports à des prix inférieurs. Elle a été assignée en justice par l'office fédéral, en vue de l'obtention de la différence entre le prix payé au transporteur et le tarif. C'était dans le cadre de ce litige que la question de la compatibilité de cette procédure de fixation de tarifs avec les articles 3 g), 5 et 85 du Traité a été posée à la Cour de Justice <sup>108</sup>, qui a essayé d'examiner la réglementation allemande face aux deux critères de la «formule *Van Eycke*» <sup>109</sup>.

Ainsi, elle commence par analyser si, dans le cas d'espèce, il était possible d'établir que la mesure en cause se traduisait dans une imposition, favoritisation ou renforcement d'une entente au sens de l'article 85 du Traité. À la lumière de la jurisprudence *BNIC* <sup>110</sup>, auquel la Cour fait référence au considérant 16, on pourrait penser que, compte tenu du fait que les tarifs étaient fixés par les commissions, la réponse à cette question serait de considérer cette mesure comme un renforcement d'un accord restrictif de la concurrence. Cependant, la Cour prend une direction tout à fait différente en suivant les conclusions de l'avocat général M. Darmon <sup>111</sup>.

<sup>106</sup> V. les dispositifs des deux arrêts.

<sup>107</sup> Précitée à la note 60.

<sup>108</sup> V. l'att. 9.

<sup>109</sup> V. l'att. 14.

<sup>110</sup> *BNIC/Clair*, précité à la note 19; *BNIC/Aubert*, précité à la note 29.

<sup>111</sup> Précitées à la note 79. M. Darmon examine de façon détaillée la composition de ces commissions tarifaires, en soulignant les dissemblances entre les circonstances des deux affaires. Pour un exposé plus complet des arguments de l'avocat général, v. B. VAN DER ESCH, *op. cit.* à la note 1, à la p. 535.

Il faut effectivement signaler que, si dans les affaires du cognac, c'étaient vraiment les organisations professionnelles représentées au sein du BNIC qui négociaient et concluaient les accords, homologués par la suite par le ministre de l'Agriculture <sup>112</sup>, dans la présente affaire les membres des commissions tarifaires ne sont pas vraiment des représentants des catégories professionnelles intéressées. En effet, ces commissions sont composées d'experts tarifaires «qui ne sont pas liés par des ordres ou des instructions de la part des entreprises ou associations qui les ont proposés au ministre fédéral des Transports pour nomination. Ces commissions ne sauraient dès lors être considérées comme des réunions de représentants d'entreprises du secteur concerné» <sup>113</sup>. Nous croyons que cette solution n'est pas, peut-être, la meilleure et que, indubitablement, elle n'est pas très réaliste. En fait, il nous semble d'une extrême naïveté de penser que le directeur d'une entreprise s'éloignera des intérêts que celle-ci poursuit à partir du moment où il a été nommé pour une commission de ce type <sup>114</sup>.

En plus, en ce qui concerne le contenu des discussions de ces experts, la réglementation litigieuse ne permettait pas aux commissions tarifaires «de fixer les tarifs en fonction des seuls intérêts des entreprises ou associations d'entreprises de transports, mais leur (imposait) de tenir compte des intérêts du secteur agricole et des moyennes entreprises ou des zones économiquement faibles et mal desservies par les transports» <sup>115</sup>. Cela étant, la Cour conclut qu'il n'y a pas un accord entre entreprises indispensable pour que la mesure puisse être jugée contraire aux articles 5 et 85 du Traité. Il semble donc qu'en face d'une commission constituée d'experts indépendants et agissant en fonction de considérations d'intérêt général, la jurisprudence *BNIC* n'est plus valable <sup>116</sup>.

Il fallait encore examiner si les autorités publiques avaient délégué leurs compétences en matière d'intervention économique aux opérateurs privés. Encore une fois la réponse de la Cour était négative, en raison de tous les pouvoirs retenus par le ministre des Transports, parmi lesquels se trouvaient celui «d'établir les commissions tarifaires (...) décider de leur composition et de

---

<sup>112</sup> V. *supra* à la p. 10.

