

CONCLUSIONS COMPLÉMENTAIRES DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. GERHARD REISCHL,
PRÉSENTÉES LE 24 JUIN 1980¹

*Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,*

Dans les affaires jointes 253/78 et 1 à 3/79 (Guerlain, Rochas, Lanvin et Nina Ricci), ainsi que dans les affaires 37/79 (Estée Lauder) et 99/79 (Lancôme), nous avons présenté nos conclusions le 22 novembre 1979. Par ordonnance du 16 janvier 1980, la Cour a décidé de rouvrir la procédure orale et elle a invité les parties au principal, les États membres, le Conseil et la Commission à se prononcer sur les questions suivantes:

«Dans l'hypothèse où

- (a) le juge national considère que les accords concernés tombent dans le champ d'application de l'article 85, paragraphe 1;
- (b) les accords en cause dans les affaires jointes 253/78 et 1 à 3/79 et dans l'affaire 99/79 sont à considérer comme 'accords anciens' protégés par la 'validité provisoire';
- (c) les lettres adressées par la Commission aux divers fabricants pour les informer du classement de leurs affaires ne sont pas à considérer comme des décisions d'exemption au sens de l'article 8 du règlement n° 17 ou des attestations négatives au sens de l'article 2 dudit règlement;
- (d) il n'existe aucune probabilité que de telles décisions soient adoptées par la Commission dans un avenir prévisible:
 - 1) La protection dont bénéficient les 'accords anciens' notifiés en temps utile ou dispensés de notifi-

cation fait-elle obstacle à l'application à de tels accords des dispositions du droit interne d'un État membre éventuellement plus strict, à certains égards, que le droit communautaire?

- 2) Les motifs invoqués jusqu'à présent en faveur de la protection provisoire assurée aux 'accords anciens' justifient-ils, dans les conditions indiquées ci-dessus, le maintien indéfini de cette protection à l'encontre de l'application, par une juridiction nationale, des dispositions de l'article 85, paragraphes 1 et 2, du traité?
- 3) Comment résoudre le cas des 'accords nouveaux' notifiés ou dispensés de notification dans les situations envisagées dans question 1 et 2?»

Sur ces questions, nous prenons position comme suit, en complément de nos conclusions du 22 novembre 1979, auxquelles nous nous reportons pour le reste.

I — Sur la première question

Les inculpés dans les procédures au principal 253/78 et 1 à 3/79, ainsi que la défenderesse au principal dans l'affaire 37/79 soutiennent, à propos de cette question, que la protection provisoire de ce qu'il est convenu d'appeler les

¹ — Traduit de l'allemand.

«accords anciens» s'oppose à l'application des dispositions du droit national d'un État membre éventuellement plus strictes que le droit de la concurrence des Communautés. Ils prétendent que, d'après l'article 7 du règlement n° 17, la Commission peut en effet décider à tout moment, avec effet rétroactif, que l'accord ne relève pas de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE ou qu'il doit être exempté en application de l'article 85, paragraphe 3. À leur avis, la protection provisoire se justifie à plus forte raison dans des cas comme ceux de l'espèce, où les entreprises concernées ont modifié leurs accords sur la base de propositions de la Commission.

En revanche, les demandeurs au principal dans les affaires 1 à 3/79, les défenderesses au principal dans l'affaire 99/79, les gouvernements du royaume de Belgique, du royaume de Danemark, de la république fédérale d'Allemagne, de la République française, du royaume des Pays-Bas, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, ainsi que la Commission estiment que les règles plus strictes du droit de la concurrence national s'appliquent dans les cas d'espèce, mais ils avancent des motifs différents.

Les demandeurs au principal dans les affaires 1 à 3/79, les défenderesses au principal dans l'affaire 99/79, le gouvernement fédéral allemand et la Commission sont d'avis que ce droit n'est applicable que lorsque la Commission a décidé de classer l'affaire. Ils déclarent qu'il n'est plus possible de s'attendre alors à ce que, sauf modification substantielle de la situation de fait, la Commission délivre une attestation négative au sens de l'article 85, paragraphe 1, ou prenne une décision d'exemption au sens

de l'article 85, paragraphe 3. Ils pensent que dans de tels cas il n'existe plus de risque que l'application des dispositions plus strictes du droit national puisse mettre en péril les buts du traité dans le domaine du droit de la concurrence.

