en cause, ne concerne ni l'importation ni l'exportation entre États membres, au sens de l'article 4, paragraphe 2 n° 1, du règlement n° 17, et est, par conséquence, dispensé de notification;

2) Sur le point 2 de la demande

Un accord dispensé de notification et n'ayant pas été notifié sort son plein effet aussi longtemps que sa nullité n'a pas été constatée.

Ainsi fait et jugé à Luxembourg le 18 mars 1970.

Lecourt Monaco Pescatore

Donner Trabucchi Strauß Mertens de Wilmars

Lu en séance publique à Luxembourg le 18 mars 1970.

Le greffier
A. Van Houtte

Le président
R. Lecourt

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. JOSEPH GAND, PRÉSENTÉES LE 5 FÉVRIER 1970

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

C'est un contrat de fourniture de bière, du genre de celui dont vous avez déjà eu à connaître dans l'affaire de Haecht (23-67 — 12 décembre 1967 — Recueil, XIII-1967, p. 525), qui a motivé le renvoi pour interprétation que vous a adressé l'Oberlandesgericht de Karlsruhe; mais les questions qui vous sont posées sur l'article 85 du traité et sur le règlement n° 17 ont, comme on le verra, une portée très générale qui déborde ce type de contrat.

I

Les faits qui sont à l'origine du litige sont les suivants :

La brasserie Bilger, dont le siège est à Gottmadingen, a passé le 7 janvier 1950 avec les consorts Jehle, aubergistes, un contrat par lequel ceux-ci s'engageaient à exploiter régulièrement et de manière permanente deux débits de bière sur des terrains situés à Friedrischshafen, et à se fournir exclusivement en bière auprès de leur cocontractant. Ils s'engageaient en outre à transmettre ces obligations à leurs ayants cause, à leurs preneurs à bail et aux ayants cause de ceux-ci. En contrepartie, la brasserie Bilger a mis à leur disposition du mobilier d'exploitation et leur a consenti divers prêts. Le contrat obligeait les aubergistes jusqu'au 1er octobre 1975, et au delà de cette date, aussi longtemps qu'ils bénéficieraient d'un crédit à la brasserie ou que celle-ci répondrait

pour eux d'une dette quelconque; il fut prorogé de 3 ans jusqu'au 1er octobre 1978 par un compromis judiciaire du 22 septembre 1960.

Ce contrat ne fut pas notifié à la Commission après l'entrée en vigueur du règlement n° 17.

En 1962, les consorts Jehle, tout en continuant à exploiter eux-mêmes un des deux débits, donnèrent le second à bail; et, depuis cette date, les deux établissements débitèrent, outre les bières Bilger, des bières spéciales d'autres brasseries. D'autre part, les prêts accordés furent remboursés, et l'essentiel du mobilier mis à leur disposition fut restitué.

La brasserie Bilger engagea une action devant les tribunaux allemands en demandant que les consorts Jehle soient condamnés à s'abstenir d'acheter, de débiter ou de vendre dans l'établissement qu'ils exploitaient des bières autres que celles produites par la demanderesse, jusqu'à la date d'expiration du contrat. Elle réclamait en outre des dommages-intérêts pour le dommage subi tant du fait personnel des consorts Jehle que de celui du preneur à bail de ceux-ci.

L'affaire franchit tous les degrés de l'organisation judiciaire jusqu'au Bundesgerichtshof, qui, saisi d'un recours en révision des deux parties, la renvoya devant l'Oberlandesgericht de Karlsruhe.

C'est alors seulement que les défendeurs firent valoir pour la première fois devant cette juridiction dans un mémoire du 2 juillet 1968 que le contrat de livraison de bière était nul en vertu de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE. En effet, 80 % environ des aubergistes allemands seraient liés par des contrats de fourniture et 60 % de l'ensemble de la production des brasseries allemandes seraient vendus sous le régime de contrats d'exclusivité; d'où une restriction du commerce entre les États membres, car les brasseries des autres États de la Communauté ne peuvent plus guère trouver d'acheteurs en République fédérale. En faveur de leur thèse, ils convoquaient votre arrêt de Haecht. S'appuyant sur la teneur de cet arrêt qui invite les juges nationaux à examiner chaque contrat de brasserie pour voir si, « sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait », il est susceptible d'entrer dans le cadre de l'article 85, paragraphe 1, la juridiction saisie a soumis aux parties une impressionnante série de questions portant notamment sur la production, la vente et la consommation de la bière en Allemagne. Ce n'est qu'après que les parties se furent déclarées hors d'état de répondre à l'essentiel de ces questions que l'Oberlandesgericht vous a saisis de deux questions que nous examinerons successivement.