<sup>113</sup> À l'att. 17.

<sup>114</sup> V. dans ce sens, A. BACH, Case-note on *Meng, Ohra and Reiff*, *CMLR*, 1994, p. 1357, à la p. 1367.

<sup>115</sup> À l'att. 18.

<sup>116</sup> D. TRYANTAFILLOU, *op. cit.* à la note 3, à la p. 66, a bien appréhendé ce phénomène, en remarquant que l'attitude de la Cour amène «à une légitimation des structures associant les milieux intéressés, dans la mesure où les organes collectifs en cause agissent en fonction de l'intérêt général et leur action reste encadrée et surveillée par les représentants de l'État qui peuvent intervenir pour assurer précisément l'intérêt général».

leur structure (...) participer lui-même à leurs réunions» et, à la limite, «si les tarifs décidés par une commission tarifaire ne sont pas conformes à l'intérêt général (...) fixer lui-même les tarifs en se substituant à la commission tarifaire»<sup>117</sup>. Il n'y avait pas donc une délégation de compétences au sens du deuxième volet de la «formule *Van Eycke*»<sup>118</sup>.

## V. La confirmation de la jurisprudence

La jurisprudence la plus récente se limite, pour l'essentiel, à confirmer la position prise par la Cour dans les arrêts qu'on vient d'examiner. Par exemple, la jurisprudence *Reiff* est pleinement confirmée par l'arrêt *Delta Schiffarts*<sup>119</sup>, lequel portait sur une réglementation allemande sur la fixation des tarifs en matière de transports fluviaux. Les éléments de fait dans cette affaire étaient très proches de ceux qu'on a vu dans *Reiff*<sup>120</sup>, les tarifs étant fixés par des commissions de fret. L'analyse de la Cour est basée sur cet arrêt, toujours ayant comme référence les deux critères de la «formule *Van Eycke*» et une application cumulative de ceux-ci.

Ainsi, la Cour commence par examiner l'hypothèse imposition ou favorisation de la conclusion d'une entente contraire à l'article 85, ou renforcement de ses effets, mais elle l'écarte rapidement, compte tenu de l'inexistence d'une entente dans le cas d'espèce<sup>121</sup>. Encore une fois, le facteur décisif qui permet à la Cour d'arriver à une telle conclusion est la composition des commissions. Étant donné que les membres de celles-ci ne sont pas vraiment des représentants des associations professionnelles concernées, elle n'a aucune difficulté de conclure que, dans la situation litigieuse, il n'y a pas un accord au sens de l'article 85 du Traité.

L'examen du scénario «délégation» ne conduit pas non plus à la constatation de l'incompatibilité de la mesure allemande avec les articles 3 g), 5 et 85. Même

<sup>117</sup> À l'att. 22.

<sup>118</sup> V. l'att. 23.

<sup>119</sup> CJCE 9 juin 1994, *Delta Schiffahrts*, aff. C-153/93, Rec. p. I-2517.

<sup>120</sup> V. les attendus 4 à 7.

<sup>121</sup> En l'absence de la vérification d'une entente entre entreprises, les réglementations étatiques ne peuvent pas être contestées sur le terrain du droit de la concurrence. Ce principe est à la base de trois autres arrêts de 1994, où la Cour a considéré qu'il s'agissait de législations édictant des interdictions qui se suffisaient à elles-mêmes. Nous faisons référence aux arrêts *Tankstation't Heutske* (CJCE, 2 juin 1994, affaires jointes C-401 et 402/92, Rec. p. I-2199), *Matteo Peralta* (CJCE, 14 juillet 1994, aff. C-379/92, Rec. p. I-3453) et *Van Schalk* (CJCE, 5 octobre 1994, aff. C-55/93, Rec. p. I-4837).

si, dans la présente affaire, le ministre des transports ne bénéficie pas du droit de participer aux réunions des commissions de fret, il peut néanmoins, fixer lui-même les tarifs, ce qui est suffisant pour que la Cour considère qu'il n'y a aucune délégation de compétences au profit des opérateurs privés. Elle applique un raisonnement identique dans l'affaire *Tankstation't Heutske*<sup>122</sup>, concernant les horaires d'ouverture des stations de service.