Quant aux gouvernements britannique, français, danois, belge et néerlandais, ils sont d'avis que la validité provisoire des accords anciens, considérée isolément, n'est absolument pas de nature à faire obstacle à l'application de règles nationales en matière de concurrence plus strictes. Selon le gouvernement britannique, cette conclusion découle déjà du fait qu'un accord peut être privé d'effet par suite de dispositions nationales qui sont totalement étrangères au droit de la concurrence. Il ne voit aucun motif de faire une distinction à cet égard entre les règles de concurrence et les autres dispositions du droit national. Le gouvernement français souligne cet aspect en se reportant à l'arrêt dans l'affaire 59/77 (De Bloos/Bouyer, arrêt du 14. 12. 1977, Recueil 1977, p. 2359) lequel, pour ce qui est des effets juridiques d'un accord ancien notifié ou dispensé de notification, renvoie au droit national applicable à cet accord. Le gouvernement danois observe à ce sujet que même une attestation négative ou une décision d'exemption de la Commission ne fait pas obstacle à l'application du droit de la concurrence national, et qu'il doit donc certainement en être ainsi dans les cas de validité provisoire d'un accord dont la compatibilité avec l'article 85 n'a pas encore fait l'objet d'une décision de la Commission. Le gouvernement belge, enfin, remarque que le droit de la concurrence de la Communauté cherche à réaliser d'autres buts que le droit de la concurrence national. Selon lui, la validité provisoire d'un accord au regard du droit communautaire empêche donc seulement le juge national d'appliquer l'article 85, paragraphes 1 et 2, du traité CEE tant que la Commission n'a pas

engagé de procédure, mais elle ne l'empêche pas d'appliquer d'éventuelles dispositions nationales plus strictes. Il ajoute que si, comme on le reconnaît généralement, les autorités et les tribunaux nationaux peuvent déclarer des accords, pour lesquels la Commission a délivré une attestation négative, privés d'effet selon le droit national, il serait illogique qu'ils ne puissent pas agir de même à l'égard d'accords qui enfreignent en soi l'article 85, paragraphe 1, mais qui ont été exemptés par la Commission en application de l'article 85, paragraphe 3, bien qu'ils mettent la concurrence en péril plus gravement que les précédents.

En définitive, nous avons le sentiment que la discussion porte au fond sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, la jurisprudence actuelle de la Cour de justice, à savoir d'une part l'arrêt dans l'affaire 14/68 (Walt Wilhelm et autres / Bundeskartellamt, arrêt du 13. 2. 1969, Recueil 1969, p. 1) et d'autre part les arrêts qui ont été rendus sur la validité provisoire d'accords anciens dans les affaires 48/72 (SA Brasserie de Haecht/Wilkin et Janssen-Haecht II, arrêt du 6. 2. 1973, Recueil 1973, p. 77) et 59/77 (Éts A. De Bloos SPRL/Société en commandite par actions «Bouyer», arrêt du 14. 12. 1977, Recueil 1977, p. 2359), doit être modifiée ou complétée.

A notre avis, il ne devrait pas s'être écarté des principes directeurs, intéressants les présents litiges, qui ont été énoncés au sujet de la *relation entre le droit de la concurrence de la Communauté et le droit national* dans l'arrêt rendu dans l'affaire 14/68 (Walt Wilhelm). D'après ce dernier, l'application du droit national est seulement admise pour autant qu'elle ne porte pas préjudice à l'application sans réserve et uniforme,

dans tout le marché commun, des règles communautaires en matière d'ententes et au plein effet des actes pris ou à prendre en application de ces règles. L'arrêt rappelle en outre que le droit communautaire permet aussi aux autorités de la Communauté d'exercer une action positive, quoique indirecte, en vue de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté conformément à l'article 2 du traité CEE, ce qui vise indubitablement la possibilité de décisions d'exemption en application de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE. Enfin, l'arrêt observe encore que les autorités nationales doivent prendre les mesures appropriées lorsque, durant une procédure nationale, il apparaît possible que la décision par laquelle la Commission mettra fin à une procédure en cours concernant le même accord pourrait s'opposer aux effets d'une décision des autorités nationales.

