

**prestations des opérateurs économiques, au maintien ou au développement de la concurrence et est susceptible d'affecter le commerce entre États membres.**

	Mertens de Wilmars	Pescatore	Koopmans
Mackenzie Stuart	O'Keeffe	Bosco	Touffait

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 11 décembre 1980.

Le greffier

A. Van Houtte

Le président

J. Mertens de Wilmars

**CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GERHARD REISCHL,  
PRÉSENTÉES LE 15 OCTOBRE 1980<sup>1</sup>**

*Monsieur le Président,  
Messieurs les Juges,*

La procédure sur laquelle nous prenons position aujourd'hui porte sur des problèmes coïncidant largement avec ceux qui ont été débattus dans les affaires 253/78, 1 à 3/79, 37/79 et 99/79, ou qui sont comparables à ceux-ci.

La société L'Oréal, Paris, une des demanderesses au principal, produit et commercialise des articles de parfumerie, de beauté et de toilette. Elle possède une filiale en Belgique, l'autre demanderesse au principal, qui produit et commercialise dans ce pays — à l'instar d'autres filiales de L'Oréal dans d'autres États membres — des produits L'Oréal sur la base de contrats de licence et de savoir-faire conclus avec la société-mère.

Les produits dont il s'agit dans l'instance principale — laque pour cheveux et produits pour soins capillaires de la marque Kérastase — sont commercialisés en Belgique, tout comme dans d'autres États membres, dans le cadre d'un système de distribution sélective. Dans ce système, ces produits ne peuvent être vendus que par des coiffeurs («coiffeurs-conseils»), auxquels L'Oréal assure l'assistance technique nécessaire pour appliquer et conseiller les produits et qui s'obligent à participer aux journées d'information technique organisées par L'Oréal, à veiller à ce qu'un examen systématique soit opéré pour chaque cliente, à respecter les règles d'application des produits ainsi qu'à promouvoir la vente de toute la gamme des produits de la marque. Les coiffeurs-conseils agréés par L'Oréal, auxquels il est formellement interdit de céder les produits en question aux coiffeurs n'ap-

<sup>1</sup> — Traduit de l'allemand.

partenant pas au réseau de distribution, seraient apparemment en Belgique au nombre de 2 500, sur un nombre total de près de 18 000 coiffeurs.

Les accords conclus dans les divers États membres avec les agents généraux ont été notifiés à la Commission au début de l'année 1963. Sur la demande de cette dernière, L'Oréal et ses filiales lui ont communiqué également les conditions de vente applicables aux revendeurs. Après que ces textes eurent été modifiés, conformément au souhait exprimé par la Commission, dans le sens de la suppression d'interdictions d'exporter et d'importer — fussent-elles indirectes — ainsi que de clauses obligeant à respecter certains prix à la vente de produits réimportés ou réexportés, L'Oréal reçut le 22 février 1978 une lettre signée par un directeur de la Commission dans laquelle il était dit, pour l'essentiel, qu'en raison de la part réduite que L'Oréal possède sur le marché des produits de la parfumerie dans les divers États membres et eu égard au grand nombre d'entreprises concurrentes de dimensions comparables, la Commission estimait ne pas devoir intervenir contre le système de distribution au titre de l'article 85, paragraphe 1, du traité de la CEE.

La société De Nieuwe AMCK Reukhandel, ayant son siège à Hoboken, défenderesse à l'instance principale, est grossiste en parfumerie (elle possède apparemment aussi un commerce de détail) et ne fait pas partie du système de distribution créé par L'Oréal. Lorsque les demanderesse au principal découvrirent que cette société vendait en Belgique trois produits de sa marque, à savoir la laque Kérastase en bombe de 370 g, la laque technique Kérastase en bombe de 710 g et le bain d'équilibrage pour cheveux fins et souples Kérastase en flacon de 150 ml, produits qu'elle s'était apparemment procurés aux Pays-Bas où

il existe un système de distribution analogue, elles saisirent le président du tribunal de commerce d'Anvers d'une double action ayant pour objet de faire constater, conformément à la loi belge sur les pratiques du commerce, du 14 juillet 1971, dans le texte du 4 août 1978, que le comportement de la défenderesse au principal était incompatible avec les usages raisonnables du commerce; en outre, elles ont demandé qu'il lui soit interdit d'offrir lesdits produits en vente, de les vendre ou de se les procurer.

