LA CORTE,

pronunciandosi sulle questioni deferitele dall'Oberlandesgericht di Karlsruhe, con ordinanza 31 luglio 1969, afferma per diritto :

1° **Sul punto 1 della domanda**

Un contratto stipulato fra produttore e dettagliante, col quale quest'ultimo s'impegni a rifornirsi esclusivamente dall'altro contraente (che ha sede nello stesso Stato membro) e la cui esecuzione non richieda che le merci varchino le frontiere nazionali, non riguarda l'importazione o l'esportazione fra Stati membri, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, n. 1, del regolamento n. 17 e, di conseguenza, non va notificato.

2° **Sul punto 2 della domanda**

Un accordo esente da notifica e non notificato è pienamente efficace finchè la sua nullità non sia stata accertata.

Così deciso a Lussemburgo, il 18 marzo 1970.

Lecourt Monaco Pescatore

Donner Trabucchi Strauß Mertens de Wilmars

Letto in pubblica udienza a Lussemburgo, il 18 marzo 1970.

Il cancelliere
A. Van Houtte

Il presidente
R. Lecourt

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE JOSEPH GAND DEL 5 FEBBRAIO 1970 [1]

Signor Presidente,

Signori Giudici,

La causa che esamino oggi verte su un contratto di fornitura di birra analogo a quello di cui vi siete occupati nella causa de Haecht (23-67 — 12 dicembre 1967 — Raccolta XIII, pag. 479). Il giudice a quo è l'Oberlandesgericht di Karlsruhe, però le questioni deferite, che riguardano l'articolo 85 del trattato

1 — Traduzione dal francese.

e il regolamento n. 17 hanno una portata molto generale, che va oltre questo tipo di contratto.

I

I fatti che hanno originato la controversia sono i seguenti.

La birreria Bilger, con sede in Gottmadingen, il 7 gennaio 1950 stipulava con i coniugi Jehle, albergatori, un contratto in base al quale essi s'impegnavano ad esercire regolarmente e in via permanente due mescite site in Friedrichshafen, acquistando esclusivamente la birra prodotta dalla controparte.

Essi s'impegnavano inoltre a trasferire questo vincolo ai loro aventi causa, agli eventuali locatori ed ai rispettivi aventi causa. Come contropartita, la birreria Bilger metteva loro a disposizione l'arredo necessario per le mescite e concedeva loro vari prestiti. Il contratto vincolava gli albergatori fino al 1° ottobre 1975 e, dopo questa data, per tutto il tempo in cui fruissero di crediti da parte della birreria o questa fosse garante per un loro debito; il contratto veniva prorogato di tre anni, fino al 1° ottobre 1978, mediante transazione giudiziale del 22 settembre 1960.

Questo contratto non veniva notificato alla Commissione dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 17.

Nel 1962 i coniugi Jehle, pur continuando ad esercire direttamente una delle due mescite, davano in affitto la seconda, e da questa data nelle due mescite venivano servite, oltre alle birre Bilger, birre speciali di altre marche. D'altro canto, i mutui concessi venivano regolarmente rimborsati e veniva restituita la maggior parte dell'arredo delle mescite messo a disposizione dei coniugi Jehle.

La birreria Bilger esperiva un'azione dinanzi ai tribunali tedeschi, chiedendo che fosse imposto ai coniugi Jehle di astenersi dall'acquistare, dal mescere o dal vendere, nel locale da essi esercito, birre di marca diversa da quelle prodotte dall'attrice, fino alla scadenza del contratto. La Bilger reclamava inoltre il risarcimento del danno assertivamente subito ad opera sia dei coniugi Jehle direttamente, che dei gestori della mescita data in affitto.

Superati i gradi inferiori, la causa giungeva al Bundesgerishof, che la rinviava all'Oberlandesgericht di Karlsruhe.

Solo a questo punto i convenuti, in una memoria del 2 luglio 1968, sollevavano, di fronte al giudice di rinvio, l'eccezione che il contratto di fornitura di birra era nullo in forza dell'articolo 85, n. 1, del trattato CEE. Infatti, circa l'80 % dei gestori tedeschi di mescite, sarebbe vincolato da simili « contrats de brasserie » e il 60 % della produzione delle birrerie tedesche sarebbe venduto tramite contratti di esclusiva. Ciò provocherebbe una restrizione del commercio fra gli Stati membri, poiché le birrerie degli altri Stati della Comunità non trovano praticamente più acquirenti nella Repubblica federale. A sostegno della loro tesi, i coniugi Jehle invocano la vostra sentenza de Haecht. Fondandosi su questa sentenza, che invita i giudici nazionali a esaminare ogni contratto di birra per accertare se, « in base ad un complesso di elementi oggettivi di diritto e di fatto », il contratto possa rientrare nella sfera d'applicazione dell'articolo 85, n. 1, il giudice a quo ha posto alle parti un'impressionante serie di domande relative alla produzione, alla vendita e al consumo di birra in Germania. Solo allorché le parti hanno dichiarato di non essere in grado di rispondere alla maggior parte delle domande, l'Oberlandesgericht vi ha sottoposto due questioni che esaminerò in seguito.