Avec ces principes ne s'accorde certainement pas la thèse selon laquelle la validité provisoire d'accords anciens ne s'oppose pas à une application large du droit national, même dans la mesure où ce droit relève du domaine du droit de la concurrence, c'est-à-dire cherche à atteindre des buts et à réaliser des objectifs similaires à ceux du droit communautaire de la concurrence. Cette opinion ne peut pas non plus être justifiée en disant qu'une telle application parallèle n'est pas critiquable en raison des finalités partiellement divergentes ou du champ d'application singulier des décisions nationales et de leur effet territorial limité. Il est en effet incontestable, dans la présente espèce, que le démantèlement d'un système de distribution, provoqué par le droit national dans un État membre, doit normalement avoir aussi des effets sur son existence dans d'autres États membres. De même, contrairement à la solution envisagée par le gouvernement danois, il ne nous paraît pas suffi-

sant de renvoyer sous ce rapport à l'obligation de modifier les décisions nationales lorsque des décisions d'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, sont prises par la suite; une décision nationale négative écarte en effet certainement l'effet communautaire de la validité provisoire et nous ne voyons pas comment, en cas d'adoption ultérieure d'une décision au titre de l'article 85, paragraphe 3, la situation juridique nationale pourrait adéquatement être rectifiée avec effet rétroactif.

En ce qui concerne d'autre part la jurisprudence sur la *validité provisoire d'accords anciens*, si l'on considère que les deux arrêts cités tout à l'heure, rendus dans les affaires 48/72 (Haecht II) et 59/77 (De Bloos) déclarent, comme on le sait, que la validité provisoire doit être admise *jusqu'à l'adoption d'une décision par la Commission*, nous pensons qu'il serait indéfendable de s'écarter de cette règle maintenant en alléguant que la période de transition envisagée initialement a entre-temps pris fin. Une telle motivation aurait certainement déjà été pensable lorsque l'arrêt dans l'affaire 59/77 a été rendu (le 14. 12. 1977), mais elle n'a manifestement pas été prise en considération. Si elle était subitement utilisée maintenant, le principe de sécurité juridique, qui a précisément été souligné à diverses reprises dans cette jurisprudence, serait mis en péril. De plus, il ne faut pas perdre de vue que la pratique de décision de la Commission et la jurisprudence n'ont pas encore clarifié complètement tous les problèmes juridiques et qu'une adaptation à temps à cette pratique et à cette jurisprudence par les participants à un accord ne s'est pas encore faite. Ainsi, nous avons entendu de la Commission que quelques cas sont encore à l'examen, pour lesquels une application des articles 6 et 7 du règlement n° 17 avec effet rétroactif est toujours pensable. L'adoption de déci-

sions nationales contraires, à propos de laquelle on se reportera aux principes de l'arrêt 14/68 (Walt Wilhelm), ne serait pas conciliable avec cette situation.

A notre avis, la formule contenue dans les deux arrêts précités, à savoir «jusqu'à la décision de la Commission», peut donc tout au plus être entendue en ce sens qu'il ne doit pas s'agir nécessairement de décisions *formelles*, mais que des avis de classement de l'affaire, comme il y en a eu dans les présentes espèces, suffisent. De toute évidence la Cour est en effet partie de l'idée dans sa jurisprudence qu'au moins lorsqu'un accord en matière de concurrence a été notifié correctement, une décision de la Commission intervient dans chaque cas. Maintenant il est apparu qu'en raison du nombre extraordinaire des dossiers, cette optique ne correspond pas à la réalité. Dans de nombreux cas où, après une modification de l'accord provoquée par la Commission, l'article 85, paragraphe 1, n'a plus été jugé applicable par la Commission, il n'y a pas eu de décisions formelles dans le sens d'attestations négatives parce que, en raison de la procédure un peu lourde, de telles décisions auraient trop encombré la Commission et empêché le service relativement restreint, qui est compétent pour les questions de concurrence, de s'occuper de tâches plus importantes. On s'est donc borné souvent à adresser, comme en l'espèce, des avis de classement signés par un fonctionnaire de haut rang de la Commission. Dans ces conditions, il apparaît parfaitement défendable de ne pas se référer uniquement, en rapport avec la validité provisoire d'accords anciens, à des décisions formelles de la Commission. Au contraire, il est aussi possible de considérer comme suffisant un avis de la Commission qui équivaut quasiment, du point de vue de son effet, à une attestation négative, d'autant qu'un tel avis lie lui aussi la Commission dans une certaine mesure, puisqu'il permet l'exercice ultérieur de la compétence