La défenderesse au principal soutint, pour sa part, que le système de distribution sélective appliqué par L'Oréal était illégal, car contraire aux règles de la concurrence du droit communautaire. En outre, elle fit valoir que le comportement des demanderesse au principal était constitutif d'un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité de la CEE. Les demanderesse répliquèrent formellement à cette argumentation en se référant entre autres à la lettre de la Commission du 22 février 1978, déjà citée.

Le président du tribunal de commerce décida de surseoir à statuer par ordonnance du 17 janvier 1980 et, conformément à l'article 171 du traité de la CEE, déféra à la Cour les questions suivantes à titre préjudiciel:

- «1. Le système d'accords symétriques de distribution exclusive entre producteurs et importateurs exclusifs, couplé à des réseaux de distribution sélective entre les importateurs nationaux et les détaillants choisis par eux, fondé sur de prétendus critères de sélection qualitatifs ou quantitatifs, au profit de quelques articles de parfumerie parmi toute une gamme, entre-t-il en ligne de compte pour

une exemption au sens de l'article 85, paragraphe 3, du traité de Rome et est-ce le cas en l'espèce, du point de vue du droit communautaire, pour L'Oréal SA (Bruxelles) et L'Oréal SA (Paris)?

2. Une décision de classement émanant d'un fonctionnaire de la Commission des Communautés européennes, comme celle contenue dans la lettre du 22 février 1978, signée par le directeur J. E. Ferry de la «direction générale de la concurrence, direction ententes et abus de position dominante» et adressée à la première demanderesse au principal, a-t-elle force obligatoire?
3. Les exemptions accordées en application de l'article 85, paragraphe 3, doivent-elles être considérées comme une tolérance ou bien créent-elles un droit qui, du point de vue du droit communautaire, est opposable à des tiers, et est-ce le cas pour L'Oréal?
4. Les comportements de L'Oréal à l'égard de tiers peuvent-ils être considérés comme un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité de Rome?

Sur ces questions, nous prenons position comme suit:

#### I — Sur la première question

1. La première question se compose de deux parties, dont la seconde — qui a pour objet de savoir si une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité de la CEE entre en ligne de compte pour les accords conclus par les demanderesse au principal — n'est pas recevable. Elle impliquerait en effet l'application du droit communautaire à un cas d'espèce, ce pourquoi la Cour de justice n'a pas compétence dans le cadre

d'une procédure au titre de l'article 177 du traité de la CEE.

Nous ne pouvons donc analyser que la première partie de la question et rechercher, en tenant compte de certains éléments de la seconde, si une exemption pour un réseau d'accords *du genre* de celui en litige dans l'instance principale est imaginable. Dans ce cadre, il conviendrait de tenir compte de ce qu'il doit y avoir un réseau d'accords parallèles de distribution exclusive conclus dans chaque cas entre un producteur et un importateur exclusif, ce réseau étant couplé à des réseaux de distribution sélective existant entre les importateurs nationaux et certains détaillants, lesquels sont choisis sur la base de prétendus critères de sélection qualitatifs et quantitatifs, et qui n'englobent que certains articles faisant partie d'une large gamme de produits.

2. Une telle question d'interprétation de l'article 85, paragraphe 3, n'est pas irrecevable en principe, encore que l'article 9, paragraphe 1, du règlement n° 17 prescrive:

«Sous réserve du contrôle de la décision de la Cour de justice, la Commission a compétence exclusive pour déclarer les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, inapplicables conformément à l'article 85, paragraphe 3, du traité,»

ce qui signifie que les juridictions nationales n'ont pas compétence pour appliquer la disposition en question.