Aussi dans son très récent jugement dans l'affaire *Centro Servizi Spediporto*<sup>123</sup>, concernant une loi italienne fixant les prix des transports routiers, la Cour réaffirme l'approche suivie dans *Meng, Ohra* et *Reiff*. En lignes générales, elle examine le cas d'espèce à la lumière des arrêts *Reiff*<sup>124</sup> et *Delta Schiffahrts*<sup>125</sup>, dans le cadre desquels elle avait été confrontée avec des questions similaires portant sur la nature et le rôle d'une structure paraétatique dans la procédure de fixation des tarifs. Elle exclut qu'une «réglementation du type de celle en cause dans l'affaire au principal permet de conclure à l'existence d'une entente au sens de l'article 85 du traité»<sup>126</sup> pour deux raisons fondamentales: (1) la représentation minoritaire des associations des opérateurs économiques, face à la puissance publique dans la composition de ce comité<sup>127</sup>; (2) les propositions du comité doivent suivre un certain nombre de critères d'intérêt public définis dans la loi.

En ce qui concerne le deuxième volet de la «formule *Van Eycke*» la Cour rappelle que le ministre des Transports conserve l'essentiel du pouvoir décisionnel en ce qui concerne la fixation de ces tarifs et il lui appartient d'approuver, rejeter ou modifier les propositions faites par le comité central<sup>128</sup>. Même si la loi italienne en cause reconnaît la possibilité d'accords collectifs intervenant dans le secteur, la Cour considère que ceci «n'a pas pour effet de restreindre la concurrence, mais permet certaines dérogations aux tarifs obligatoires et est dès lors de nature à accroître les possibilités de concurrence»<sup>129</sup>.

On peut bien s'interroger si c'était vraiment la solution la plus cohérente, car en fin de compte, si on accepte l'existence de tels accords on admet

---

<sup>122</sup> Précité à la note antérieure.

<sup>123</sup> CJCE 5 octobre 1995, *Centro Servizi Spediporto*, aff. C-96/94, Rec. p. I-2883. V. aussi, pour des questions semblables, les arrêts *DIP SpA* (CJCE 17 octobre 1995, affaires jointes C-140, 141 et 142/94, Rec. p. I-3257) et *Eso Española* (CJCE 30 novembre 1995, aff. C-134/94, Rec. p. I-4423).

<sup>124</sup> Précité à la note 60.

<sup>125</sup> Précité à la note 119.

<sup>126</sup> À l'att. 22.

<sup>127</sup> V. l'att. 23.

<sup>128</sup> V. l'att. 27.

<sup>129</sup> À l'att. 29.



implicitement que l'État abdique de son pouvoir réglementaire en certaines situations et que ce pouvoir tombe, en fait, dans les mains des opérateurs privés concernés. La Cour ne donne aucune importance à cet aspect et conclut tout simplement, à l'attendu 30 que, dans le cas d'espèce, les pouvoirs publics n'ont pas délégué leurs compétences aux opérateurs du secteur.

## D. Conclusion

La problématique des mesures étatiques anticoncurrentielles a, nous le croyons, une importance fondamentale pour l'ordre constitutionnel économique de la Communauté. Elle soulève des questions de fond en ce qui concerne l'équilibre souhaitable entre, d'un côté, les compétences communautaires en matière d'intervention dans l'économie et notamment sur les conditions de concurrence et, de l'autre côté, les pouvoirs retenus par les États membres en ce domaine <sup>130</sup>. Il s'agit, au bout de compte, de savoir si les États membres, dans l'exercice des pouvoirs qu'ils ont retenu en matière économique au sens large du terme, comprenant la politique monétaire, sociale, industrielle, environnementale, etc., doivent respecter non seulement les règles spécifiques du Traité en matière de libre circulation, mais aussi les règles de concurrence de celui-ci. En d'autres mots, il faut déterminer les limites du pouvoir réglementaire étatique dans le domaine économique.