communautaire seulement en cas de modification des faits et uniquement sans doute, dans ce cas, avec effet *ex nunc*. En présence d'une telle prise de position, mais *seulement* alors, car une pure inaction de la Commission ne devrait pas être analysée comme une délivrance *tacite* d'une attestation négative, il peut donc être supposé, pour des motifs de sécurité juridique, que l'accord en cause est valide du point de vue du droit communautaire et que l'adoption d'une décision d'exemption par la Commission au titre de l'article 85, paragraphe 3, ou la délivrance d'une attestation négative formelle ne sont plus probables. La voie est alors ouverte à l'application du droit national, même s'il est plus strict.

Dans les cas d'espèce qui font l'objet des instances au principal, comme la Commission a constaté, même si ce n'est pas dans des avis formels, que l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE n'était pas applicable après la modification des accords, absolument rien ne s'oppose dès lors à ce que le juge français applique par exemple les règles sur le «refus de vente» si, d'après les développements les plus récents de la jurisprudence dans le secteur des parfums, une telle application se justifie encore. Il y a d'autant moins de doutes à avoir à ce sujet qu'il ne faut effectivement pas s'attendre à ce que, contrairement à l'opinion de la Commission, qui dispose en règle générale de possibilités d'information plus efficaces et qui a une meilleure vue d'ensemble, le juge français en tout cas, car pour le renvoi dans l'affaire néerlandaise la situation semble être différente, parte de l'idée que l'article 85, paragraphe 1, s'applique aux cas qui lui sont soumis. A supposer toutefois que le juge national estime que les éléments constitutifs de l'article 85, paragraphe 1, sont réunis, il faudrait certainement partir de cette idée, pour ce qui est de l'application du droit national, si ce juge aboutit à cette conclusion en considération du fait que

les accords ont été modifiés, c'est-à-dire rendus plus restrictifs, puisqu'il ne pourrait plus être parlé alors d'un accord *ancien* provisoirement valide.

II — Sur la deuxième question

Les inculpés dans les procédures au principal qui sont à l'origine des affaires jointes 253/78 et 1 à 3/79, la défenderesse au principal dans l'affaire 37/79, ainsi que les gouvernements britannique et français soutiennent que la protection provisoire des «accords anciens» devrait aussi être maintenue sans réserve à l'avenir. Les inculpés et la défenderesse dans les instances au principal précitées se réfèrent, à l'appui de leur point de vue, à l'article 7 du règlement n° 17. Le gouvernement britannique met certes la justesse du renvoi à cette disposition en doute, mais il estime que le maintien de la protection provisoire des accords anciens se justifie déjà du fait que le traité ne prévoit, pour ces accords anciens, aucune disposition transitoire à propos de l'article 85, paragraphe 2, et que l'examen des divers cas par la Commission s'effectue avec des retards considérables. D'après le gouvernement français, les paragraphes 1 et 3 de l'article 85 du traité CEE forment un tout indivisible, de sorte que la Commission est en mesure de vérifier les conditions de validité des accords anciens. Il s'ensuit, déclare-t-il, que des particuliers ne peuvent pas mettre cette validité en doute tant que la Commission n'a pas statué.

Les gouvernements belge, danois et allemand, la Commission et les défenderesses au principal dans l'affaire 99/79

prétendent, en revanche, que le maintien de la protection provisoire des accords anciens ne se justifie plus. Le gouvernement danois est d'avis que le maintien de la protection des accords anciens équivaut finalement à un déni de justice à l'égard de ceux à qui les accords anciens sont susceptibles de causer un préjudice. Il fait valoir que l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE est directement applicable et que la procédure de renvoi au titre de l'article 177 assure une application uniforme du droit communautaire. De plus il estime que les parties aux accords anciens ont eu assez de temps pour les adapter aux prescriptions du droit communautaire.

Selon le gouvernement belge, les accords anciens notifiés, qui ne font l'objet ni d'une interdiction ni d'une exemption spécifique ou par catégorie, doivent être traités exactement de la même manière que les accords pour lesquels a été délivrée une attestation négative. Il pense que, tout comme la Commission peut prendre à tout moment, sur la base de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE, une décision interdisant un accord pour l'avenir en raison de l'évolution économique ou juridique, les autorités ou les tribunaux d'un État membre peuvent agir de même.