Nous pouvons ici rappeler nos premières conclusions dans les affaires 253/78 et 1 à 3/79, lesquelles faisaient référence, pour leur part, à l'arrêt dans l'affaire 48/72 (SA Brasserie De Haecht/Wilkin et Janssen, arrêt du 6 février 1973, Recueil 1973, p. 77). Celles-ci ont montré clairement que les tribunaux nationaux sont tenus d'appliquer la disposition d'effet direct de l'article 85,

paragraphe 1, et qu'il peut être indiqué, le cas échéant, dans ce contexte, de surseoir à statuer afin de mettre les parties en mesure de demander à la Commission de définir sa position au titre de l'article 85, paragraphe 3. Les juridictions peuvent, en revanche, y renoncer — ainsi qu'il est dit dans l'arrêt précité —, lorsque l'incompatibilité d'un accord avec l'article 85, paragraphe 1, ne fait aucun doute. Mais il se peut aussi qu'une interprétation de l'article 85, paragraphe 3, soit effectivement importante aux fins de cette question, parce que ce n'est qu'après celle-ci qu'il serait possible de constater qu'une exemption n'entre en aucun cas en ligne de compte et que, partant, la nullité prévue par l'article 85, paragraphe 2, doit jouer sans aucun doute possible.

3. Avant de pouvoir prendre position sur l'application au cas d'espèce de l'article 85, paragraphe 3, le juge national doit, logiquement, rechercher tout d'abord si le paragraphe 1 de cette disposition est, en fait, applicable. Il n'est pas absolument évident que le tribunal de commerce se soit déjà fait, en l'espèce, une opinion certaine à ce sujet; il nous a été dit, en tout cas, que ce point n'avait pas encore été suffisamment examiné et des opinions nettement contraires ont été exprimées à ce sujet dans le cadre de la présente procédure. Aussi — comme la Commission l'a suggéré — devrions-nous partir de l'idée que la question d'interprétation de l'article 85, paragraphe 1, dans la perspective d'accords du genre de ceux qui nous intéressent en l'espèce, est *implicitement* contenue, elle aussi, dans la première question et faire tout d'abord quelques observations à ce sujet.

a) En dépeignant les faits de la cause, nous avons déjà indiqué que la Commission est parvenue à la conclusion que, pour les motifs indiqués, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 85, paragraphe 1. Cette constatation — officieuse — de la Commission constitue, ainsi qu'il a été

souligné dans l'arrêt rendu dans les affaires 253/78, 1 à 3/79, un élément que les juridictions nationales peuvent prendre en considération aux fins de l'appréciation du cas d'espèce et qui possède sans doute aussi un certain poids. Il a cependant aussi été souligné dans l'arrêt en question que cet élément n'empêche pas les juridictions nationales de porter une appréciation différente, laquelle peut se révéler possible à partir des éléments dont ils disposent.

b) Sur l'interprétation de l'article 85, paragraphe 1, du traité de la CEE dans la perspective de systèmes de distribution sélective du type de ceux qui nous intéressent en l'espèce, référence peut également être faite aux arrêts qui ont déjà été rendus par la Cour relativement au secteur de la parfumerie et que nous avons cités d'entrée.

Celle-ci a constaté dans ses décisions — ce qui peut déjà se déduire de l'arrêt 26/76 (Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commission, arrêt du 25 octobre 1977, Recueil 1977, p. 1905) —, que la vente sélective est compatible avec l'article 85, paragraphe 1, lorsque le choix des revendeurs s'opère selon des critères objectifs de nature *qualitative* se rapportant à la qualification professionnelle du revendeur ou du personnel de celui-ci ainsi qu'aux installations de vente, lorsque les conditions d'agrément sont fixées de façon uniforme et ne sont pas appliquées de manière discriminatoire.