Selon l'article 4 du Traité, «chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le présent traité». En lisant cette disposition et tenant en compte le fait que les États membres n'ont pas transféré à la Communauté l'essentiel de leurs pouvoirs en matière de politique économique <sup>131</sup>, nous pourrions être très facilement amenés à conclure que la Commission n'aurait aucune compétence pour intervenir en ce domaine. Néanmoins, on a vu que les articles 3 g) et 5 imposent aux États l'obligation de tout faire pour assurer la réalisation des buts de la Communauté en ce qui

---

<sup>130</sup> La Cour a été bien consciente de la dimension constitutionnelle économique de ces problèmes quand elle a ordonné la réouverture de la procédure dans les affaires *Meng, Ohra et Reiff*, en invitant des États Membres et la Commission à se prononcer sur six questions de base concernant la recherche d'un cadre normatif de référence pour les mesures étatiques anticoncurrentielles. Ces questions et leur réponses sont synthétisés dans le Rapport d'audience de l'arrêt *Meng*. Pour une réflexion très elucidative à ce propos, v. A. BACH, *op. cit.* à la note 114.

<sup>131</sup> Les États membres considèrent maintenant, selon la nouvelle rédaction de l'art. 103, paragraphe 1 du Traité, introduite à Maastricht, leurs politiques économiques comme une question d'intérêt commun, assumant l'obligation de les coordonner au sein du Conseil. Cela ne signifie pas qu'ils ont perdu leur souveraineté en ce domaine. Il y a plus de coordination au niveau communautaire mais ce sont toujours les États qui conduisent leurs politiques économiques. V. aussi l'art. 102 A.

concerne l'établissement d'un régime de concurrence non-faussée, ce qui paraît conduire à une conclusion totalement opposée et investir la Commission dans un rôle d'une importance constitutionnelle primordiale, dans la mesure où il lui appartient d'exercer un contrôle rigoureux sur l'activité des États dans le domaine économique <sup>132</sup>.

Une fois examinée la jurisprudence fondamentale en la matière, il faut aujourd'hui conclure que la méthode de contrôle de ces réglementations face au droit communautaire de la concurrence est maintenant appliquée de façon uniforme par la Cour, dans la ligne des arrêts *Meng*, *Ohra* et *Reiff*. Ainsi, premièrement, elle essaye de faire une évaluation de ces réglementations en face des règles concernant la libre circulation, notamment des articles 30 et s. et 59 et s. Il est seulement dans les situations où elle conclut par l'inapplicabilité de ces dispositions au cas d'espèce qu'elle s'engage dans un examen de la réglementation au regard du droit communautaire de la concurrence. Elle cherche à déterminer l'existence d'une éventuelle entente dans le sens de l'article 85 et, ensuite, la réponse étant positive, si elle présente un lien substantiel avec la mesure litigieuse. En cas de réponse négative, la Cour s'engage dans une analyse ayant pour objectif de déterminer si l'État a délégué la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique au profit des opérateurs privés.

Nous sommes d'accord avec B. Van der Esch, que «la Cour a fini par opter pour un lien clair et bien établi entre une entente et une mesure étatique sur le même objet comme condition *sine qua non* d'une violation de l'obligation de loyauté fédérale de l'article 5, paragraphe 2, CE» <sup>133</sup>. Cela étant, la théorie objective de restriction de la concurrence inhérente aux arrêts *Leclerc* <sup>134</sup> peut être clairement écartée du champ des solutions acceptées par la Cour en ce qui concerne les réglementations étatiques de portée économique. Pour qu'on puisse les poursuivre, ces mesures doivent tomber sous une des catégories de la «formule *Van Eycke*», qui constitue encore, comme nous l'avons vu, la base essentielle de la jurisprudence de la Cour en la matière.