Le gouvernement fédéral allemand estime que le maintien de la protection provisoire des accords anciens ne se justifie plus lorsque la Commission indique qu'elle ne prendra pas une décision d'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3.

D'après la Commission, la validité provisoire des accords anciens ne dure qu'à partir de la notification, jusqu'à une décision de la Commission. Dès qu'il est

certain, comme dans le cas d'un classement de l'affaire, que la Commission ne prendra pas une décision d'exemption, le maintien de la protection provisoire ne se justifie plus, à son avis. Dans ce cas, déclare-t-elle, les accords anciens peuvent être traités exactement de la même manière que les accords nouveaux notifiés (voir attendus 11 et 12 de l'arrêt du 6. 2. 1973 dans l'affaire 48/72, Haecht II, Recueil 1973, p. 77 et suiv.). Elle observe que le juge national peut alors déclarer l'accord nul en application de l'article 85, paragraphe 2, du traité CEE lorsque l'incompatibilité de l'accord avec l'article 85, paragraphe 1, est hors de doute.

D'après la jurisprudence constante de la Cour, les accords anciens qui existaient lors de l'entrée en vigueur du règlement n° 17, le 13 mars 1962, et qui ont été notifiés à temps, produisent pleinement effet (voir arrêt du 14. 12. 1977 dans l'affaire 59/77, De Bloos/Bouyer, Recueil 1977, p. 2359). Comme nous l'avons déjà dit dans nos conclusions du 22 novembre 1979, un tribunal national peut statuer sur la nullité de pareils accords au titre de l'article 85 seulement après que la Commission a pris une décision sur la base du règlement n° 17.

Nous n'estimons pas défendable d'abandonner la théorie de cette validité provisoire en raison, en quelque sorte, de l'écoulement du temps et nous ne jugeons pas non plus opportun d'uniformiser tout simplement les règles relatives aux accords anciens et aux accords nouveaux, car pour ces derniers les situations de départ et les effets juridiques sont en effet fondamentalement différents (voir les articles 6 et 7 du règlement n° 17). De même lorsque l'examen d'un accord ancien conduit à la conclusion que celui-ci n'est pas compatible, en l'absence d'une modification des circonstances, avec l'article 85, paragraphe 1,

nous doutons qu'il soit correct de le déclarer nul seulement *ex nunc*.

Pour l'application de l'article 85, paragraphe 1, par le juge national, il ne faut pas oublier que dans des cas comme ceux de l'espèce, où la Commission a été d'avis que l'article 85, *paragraphe 1*, ne s'applique pas, un examen au regard de l'article 85, *paragraphe 3*, ne serait absolument pas effectué. S'il devait éventuellement s'avérer maintenant, après des éclaircissements de la Cour de justice sur l'article 85, paragraphe 1, que l'opinion de la Commission sur cet article 85, paragraphe 1, n'est pas exacte, il est toujours pensable qu'une décision au titre de l'article 85, paragraphe 3, soit prise, puisque des demandes en ce sens ont en effet été introduites et que la Commission même n'a pas encore statué sur elles; de surcroît, la Commission pourrait encore exiger, par une décision prise conformément à l'article 7 du règlement n° 17, que les accords soient modifiés de manière à ne plus tomber en tout cas sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, ce qui est aussi possible avec effet rétroactif.

La question décisive pour le juge national est donc de savoir si de pareils actes sont probables. A cet égard, la pratique de décision actuelle et la jurisprudence, entre autres les indications au sujet de l'interprétation de l'article 85, paragraphe 3, qui seront données à ce juge dans la présente procédure, peuvent lui être utiles. S'il arrive alors à la conclusion qu'il ne faut s'attendre ni à une exemption ni à une attestation négative, et qu'il n'existe pas non plus de doutes sérieux sur l'incompatibilité d'un accord avec l'article 85, paragraphe 1, il peut déclarer cet accord nul en application du paragraphe 2. Si, d'après la pratique existante, il ne fait aucun doute pour lui qu'un accord peut être exempté, comme celui-ci doit alors être considéré comme valide, l'application de l'article 85, paragraphe 2, est exclue. Mais si le

juge national éprouve encore des doutes et des hésitations, parce que tous les problèmes de l'article 85, paragraphe 3, y compris ceux relatifs à la distribution sélective organisée en tenant compte de critères quantitatifs, ne sont pas encore clarifiés, il devra sans doute, comme ce serait le cas dans les mêmes conditions pour un accord nouveau, se décider à suspendre la procédure pour qu'une partie puisse provoquer une prise de position de la Commission sur l'article 85, paragraphe 3.