De cette jurisprudence (voir l'arrêt dans l'affaire 99/79), il se déduit aussi que l'article 85, paragraphe 1, est applicable en principe lorsque les conditions sont fixées qui vont au-delà des conditions précitées, c'est-à-dire lorsqu'il est fait application de critères de sélection d'ordre *quantitatif*. En ce qui concerne l'examen, nécessaire selon cette jurisprudence, de la question de savoir s'il y a atteinte *sensible* portée au jeu de la concurrence et atteinte *sensible* portée aux échanges intracommunautaires, l'analyse doit, selon ladite jurisprudence,

porter en outre sur d'autres éléments. Ainsi, il faut, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit et de fait, déterminer s'il peut être dit avec un degré suffisant de probabilité d'une entente qu'elle influence directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, les courants d'échange entre les États membres. Hormis cela, dans la perspective d'une modification éventuelle des conditions de concurrence, il convient d'examiner l'aspect que revêtirait la concurrence à défaut de l'entente considérée. Sous cet angle, il faut prendre en considération la nature des produits sur lesquels porte l'entente et voir s'il s'agit ou non d'une quantité limitée; la position des parties à l'entente sur le marché en cause ainsi que la puissance de celles-ci importent à cet égard, de même que la question de savoir s'il s'agit d'une entente unique ou si l'entente appartient à un ensemble d'accords, et notamment s'il existe des ententes analogues auxquelles le même producteur est partie ou auxquelles sont parties les concurrents de celui-ci.

c) Les demandeurs au principal ont fait valoir en outre qu'il ne saurait être question ici d'importateurs exclusifs dans les divers États membres. Il importe de voir qu'il s'agit au contraire de sociétés filiales de L'Oréal Paris et que les produits vendus par celles-ci sont fabriqués chaque fois dans l'État membre où la filiale possède son siège.

Cela peut être effectivement d'importance pour apprécier la possibilité de maintenir des courants d'échange parallèles. En outre, rappelons ici, en ce qui concerne les accords passés par L'Oréal Paris avec ses filiales, l'arrêt dans l'affaire 15/74 (Centrafarm BV et Adriaan de Peijper/Sterling Drug Inc., arrêt du 31 octobre 1974, Recueil 1974, p. 1147 et suiv.). Selon la jurisprudence de cet arrêt, l'article 85 du traité n'est effective-

ment pas applicable aux accords conclus entre entreprises appartenant, en tant que société-mère ou en tant que filiale, à un seul et même groupe, à condition que les entreprises constituent une unité économique dans le cadre de laquelle la filiale ne peut pas déterminer réellement de façon autonome son comportement sur le marché et que ces accords aient pour but de régler la répartition interne des tâches entre les entreprises.

La défenderesse au principal a notamment fait valoir qu'il s'agit non pas d'une véritable sélection opérée à partir de critères qualitatifs, mais d'une sélection quantitative déguisée. Tous les coiffeurs seraient en mesure d'utiliser correctement les produits en question et il suffirait donc que la livraison des produits litigieux soit limitée aux commerces spécialisés, à tout le moins aux coiffeurs ayant subi avec succès l'épreuve d'accès à la profession, étant donné que celui-ci est subordonné, en droit belge, à des règles suffisamment strictes, garantissant l'acquisition des connaissances nécessaires. Dans la mesure toutefois où le but visé est d'exclure les risques auxquels le consommateur peut s'exposer en manipulant les produits dont s'agit, sans avoir les connaissances nécessaires à cet effet, cet objectif serait réalisé par les règles en matière de commercialisation de ces produits qui ont été arrêtées tant au niveau communautaire que sur le plan national, ce qui rendrait inutile toute sélection particulière parmi les professionnels de la coiffure. Une réglementation belge datant de l'année 1978 et visant les produits cosmétiques et les aérosols, réglementation adoptée en exécution des directives 75/324 (JO n° 147 du 9 juin 1975, p. 40) et 76/768 (JO n° L 262 du 27 septembre 1976, p. 169), dit illicite la vente de produits dangereux, interdit toute publicité de nature à induire en erreur et prescrit certaines indications sur les étiquettes, notamment le mode d'emploi.