II

Le juge allemand vous demande d'abord si un contrat de livraison de bière passé entre deux entreprises d'un État membre avant le 13 mars 1962 concerne l'importation et l'exportation entre États membres au sens de l'article 4, paragraphe 2, n° 1, du règlement n° 17, lorsque la clause d'exclusivité est ainsi rédigée : « l'aubergiste s'engage à s'approvisionner exclusivement à la brasserie (situé dans le même État membre) en bière nécessaire à son établissement », et si un tel contrat doit être notifié conformément à l'article 5, paragraphes 1 et 2, conjointement avec l'article 4, paragraphe 2, n° 1, du même règlement.

Sans doute le juge allemand cite-il trop fidèlement le texte de la clause d'exclusivité figurant dans le contrat dont la validité est discutée devant lui, mais le véritable objet de sa question est de préciser sur le point qui l'intéresse la notion d'accord ne concernant ni l'importation ni l'exportation entre États membres, telle que cette notion est visée à l'article 4, paragraphe 2, n° 1, du règlement n° 17. Il s'agit donc bien d'une interprétation d'un texte communautaire qu'il vous appartient de donner, mais qui peut laisser de côté toutes les considérations sur l'utilité économique ou la nocivité des contrats

de fourniture de bière développées dans la procédure écrite ou à la barre.
Le règlement n° 17 établit le principe que les accords visés à l'article 85, paragraphe 1, du traité, en faveur desquels les intéressés désirent se prévaloir des dispositions de l'article 85, paragraphe 2, doivent être notifiés à la Commission et ne peuvent faire l'objet d'une décision d'application de l'article 85, paragraphe 3, tant qu'ils ne l'ont pas été. Il en est ainsi, que ces accords soient antérieurs ou postérieurs à l'entrée en vigueur du règlement. Toutefois, compte tenu de ce que certains d'entre eux, par leurs caractéristiques, peuvent apparaître comme moins dangereux pour le développement du marché commun, ce texte dispense de l'obligation ainsi édictée certains types d'accords, parmi lesquels figurent ceux auxquels ne participent que des entreprises ressortissant d'un seul État membre et qui ne concernent ni l'importation, ni l'exportation entre États membres (art. 4, § 2, n° 1, pour les nouveaux accords — art. 5, § 2, pour les accords existant à l'entrée en vigueur du règlement).
Il faut donc voir si un accord par lequel une entreprise s'engage à acheter exclusivement certains produits à une autre entreprise du même État membre *concerne* l'importation ou l'exportation entre États membres au sens de l'article 4, paragraphe 2, n° 1.
La réponse nous paraît devoir être négative. Sans doute l'obligation de ne s'approvisionner qu'auprès d'un seul cocontractant de l'État dont on relève exclut-elle la possibilité de s'adresser à tout autre fournisseur, qu'il soit établi dans ce même État ou dans un autre État membre, et dans cette mesure il n'est pas exclu que l'accord puisse avoir un effet sur les importations ou les exportations. Mais celles-ci ne sont pas l'objet visé par le contrat de fourniture exclusive; l'on ne peut dire que ce contrat les *concerne*, terme qui nous paraît plus fort que le mot « *affecter* » employé à l'article 85 du traité, et l'incidence qu'il peut avoir sur elles n'est qu'indirecte. Elle est en outre difficile à évaluer car les cocontractants ne peuvent guère apprécier les conséquences indirectes des accords qu'ils passent et ces conséquences peuvent évoluer suivant les circonstances; aussi nous semble-t-elle pouvoir être négligée.
Par ailleurs, s'il était admis que tous les accords d'exclusivité conclus entre des entreprises relevant d'un même État membre concernant l'importation ou l'exportation, la disposition de l'article 4, paragraphe 2, n° 1, du règlement n° 17 deviendrait pratiquement sans objet.

Redressant un peu la question posée par le juge allemand, il pourrait être répondu à celui-ci que les contrats passés entre deux entreprises d'un même État et par lesquels l'une des parties s'engage à n'acheter qu'à l'autre partie certains produits qu'elle revend sur le territoire de ce même État, ne concernent pas l'importation ou l'exportation entre États membres au sens de l'article 4 du règlement n° 17 et n'ont donc pas à être notifiés.