On peut bien douter si cette solution est vraiment la meilleure, car le régime de concurrence non-faussée constitue un principe fondamental du marché commun et devrait être sauvegardé de toutes interventions nocives de la part

---

<sup>132</sup> Dans ce sens, v. L. GYSELEN, "State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty's Competition Provisions", *CMLR*, 1989, p. 33, à la p. 35.

<sup>133</sup> B. VAN DER ESCH, *op. cit.* à la note 1, à la p. 540.

<sup>134</sup> V. *Leclerc-carburants* (précité à la note 38) et *Leclerc-livres* (précité à la note 37).

non seulement des entreprises mais aussi des Etats membres <sup>135</sup>. À notre avis, les articles 3 g) et 5 du Traité constituent une base suffisante pour le contrôle des mesures étatiques anticoncurrentielles <sup>136</sup>. Nous pensons qu'en se basant sur ces dispositions la Cour de Justice pourrait ériger une méthode plus efficace pour assurer la neutralité des interventions étatiques du point de vue de la concurrence, fondée sur un test de proportionnalité similaire à celui qu'elle applique dans le contexte de l'article 30. Nous suivons donc la construction qui est proposée par L. Gyselen en cette matière <sup>137</sup>.

En effet, une panoramique d'ensemble du Traité CE révèle que les articles 30 et 85 sont des dispositions complémentaires ayant le même objectif: l'établissement d'un marché commun et l'élimination des distorsions de concurrence existantes à son intérieur. Cette circonstance soutient l'argument que toutes ces distorsions doivent être soumises au même type de test de légalité. On peut donc, en suivant l'auteur susmentionné, imaginer un test de proportionnalité de ces mesures en trois phases. Ainsi, leur contrôle face aux articles 3 g), et 5 se limitera aux réglementations ayant une incidence directe sur les paramètres essentiels de la concurrence, en laissant de côté les réglementations qui affectent les conditions de concurrence de façon purement incidental et également celles qui, même interférant avec ces paramètres de façon directe, poursuivent des objectifs légitimes de politique économique ou monétaire. Finalement ces mesures devraient être encore soumises à un dernier test similaire au test de *Cassis de Dijon* <sup>138</sup>, selon lequel elles seraient acceptables dans la mesure où elles avaient pour but d'autres objectifs légitimes d'intérêt général et constituaient un instrument proportionnel pour les atteindre. En fournissant un cadre unique de référence pour examiner la compatibilité des réglementations étatiques avec le droit communautaire, cette construction est incontestablement beaucoup plus en harmonie avec l'importance constitutionnelle d'un régime de concurrence non-fauscée. Cependant, la Cour, très soupçonneuse des réactions des Etats membres, n'a pas encore démontré aucune intention de suivre par cette voie.

---

<sup>135</sup> Ce principe doit être également respecté par les institutions communautaires. V. l'arrêt *Association de Défense des Brûleurs d'Huiles Usagées* (CJCE, 7 février 1985, aff. 240/83, Rec. p. 531).

<sup>136</sup> V. dans le même sens A. BACH, *op. cit.* à la note 114, à la p. 1372.

<sup>137</sup> L. GYSELEN, *op. cit.* à la note 7, à la p. CC 65 et s.

<sup>138</sup> V. CJCE 20 février 1979, *Rewe (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, Rec. p. 649.