C'est au juge de renvoi qu'il appartient de vérifier si toutes ces conditions sont remplies. Il lui faut rechercher minutieusement dans quel but la commercialisation des produits en question a été limitée; il doit, en outre, déterminer, en fonction de la nature des produits dont s'agit, si l'utilisation idoine et efficace de ceux-ci impose effectivement la possession de connaissances techniques particulières qui doivent être continuellement maintenues au niveau adéquat, si L'Oréal dispense effectivement aux intéressés de telles connaissances à un niveau dépassant les indications figurant sur le mode d'emploi des produits considérés et si tout cela est également le cas pour les produits qui ne sont pas utilisés dans le salon du coiffeur, mais qui sont vendus à la clientèle pour l'usage individuel. Cet examen fera aussi apparaître si les demanderesse au principal appliquent effectivement un véritable choix qualitatif ou si ce choix est, en l'espèce, une sélection quantitative déguisée dont la Commission n'a pas cru devoir reconnaître l'existence, ainsi que nous l'avons entendu.

d) La défenderesse au principal estime en outre que l'obligation faite aux coiffeurs-conseils agréés d'assurer la promotion des ventes de produits Kérastase, celle de disposer d'un endroit particulier pour le stockage des produits en question, de même que l'obligation de réaliser un chiffre d'affaires déterminé doivent être considérées comme constitutives d'une entrave à la concurrence tout comme l'exclusion des grossistes de la vente des produits considérés et l'obligation qui est faite aux coiffeurs-conseils de percevoir des demanderesse au principal, à l'occasion de l'utilisation des produits, une rémunération déterminée au titre de la prestation de service qu'ils assurent. Il convient également de tenir compte de la circonstance — et cela sous l'angle de l'effet cumulatif de pareilles ententes — qu'il existe également des systèmes de distribution du genre de celui dont il s'agit en l'espèce dans d'autres États membres et que de tels systèmes existent également pour les produits de substitution. À côté de cela, il importe — en ce qui concerne la position de L'Oréal sur le marché — que les produits pour soins capillaires ne sont

pas fabriqués par tous les parfumeurs, L'Oréal étant en revanche spécialisée dans ce domaine, cette société ayant un chiffre d'affaires se montant à plusieurs milliards et pouvant être considérée comme le quatrième producteur au monde dans le domaine considéré. Enfin, il ne faudrait pas perdre de vue qu'il n'y a pas de courants d'échanges parallèles, lesquels sont principalement rendus possibles grâce aux grossistes. En effet, le système de distribution dont s'agit interdit aux importateurs exclusifs de chercher à étendre leurs ventes en dehors du territoire qui leur est concédé, alors que, d'autre part, pour divers motifs liés à la structure de la profession, il est pratiquement impossible aux coiffeurs-conseils agréés — et, au demeurant, économiquement intéressant pour ceux-ci — de se procurer des produits Kérastase dans d'autres États membres, alors que les prix auxquels ces produits y sont vendus font apparaître un écart parfois considérable par rapport aux prix appliqués dans leur propre État.