III

L'Oberlandesgericht vous demande ensuite comment il faut interpréter l'article 85, paragraphe 2, du traité CEE en ce qui concerne les accords qui n'ont pas besoin d'être notifiés, compte tenu de la rétroactivité possible d'une décision d'exemption prise par la Commission en vertu de l'article 85, paragraphe 3, du traité et de l'article 6 du règlement n° 17, et si un accord qui n'a pas besoin d'être notifié est provisoirement valable.
— L'article 85, paragraphe 2, dispose que les accords interdits en vertu de cet article sont nuls de plein droit. Très vite s'est posée à vous la question

de la signification à donner à cette disposition pour les accords existant lors de l'entrée en vigueur du règlement n° 17, et vous y avez répondu par l'arrêt de Geus c/Bosch du 6 avril 1962 (13-61, Recueil, VIII-1962, p. 89). Vous avez estimé qu'en ce qui concerne ces accords la nullité de plein droit ne jouait pas du seul fait qu'ils tombaient sous le coup des dispositions de l'article 85, paragraphe 1, puisqu'ils pouvaient être exemptés de l'interdiction édictée à ce paragraphe en vertu des dispositions du troisième paragraphe du même article. Et ici nous citerons un passage de votre arrêt ainsi rédigé : « ... que ces accords et décisions doivent être considérés comme valables lorsqu'ils tombent sous l'article 5, alinéa 2, dudit règlement (il s'agit des accords qui n'ont pas à être notifiés); qu'ils doivent être considérés comme provisoirement valables lorsque, tout en ne relevant pas de cette disposition, ils sont notifiés à la Commission conformément à l'article 5, alinéa 1 dudit règlement ». Cette validité toutefois n'est pas définitive, puisque la Commission peut ensuite refuser l'exemption prévue à l'article 85, paragraphe 3.

Il restait à définir cette validité provisoire et à en préciser les effets. Votre arrêt de 1962 a donné naissance, tant dans les jurisprudences nationales que dans la doctrine, à toute une série de solutions, des plus restrictives aux plus libérales, dont M. l'avocat général Roemer a dressé un tableau exhaustif dans ses conclusions sur l'arrêt Portelange du 9 juillet 1969 (10-69, Recueil, XV-1969, p. 309). L'affaire était relative à un accord antérieur à l'entrée en vigueur du règlement n° 17 qui devait être et avait été effectivement notifié.

Dans ses observations présentées devant vous, la Commission, partant de l'idée que l'interdiction, édictée par l'article 85, paragraphe 1, persiste, même en cas de notification, jusqu'à ce qu'elle ait elle-même pris une décision à l'égard de l'accord estimait incompatible avec le traité que, durant la période antérieure à ladite décision, une entente puisse être considérée, du point de vue du droit civil, comme valable sans restriction. Aussi, si elle admettait qu'au cours de cette période d'attente, il existait certains liens entre les parties, tels que l'obligation de collaborer en vue d'obtenir l'exemption prévue par l'article 85, paragraphe 3, et de s'abstenir de toute action susceptible de compromettre cette exemption, elle estimait que ces parties ne pouvaient se fonder sur l'accord pour invoquer devant les juridictions nationales des droits à l'exécution du contrat.

Vous avez entièrement écarté cette thèse. En effet, la question de savoir si un accord notifié est effectivement interdit repose sur l'appréciation d'éléments qui ne peuvent être supposés acquis sans une constatation explicite que le cas considéré non seulement tombe sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, mais ne justifie pas la dérogation prévue au paragraphe 3. Aussi longtemps qu'une telle constatation n'a pas été faite, tout accord dûment notifié doit être considéré comme valable, et le principe général de la sécurité juridique exige qu'il reçoive son plein effet tant que la Commission n'a pas statué.

Faut-il admettre la même solution pour les accords qui n'ont pas à être notifiés et qui ne l'ont pas été effectivement?

Pour répondre affirmativement, la brasserie Bilger invoque toute une série de raisons. Elle rappelle d'abord l'arrêt Bosch qui ne permet pas de réserver un sort moins favorable à cette catégorie d'accords qu'à ceux que le règlement n° 17 soumet à l'obligation de notification. S'ils ont été dispensés de cette obligation, c'est parce que, ainsi que le porte l'exposé des motifs, ils sont « moins dangereux » que d'autres pour le développement du Marché commun; aussi doivent-ils être au moins susceptibles d'une application aussi étendue. D'autre part, l'article 6, paragraphe 2, du règlement n° 17 prévoit qu'ils peuvent être exemptés rétroactivement de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1. Il serait donc illogique de les considérer comme entachés d'une nullité condi-

tionnelle ou comme privés de toute efficacité réelle tant que la Commission n'a pas statué à leur sujet. Si pour acquérir cette efficacité ils devaient être notifiés — comme la possibilité en est ouverte par l'article 5, paragraphe 2, du règlement — toute entreprise sérieuse serait pratiquement contrainte d'accomplir cette formalité, mais, en supprimant ainsi la distinction entre les accords soumis à l'obligation de notification et ceux qui en sont dispensés, on trahirait l'intention des auteurs du règlement, et la Commission devrait faire face à un afflux de dossiers. Enfin, l'exigence de la sécurité juridique est aussi forte pour ces accords que pour ceux que vise l'arrêt Portelange et la lenteur avec laquelle procède la Commission avant de prendre une décision d'exemption leur est également préjudiciable.