III — Sur la troisième question

D'après les inculpés dans les procédures au principal 253/78 et 1 à 3/79, ainsi que selon les défenderesses au principal dans l'affaire 37/79, les accords nouveaux notifiés devraient être traités exactement de la même manière que les accords appelés anciens. Eux aussi pourraient en effet faire l'objet à tout moment d'une exemption rétroactive de la Commission.

Les gouvernements britannique, danois, belge, français et allemand estiment qu'un droit national de la concurrence éventuellement plus strict peut aussi être appliqué aux accords nouveaux notifiés. Les gouvernements britannique, danois et allemand renvoient à l'arrêt dans l'affaire 48/72 du 6 février 1973 (Haecht II, Recueil 1973, p. 77 et suiv.), selon lequel les accords nouveaux ne bénéficient d'aucune protection particulière. De l'avis du gouvernement français, les accords nouveaux devraient bénéficier au moins d'une certaine protection, ayant la forme d'une «présomption de validité», jusqu'à une décision éventuelle de la Commission. Le gouvernement belge pense que le juge national peut appliquer l'article 85, paragraphe 1, à des accords nouveaux tant que la Commission n'a pas engagé de procédure. Selon la

Commission, le juge national doit examiner d'abord si l'accord en question ne pourrait pas être valide, soit sur la base d'une exemption par catégorie, soit sur la base d'une exemption individuelle. Lorsque tel est le cas, l'accord devrait être considéré comme définitivement valide du point de vue du droit communautaire. Dans l'hypothèse contraire, le juge national pourrait déclarer l'entente nulle lorsque son incompatibilité avec l'article 85, paragraphe 1, ne fait pas de doute et lorsqu'il est certain que les conditions de l'article 85, paragraphe 3, ne sont pas remplies. Lorsque le juge national ne peut pas établir de manière certaine que la compatibilité de l'accord avec l'article 85 est hors de doute, il aurait la possibilité de suspendre la procédure pour donner aux parties l'occasion d'obtenir une prise de position de la Commission, laquelle pourrait alors lui servir de base pour sa décision. D'après la Commission, un droit national plus strict peut toujours être appliqué par le juge national lorsque l'accord est nul au regard du droit communautaire. En revanche, lorsque le juge national arrive à la conclusion que l'entente est définitivement valide, il serait empêché d'appliquer le droit de la concurrence national plus strict.

1. En ce qui concerne d'abord l'application du *droit national*, il faut également s'en tenir, selon nous, aux principes qui ont été élaborés à ce sujet dans l'arrêt 14/68 (Walt Wilhelm et autres/Bundeskartellamt, arrêt du 13. 2. 1969, Recueil 1969, p. 12 et suiv.). Il doit donc être maintenu que l'application de dispositions du droit national est seulement permise «pour autant qu'elle ne porte pas préjudice à l'application uniforme, dans tout le marché commun, des règles communautaires en matière d'ententes et au plein effet des actes pris en application de ces règles». En ce qui concerne le droit national de la concurrence au sens

le plus large, il ne peut pas être allégué à cet égard qu'il concerne seulement les aspects nationaux d'un cas.

Toutefois, dans des cas comme ceux de l'espèce, où l'examen par la Commission a été suivi d'un avis ayant quasiment l'effet d'une attestation négative, rien ne s'oppose effectivement à ce qu'un juge national applique son droit interne éventuellement plus strict. Dans cette situation, ce juge peut en effet partir de l'idée que l'application uniforme des règles communautaires en matière d'ententes ne sera pas affectée, puisque l'autorité communautaire compétente a exprimé l'opinion, même si son appréciation ne lie pas le juge national, que le droit communautaire n'intervient plus après une modification des accords. De même le plein effet des actes pris en application des règles communautaires ne peut plus non plus être affecté dans cette hypothèse, car il ne s'agit certainement pas d'une telle mesure dans le cas d'une communication qui informe les intéressés de l'opinion de la Commission que le droit communautaire n'est pas applicable en ce qui les concerne. En outre, comme il manque alors la probabilité que la Commission mettra fin à la procédure par une décision dont les effets pourraient être entravés par une décision nationale, il n'y a pas non plus de motif, dans ce cas, de prendre des «mesures appropriées» au sens de l'arrêt 14/68, c'est-à-dire de suspendre la procédure en vue d'une décision éventuelle d'exemption assortie d'un effet rétroactif.