À ce propos, la Cour a constaté dans l'arrêt 26/76 que l'obligation pour le revendeur d'entretenir un entrepôt ainsi que celle de créer et de renforcer un réseau de distribution outrepassent les nécessités d'une vente sélective basée sur des critères qualitatifs et que ces obligations tombent, de ce chef, en principe sous le coup de l'article 85, paragraphe 1. Du reste, l'intérêt des éléments qui viennent d'être cités, dans la mesure où ceux-ci existent effectivement, et qui a été contesté en ce qui concerne l'obligation de réaliser un chiffre d'affaires déterminé et de percevoir une certaine rémunération au titre des prestations de service assurées, ne saurait être dénié aux fins de l'application de l'article 85. Il appartient au juge national d'examiner ces éléments un par un dans le cadre de l'analyse des circonstances d'ensemble de l'espèce dont nous avons déjà parlé, et de voir également entre autres à cette occasion si l'exclusion des grossistes ne se justifie pas par la nécessité d'une collaboration étroite entre L'Oréal et les coiffeurs-conseils. Il apparaîtra ainsi — une telle analyse nous est interdite dans le cadre de la présente procédure — s'il y a effectivement restriction sensible de la concurrence sur le marché

des produits pour soins capillaires et s'il existe, dans les circonstances de l'espèce, une entrave sensible aux échanges intra-communautaires.

4. Si, à l'issue de cet examen, le juge de renvoi parvient à la conclusion qu'il y a eu lieu, en principe, d'appliquer l'article 85, paragraphe 1, au cas d'espèce, la question qui se posera dans cette hypothèse sera de savoir si une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, ne saurait en aucun cas être envisagée et s'il en découle, de ce chef, la sanction de nullité prévue par l'article 85, paragraphe 2.

Au sujet de l'interprétation de l'article 85, paragraphe 3, qui intéresse dans ce contexte, il n'est guère possible de dire grand chose sous une forme abstraite. La Commission a souligné avec raison que l'application de cette disposition impose en un certain sens de dresser un bilan économique — comparaison des avantages liés à une entente sur les plans de la production, de la commercialisation et de la consommation avec les entraves à la concurrence qui sont envisagées — et, à cet effet, les circonstances de l'espèce revêtent une importance déterminante. Évidemment, il ne saurait y avoir cloisonnement des marchés nationaux; les courants d'échange parallèles, susceptibles d'avoir une incidence sur la formation des prix, ne doivent donc pas être entièrement exclus. Il est certain, en outre, qu'une restriction quantitative de l'accès à un système de distribution n'est susceptible de faire l'objet d'une exemption qu'à titre exceptionnel, à savoir lorsqu'en raison de la nature des produits dont il s'agit — par exemple dans l'hypothèse d'appareils techniques complexes —, une collaboration étroite entre producteurs et distributeurs se révèle indispensable.

Par conséquent, il s'avérerait pour le juge de renvoi, à l'issue de l'examen des faits de la cause, que des courants d'échange parallèles entre les États membres ne sont pas exclus — comme L'Oréal l'a assuré formellement — et s'il ne saurait,

de ce chef, être question dans cette espèce de l'existence de véritables critères de sélection *quantitative*, il serait malaisé de soutenir qu'une exemption — à supposer que l'article 85, paragraphe 1, soit applicable — ne saurait *sans nul doute* entrer en ligne de compte, ce qui, en conséquence de la jurisprudence citée, constitue le seul problème qu'il soit permis au juge national de poser dans ce contexte. En ce cas, il serait plutôt recommandable de surseoir à statuer et de mettre les parties en mesure — comme il est dit dans l'arrêt dans l'affaire 48/72 — de demander à la Commission de prendre position sur l'application éventuelle de l'article 85, paragraphe 3.

## II — Sur la deuxième question

Dans cette question, il s'agit de savoir si la communication émanant d'un fonctionnaire de la Commission et relative au classement d'une affaire pendante devant cette dernière engage celle-ci. Référence est faite par là à la lettre du 22 février 1978 adressée à L'Oréal, document dont le contenu coïncide pour l'essentiel avec celui des lettres qu'il convenait d'apprécier dans les affaires auxquelles nous nous sommes référé d'entrée.