La Commission adopte une position très différente. Elle reprend pour les accords dispensés de notification la conception restrictive de la validité provisoire qu'elle avait soutenue sans succès pour les accords qui y sont soumis. Elle s'appuie pour la justifier sur les motifs qui lui paraissent avoir inspiré l'arrêt Portelange : l'absence de moyens pour les intéressés d'accélérer l'adoption d'une décision de l'article 85, paragraphe 3, et les nécessités de la sécurité juridique — la possibilité que la notification donne à la Commission de mettre fin à une situation provisoire en refusant l'exemption ou en recourant à l'article 15, paragraphe 6 du règlement. Dès que les intéressés ont été ainsi informés qu'après examen provisoire elle n'estime pas pouvoir appliquer l'article 85, paragraphe 3, ils ne peuvent plus poursuivre l'exécution de l'accord qu'à leurs risques et périls.

La situation serait très différente pour les accords non notifiés. En effet, les entreprises ont toujours la faculté de procéder volontairement à leur notification et de faire ainsi cesser l'insécurité juridique dans laquelle elles se trouvent. Quant à la Commission, généralement informée avec beaucoup de retard de l'existence de ces accords, elle est privée de tout moyen d'engager rapidement envers les intéressés une des procédures du règlement n° 17. Enfin, se référant à l'article 15, paragraphe 2, elle estime que reconnaître aux accords non soumis à notification les effets juridiques définis par l'arrêt Portelange risquerait de faire naître un conflit entre l'obligation civile d'exécuter le contrat et l'obligation, assortie d'une sanction de droit public, de respecter les règles de concurrence du traité. Elle ne nie pas que le contrat ait créé des liens et des obligations entre les parties, elle pense que les intéressés ne devraient rien entreprendre qui aille à l'encontre d'une exemption, et qu'ils ne devraient pas en particulier conclure de contrats qui pourraient empêcher l'exécution de l'accord provisoirement valable; mais cette validité ne devrait pas avoir pour conséquence de permettre à une partie contractante, avant toute décision de la Commission, de demander à l'autre partie de remplir son obligation ou de réclamer une indemnité en cas de non respect de cette obligation. C'est dans ce sens qu'il conviendrait, selon elle, de répondre à la question du juge allemand.

Cette argumentation n'est pas sans force et certains arguments de texte peuvent paraître l'appuyer. Il faut remarquer cependant que la plupart des raisons données par l'arrêt Portelange pour reconnaître aux accords soumis à l'obligation de notification leur plein effet valent également dans le cas qui nous occupe : il en est ainsi notamment de l'insécurité juridique qui frappe ces contrats. Quant à la solution proposée, à savoir la notification volontaire des accords, elle risquerait, si l'on en faisait la condition *nécessaire* pour qu'ils acquièrent leur pleine efficacité de se traduire par un afflux beaucoup plus considérable que celui qu'envisage la Commission. D'autre part, cette solution va certainement contre la pensée des auteurs du règlement, lorsqu'ils ont dispensé de cette formalité les types d'accords mentionnés à l'article 5, para-

graphe 2, et qui ne sont pas seulement ceux passés entre entreprises ressortissant au même État membre et ne concernant ni l'importation ni l'exportation entre États membres. La dispense est fondée sur l'idée que ces accords sont moins dangereux pour le développement du marché commun : il faut donc supposer que, s'ils entrent effectivement dans le champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, ils ont toutes chances de pouvoir bénéficier d'une mesure prise en vertu du paragraphe 3 du même article, et il n'y a pas grand danger à leur reconnaître provisoirement des effets étendus. Enfin, la possibilité de conflit qu'évoque la Commission entre l'obligation civile et l'obligation assortie d'une sanction de droit public nous paraît d'autant moins à craindre qu'il a été indiqué à la barre que, dans l'hypothèse envisagée, la Commission n'infligerait probablement pas d'amende. Aussi, la thèse soutenue par cette institution nous paraît-elle manquer un peu de réalisme; nous ne voyons pas de raison impérieuse de reconnaître à la validité provisoire des accords dispensés de notification en vertu des dispositions combinées des articles 4, paragraphe 2, n° 1, et 5, paragraphe 2, une étendue moindre que celle admise pour les accords notifiés, et la réponse à donner au juge allemand pourrait être mutatis mutandis rédigée dans des termes analogues à ceux de l'arrêt Portelange.

Nous concluons sur cette second question à ce qu'il soit répondu à l'Oberlandesgericht de Karlsruhe que les accords visés à l'article 85, paragraphe 1, du traité, qui sont dispensés de notification par l'article 5, paragraphe 2, du règlement n° 17, reçoivent leur plein effet aussi longtemps que la Commission n'a pas statué en vertu de l'article 85, paragraphe 3, et des dispositions dudit règlement.