## BIBLIOGRAPHIE

- A. Bach, Case-note on *Meng, Ohra and Reiff*, *CMLR*, 1994, p. 1357.
- C. Bright, “Article 90, Economic Policy and the Duties of Member States”, *ECLR*, 1993, p. 263.
- J. M. Campos, *Direito Comunitário*, vol. III, *O Ordenamento Económico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1991.
- C. M. Chung, “The Relationship between State Regulation and EC Competition Law: Two Proposals for a Coherent Approach”, *ECLR*, 1995, p. 87.
- V. Constantinesco, R. Kovar, J. P. Jacqué et D. Simon, *Traité instituant la CEE — Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1992.
- J. E. de Cockborne, note sur l’arrêt du 30 janvier 1985, *BNIC c. Clair*, affaire 123/83 (prix de commercialisation du cognac), *RTDE*, 1985, p. 396.
- Y. Galmot et J. Biancarelli, “Les réglementations nationales en matière de prix au regard du droit communautaire”, *RTDE*, 1985, p. 269.
- R. Giesen, “Statutory Monopolies and EC Competition Law: The Belgian Post Monopoly Case”, *ECLR*, 1993, p. 279.
- L. Gyselen, “State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty’s Competition Provisions”, *CMLR*, 1989, p. 33.
- L. Gyselen, “Anti-Competitive State Measures under the EC Treaty: Towards a Substantive Legality Standard”, *ELR*, 1994, p. CC 55.
- A. B. Hoffman, “Anti-Competitive State Legislation Condemned under Articles 5, 85 and 86 of the EEC Treaty: How Far Should the Court Go After *Van Eycke*?”, *ECLR*, 1990, p. 11.
- L. Idot, “Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence? À propos de quelques développements récents ...”, *Europe*, janvier 1996, Chron. 1, p. 1.

R. Joliet, “Réglementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire”, *CDE*, 1988, p. 363.

V. Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Fifth Edition, London, Sweet and Maxwell, 1994.

P. Manin, “Le prix de vente des carburants en France devant le juge européen”, *DPCI*, 1985, p. 637.

G. Marengo, “Le Traité CEE interdit-il aux Etats membres de restreindre la concurrence?”, *CDE*, 1986, p. 285.

G. Marengo, “Government Action and Antitrust in the United States: What Lessons for Community Law?”, *LIEI*, 1987, p. 1.

A. Pappalardo, “Measures of the States and Rules of Competition of the EEC Treaty”, *Annual Proceedings of Fordham Corporate Law Institute*, 1984, p. 515.

C. Paulis, “Les Etats peuvent-ils enfreindre les articles 85 et 86 du Traité CEE?”, *JT*, 30 mars 1985, p. 209.

P. Pescatore, “Public and Private Aspects of Community Competition Law”, *Annual Proceedings of Fordham Corporate Law Institute*, 1986, p. 381.

N. Reich, “The ‘November Revolution’ of the European Court of Justice: *Keck*, *Meng* and *Audi* Revisited”, *CMLR*, 1994, p. 459.

D. Tryantafillou, *L’activité administrative de la Banque Centrale*, Paris, Litec, 1991, p. 19 et s.

D. Tryantafillou, “Les règles de concurrence et l’activité étatique y compris les marchés publics”, *RTDE*, 1996, p. 57.

B. Van Der Esch, “Loyauté Fédérale et subsidiarité à propos des arrêts du 17 novembre 1993 dans les affaires C-2/91 (*Meng*), C-245/91 (*Ohra*) et C-185/91 (*Reiff*)”, *CDE*, 1994, p. 523.

D. Waelbroeck, “Application des règles de concurrence du Traité de Rome à l’autorité publique”, *RMC*, 1987, p. 25.

D. Waelbroeck, “Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE”, in: *Du droit international au droit de l’intégration, Liber Amicorum P. Pescatore*, 1987, p. 781.

## ARRÊTS

CJCE 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, aff. 78/70, Rec. p. 487.

CJCE 16 décembre 1975, *Coöperatieve vereniging Suiker Unie UA e.a. c. Commission*, affaires jointes 40-48, 50, 54, 56, 111, 113 et 114/73, Rec. p. 1663.

CJCE 16 novembre 1977, *NV GB-INNO BM c. Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak (ATAB)*, aff. 13/77, Rec. p. 2115.

CJCE 24 janvier 1978, *Van Tiggele*, aff. 82/77, Rec. p. 25.

CJCE 20 février 1979, *Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, Rec. p. 649.