A ce sujet, référence peut être faite à la jurisprudence la plus récente de la Cour de justice dont nous avons parlé à l'endroit précité. Dans les procédures qui ont abouti à cette jurisprudence, nous sommes parvenu à la conclusion que les documents du genre de la lettre du 22 février 1978 ne sauraient en aucun cas être considérés comme constituant des *décisions* de la Commission, et cela pour divers motifs, notamment parce que leur auteur ne possède aucun pouvoir de décision. La Cour a déclaré du reste, en termes parfaitement clairs que de tels actes ne lient pas les juridictions nationales, ce qui implique sans doute aussi qu'ils ne sauraient être opposés aux tiers. Les juridictions peuvent donc — précisé-

ment parce que la Commission ne dispose pas d'une compétence exclusive pour appliquer l'article 85, paragraphe 1 — très bien parvenir à une appréciation, différente sur ce point; comme nous l'avons déjà dit, cette disposition doit être appliquée directement par les juridictions nationales lorsque ces dernières, sur la base de la connaissance qu'elles ont des faits de la cause, acquièrent la conviction que les conditions prévues par l'article 85, paragraphe 1, sont remplies dans le cas d'espèce.

A cela, il est encore permis d'ajouter à la rigueur — bien que l'on puisse avoir l'impression que là n'est pas le problème qui se pose dans l'instance principale — que de tels actes ont cependant un certain effet obligatoire pour la *Commission*. Il faut admettre en effet — et ici il convient certainement donner raison à L'Oréal —, que la Commission, en vertu du principe de la confiance légitime, ne peut s'écarter de l'appréciation portée par ses services que si les circonstances de fait se sont modifiées ou si cette appréciation a été faite sur la base d'indications inexactes.

### III — Sur la troisième question

Il s'agit ici du problème des effets inhérents aux exemptions au titre de l'article 85, paragraphe 3, et principalement de la question de savoir si ces exemptions sont constitutives de droits opposables aux tiers.

Nous pouvons également faire référence à ce propos à l'arrêt de la Cour dans les affaires 253/78, 1-3/79. Selon la jurisprudence qui peut être dégagée de cette décision, les communications du genre de celles contenues dans la lettre du 22 février 1978 adressée à L'Oréal ne sauraient être considérées comme des décisions d'exemption, et cela pour le seul motif déjà que les formalités — publication de la demande d'exemption et publication de la décision de la Commission — prévues par le règlement

n° 17 et les règlements pris en application de celui-ci n'ont pas été respectées. Il peut aussi être déduit de cet arrêt qu'on ne saurait présumer — ainsi que nous l'avons indiqué à l'époque dans nos conclusions relatives aux affaires auxquelles il avait trait — que, dans le cas de systèmes de distribution du genre de celui dont il s'agit en l'espèce, il y a intervention d'un règlement d'exemption. Aussi n'est-il pas douteux que la troisième question ne présente, en réalité, aucun intérêt aux fins de l'instance principale; il s'agit d'un problème purement hypothétique et qu'il est en fait inutile d'approfondir.

Si l'on désire néanmoins ne pas s'abstenir de toute remarque à son propos, il suffira sans doute de souligner qu'une décision d'exemption constitue indubitablement un acte constitutif de droits; il a pour conséquence que l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, ne joue pas et que les effets juridiques du deuxième paragraphe de cet article sont écartés. En ce sens, il est certainement exact de parler de création d'un droit et non pas simplement d'une tolérance; le destinataire d'une telle décision peut donc se prévaloir de la décision d'exemption à l'égard des tiers qui invoquent l'article 85, paragraphe 1, au regard d'une entente.

### IV — Sur la quatrième question

Enfin, il y aurait encore lieu de préciser si le comportement de L'Oréal peut être considéré comme constitutif d'un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité de la CEE.