2. En ce qui concerne d'autre part l'application de l'article 85, paragraphes 1 et 2, par les tribunaux nationaux dans des cas où la Commission a déjà examiné l'incidence de ces dispositions et est arrivée sous cet angle à un résultat négatif exprimé dans un avis de classe-

ment, il n'y a aucun obstacle, selon nous, à ce qu'un tribunal national applique l'article 85. Les tribunaux nationaux ne sont en effet nullement liés par de tels avis; d'un autre côté, aucun obstacle ne dérive non plus de l'article 9 du règlement n° 17: nous renvoyons sur ce point, d'une part, à l'arrêt dans l'affaire 127/73 (Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs/SV SABAM et NV Fonior, arrêt du 30. 1. 1974, Recueil 1974, p. 51) et, d'autre part, au fait que les procédures devant la Commission, dans la mesure où il y a eu engagement d'une procédure, ont précisément été clôturées par les avis précités.

Dans de pareils cas d'appréciation éventuellement différente de l'applicabilité de l'article 85, paragraphe 1, l'élément décisif, précisément parce que la Commission n'a vu aucun motif d'examiner une possibilité d'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, est l'appréciation de ces possibilités d'exemption par le juge national. Lorsque le juge, éventuellement aidé, comme nous l'avons déjà dit, par la pratique de décision de la

Commission et par la jurisprudence de cette Cour, arrive alors à la conclusion qu'une exemption peut sans doute être attendue, il doit considérer l'accord comme valide, ce qui exclut bien sûr l'application de dispositions nationales plus strictes qui affecteraient la substance d'une telle exemption possible. Si le juge national estime en revanche qu'il n'existe aucune probabilité qu'une décision d'exemption soit prise, s'il n'a donc aucun doute sur l'incompatibilité d'un accord avec les règles de concurrence de la Communauté, il peut certainement, conformément à la jurisprudence dans l'affaire 48/72 (Haecht II, Recueil 1973, p. 77), appliquer l'article 85, paragraphes 1 et 2, et cela pas seulement non plus avec effet ex nunc. Lorsqu'il existe des doutes sur une telle incompatibilité, la seule solution appropriée est de suspendre la procédure, afin de donner la possibilité d'obtenir une prise de position de la Commission clarifiant si la décision de classement est définitive ou si, après l'indication éventuelle de points de vue complémentaires concernant l'interprétation de l'article 85, paragraphes 1 et 3, par cette Cour, les accords sont appréciés différemment.

3. Sur les problèmes additionnels soulevés dans le catalogue de questions du 16 janvier 1980, qui entraîne en effet une certaine modification des réponses que nous avons proposées dans nos conclusions évoquées au début, il peut donc, en résumé, être pris position comme suit:

- a) En cas d'accords anciens, notifiés à la Commission en temps utile ou dispensés de notification, pour lesquels la Commission, après les avoir examinés, n'a pas délivré une attestation négative ni pris une décision d'exemption, mais a déclaré dans une communication administrative qu'elle ne voyait aucun motif d'intervenir en application de l'article 85, paragraphe 1, rien ne fait obstacle, lorsqu'il manque probabilité que la

Commission prendra encore une décision d'exemption, à l'application d'un droit national éventuellement plus strict d'un certain point de vue.

- b) Dans un tel cas, le juge national peut constater la nullité de pareils accords en application de l'article 85, paragraphes 1 et 2.
- c) En cas d'accords nouveaux, notifiés ou dispensés de notification, pour lesquels la Commission, après les avoir examinés, n'a pas délivré une attestation négative ni pris une décision d'exemption, mais a déclaré qu'il n'existait aucun motif d'intervenir à leur encontre en application de l'article 85, paragraphe 1, rien ne s'oppose, lorsqu'une décision d'exemption ne doit pas être attendue, à ce que le droit national soit appliqué à ces accords ni à ce que le juge national constate qu'ils sont nuls en application de l'article 85, paragraphes 1 et 2.