CJCE 18 octobre 1979, *Procureur Général c. Hans Buys*, aff. 5/79, Rec. p. 3203.

CJCE 29 octobre 1980, *Van Landewijck e.a. c. Commission (Fedetab)*, affaires jointes 209-215 et 218/78, Rec. p. 3262.

CJCE 17 janvier 1984, *VBVB-VBBB*, affaires jointes 63/81 et 43/82, Rec. p. 19.

CJCE 5 avril 1984, *van de Haar en Kaveka de Meern*, affaires jointes 177 et 178/82, Rec. p. 1797.

CJCE 10 janvier 1985, *Leclerc c. Au Blé Vert*, aff. 229/83, Rec. p. 1.

CJCE 29 janvier 1985, *Cullet c. Leclerc*, aff. 231/83, Rec. p. 305.

CJCE 30 janvier 1985, *Bureau National Interprofessionnel du Cognac (BNIC) c. Clair*, aff. 123/83, Rec. p. 391.

CJCE 7 février 1985, *Procureur de la République c. Association de Défense des Brûleurs d'Huiles Usagées*, aff. 240/83, Rec. p. 531.

CJCE 10 décembre 1985, *SSI c. Commission*, affaires jointes 240-242, 261, 262, 268 et 269/82, Rec. p. 3831.

CJCE 10 décembre 1985, *NSO c. Commission*, aff. 260/82, Rec. p. 3801.

CJCE 30 avril 1986, *Ministère public c. Asjes e.a.*, affaires jointes 209-213/84, Rec. p. 1425.

CJCE 1 octobre 1987, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus c. Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, aff. 311/85, Rec. p. 3801.

CJCE 3 décembre 1987, *Bureau National Interprofessionnel du Cognac (BNIC) c. Aubert*, aff. 136/86, Rec. p. 4789.

CJCE 21 septembre 1988 *Van Eycke c. NV ASPA*, aff. 267/86, Rec. p. 4769.

CJCE 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen c. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs*, aff. 66/86, Rec. p. 803.

CJCE 23 avril 1991, *Hofner*, aff. C-41/90, Rec. p. I-1979.

CJCE 10 décembre 1991, *Merci Convenzionale Porto Di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli SpA*, aff. C-192/90, Rec. p. I-5889.

CJCE 13 décembre 1992, *Régie des Télégraphes et des Téléphones (RTT) c. SA GB-INNO BM*, aff. C-18/88, Rec. p. I-5941.

CJCE 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, Rec. p. I-2563.

CJCE 17 novembre 1993, *Meng*, aff. C-2/91, Rec. p. I-5751.

CJCE 17 novembre 1993, *Bundesanstalt für den Guterfernverkehr c. Reiff*, aff. C-185/91, Rec. p. 5801.

CJCE 17 novembre 1993, *Ohra Schadeverzekeringen NV*, aff. C-245/91, Rec. p. I-5851.

CJCE 2 juin 1994, *Tankstation't Heutske*, affaires jointes C-401 et 402/92, Rec. p. I-2199.

CJCE 9 juin 1994, *Delta Schifffahrts — und Speditiongesellschaft*, aff. C-153/93, Rec. p. I-2517.

CJCE 14 juillet 1994, *Matteo Peralta*, aff. C-379/92, Rec. p. I-3453.

CJCE 5 octobre 1994, *Van Schalk*, aff. C-55/93, Rec. p. I-4837.

CJCE 5 octobre 1995, *Centro Servizi Spediporto c. Spedizione Marittima del Golfo* aff. C-96/94, Rec. p. I-2883.

CJCE 17 octobre 1995, *DIP SpA e.a. c. Commune di Bassano del Grappa et Commune di Chioggia*, affaires jointes C-140, 141 et 142/94, Rec. p. I-3257.

CJCE 30 novembre 1995, *Esso Española c. Comunidad Autónoma de Canarias*, aff. C-134/94, Rec. p. I-4423.

CJCE 14 décembre 1995, *Banchero*, aff. C-387/93, Rec. p. I-4663.