A ce propos, il convient d'observer d'emblée que, pour que l'article 86 soit applicable, il faut qu'il y ait une position dominante dont l'existence doit naturellement être recherchée non pas dans la présente procédure — parce qu'il s'agirait là d'application du droit —, mais uniquement dans le cadre de l'instance



principale. Ce qui est important à cet effet — cela aussi peut se déduire de l'arrêt dans l'affaire 26/76 —, c'est la part détenue par l'entreprise en cause sur le marché concerné. Si cette part est réduite, il s'agit de produits aisément substituables et s'il peut, en outre, être constaté qu'il existe une vive concurrence entre producteurs, il ne saurait certainement être question de l'existence d'une position dominante sur le marché. Il est intéressant de noter à cet égard que la Commission, dans les investigations qu'elle a menées relativement au marché des produits de toilette, est parvenue à la conclusion que beaucoup d'entreprises opèrent sur ce marché dont chacune d'elles ne possède qu'une petite part — de 0,5 à 2 % pour la plupart; 5 % ou moins pour les plus grandes. Rappelons, en outre, qu'elle a constaté que l'appar-

tenance d'une entreprise à un groupe important et la réalisation, corrélative à cette situation, d'un chiffre d'affaires considérable sont sans effets pratiques pour la position de cette entreprise sur le marché dont il s'agit ici.

Il n'existe dès lors aucune raison, sans doute, de croire que l'article 86 pourrait être d'application dans le cas d'espèce, à moins que le tribunal de renvoi ne parvienne à une appréciation entièrement différente de la position de L'Oréal sur le marché. Cela étant et compte tenu aussi du fait que la question posée paraît peu précise, nous pouvons renoncer à rechercher les types de comportement qui peuvent être imaginés dans le cas d'espèce et qui devraient être considérés comme constitutifs d'un abus au sens de l'article 86.

V — Cela étant, nous vous proposerons de répondre comme suit aux questions posées par le tribunal de commerce:

1. Un système de distribution sélective est compatible avec l'article 85, paragraphe 1, du traité de la CEE lorsque le choix des revendeurs est opéré selon des critères objectifs de caractère qualitatif, fixés de manière uniforme et appliqués de manière non discriminatoire. Si le système de distribution repose sur des critères d'agrément plus étendus que ceux qui précèdent ou s'il prévoit des obligations plus larges, l'article 85, paragraphe 1, est applicable lorsque ces critères, considérés individuellement ou ensemble avec d'autres dans le contexte économique et juridique à l'intérieur duquel ils ont vu le jour, sont susceptibles, eu égard à l'ensemble des circonstances objectives de droit et de fait, d'affecter de manière sensible les échanges entre les États membres et ont pour but ou pour effet de restreindre la concurrence de façon sensible.

Les systèmes de distribution de cette nature ne sauraient entrer en ligne de compte aux fins d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, lorsqu'ils ont pour effet d'opérer un cloisonnement des marchés nationaux et lorsqu'il est fait application de critères d'agrément de nature quantitative, à moins que ces critères ne se révèlent indispensables en raison de la nature des produits dont il s'agit.

2. Une lettre signée par un fonctionnaire de la Commission, indiquant qu'il n'y a aucune raison pour cette dernière d'intervenir au titre de l'article 85, paragraphe 1, du traité de la CEE contre un système de distribution qui lui a été notifié n'est pas opposable aux tiers et ne lie pas les juridictions nationales. Il faut voir seulement en celle-ci une circonstance de fait dont une juridiction nationale peut tenir compte dans le cadre de l'examen de la compatibilité du système de distribution avec l'article 85 du traité de la CEE qu'il lui incombe d'effectuer.
3. Les décisions d'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité de la CEE créent des droits en ce sens que les parties à une entente ayant fait l'objet d'une telle appréciation peuvent s'en prévaloir à l'égard de tiers invoquant la nullité de l'entente sur la base de l'article 85, paragraphe 2.
4. L'application de l'article 86 du traité de la CEE suppose l'existence d'une position dominante sur le marché. Il ne saurait y avoir position dominante sur le marché lorsque, dans l'hypothèse de produits aisément substituables, la part de marché d'un producteur est très restreinte et qu'il existe une vive concurrence entre un grand nombre de producteurs.