II

Il tribunale tedesco chiede innanzitutto se un contratto di fornitura di birra, stipulato tra due imprese di uno Stato membro anteriormente al 13 marzo 1962, riguardi l'importazione e l'esportazione tra Stati membri ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, n. 1, del regola-

mento n. 17, qualora la clausola d'esclusiva sia redatta in questi termini : « L'esercente s'impegna ad acquistare esclusivamente presso la birreria (situata nello stesso Stato membro) tutta la birra necessaria al suo locale », il giudice a quo chiede inoltre se questo contratto vada notificato a norma dell'articolo 5, paragrafi 1 e 2, in relazione all'articolo 4, paragrafo 2, n. 1 dello stesso regolamento.

Indubbiamente il giudice tedesco tende a concentrare la sua attenzione sulla clausola d'esclusiva contenuta nel contratto di cui deve conoscere, ma il vero oggetto della questione è quello di far precisare, per quanto lo interessa, la nozione di accordo che non riguarda né l'importazione, né l'esportazione tra Stati membri, nozione delineata all'articolo 4, paragrafo 2, n. 1, del regolamento n. 17. Si tratta quindi dell'interpretazione di una norma comunitaria che rientra nella vostra competenza, nella quale però si può prescindere da tutte le considerazioni, sull'utilità economica o sulla nocività dei contratti di fornitura di birra, esposte nella fase scritta o in udienza.

Il regolamento n. 17 stabilisce il principio che gli accordi contemplati dall'articolo 85, n. 1 del trattato, per i quali gli interessati intendono avvalersi dell'articolo 85, n. 3, vanno notificati alla Commissione e non possono costituire oggetto di una decisione ai sensi dell'articolo 85, n. 3 finché non siano stati notificati. Il principio vale sia che gli accordi siano anteriori all'entrata in vigore del regolamento, sia che siano successivi. Tuttavia, tenuto conto del fatto che alcuni accordi, per le loro caratteristiche, possono rivelarsi meno pericolosi per lo sviluppo del mercato comune, la norma dispensa dall'obbligo della notifica alcuni tipi di accordi, tra i quali rientrano quelli stipulati tra imprese tutte ubicate in un solo Stato membro e che quindi escludono dal loro oggetto sia l'importazione che l'esportazione tra Stati membri (art. 4, par. 2, n. 1, per i nuovi accordi — art. 5, par. 2, per gli accordi già stipulati al momento dell'entrata in vigore del regolamento).

Bisogna quindi stabilire se un accordo col quale un'impresa s'impegna ad acquistare esclusivamente alcuni prodotti da un'altra impresa dello stesso Stato, *riguardi* l'importazione o l'esportazione fra Stati membri ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, n. 1.

La soluzione mi pare debba essere negativa. Indubbiamente l'obbligo di rifornirsi esclusivamente presso una sola controparte avente sede nello stesso Stato esclude la possibilità di rivolgersi ad ogni altro fornitore, sia nello stesso Stato membro che all'estero, e sotto questo profilo no n èescluso che l'accordo possa avere ripercussioni sulle importazioni o sulle esportazioni. Queste però non sono l'oggetto del contratto di fornitura esclusiva, non si può affermare che un simile contratto le *riguardi* (les concerne), termine che mi pare più incisivo che non la parola « *pregiudicare* » (« affecter »), di cui all'articolo 85 del trattato, e un simile contratto può esercitare sull'import-export solo un'influenza indiretta. Tale influenza è poi difficilmente valutabile, poiché le parti contraenti non sono pienamente in grado di valutare le conseguenze indirette degli accordi che esse stipulano e tali conseguenze variano in funzione delle circostanze; quindi mi pare che possa venire trascurata.

D'altro canto, se si ammettesse che ogni accordo d'esclusiva stipulato tra due imprese aventi sede nello stesso Stato membro si ripercuote sull'import-export, l'articolo 4, paragrafo 2, n. 1, del regolamento n. 17 verrebbe praticamente svuotato di contenuto.

Correggendo lievemente la questione deferita dal giudice tedesco, gli si potrebbe rispondere che i contratti stipulati tra due imprese dello stesso Stato, e coi quali una delle parti s'impegna ad acquistare esclusivamente

presso l'altra alcuni prodotti che saranno rivenduti sul territorio dello stesso Stato, non riguardano l'import-export tra gli Stati membri ai sensi dell'articolo 4 del regolamento n. 17 e quindi non vanno notificati.

III

L'Oberlandesgericht chiede poi come si debba interpretare l'articolo 85, n. 2, del trattato CEE, per quanto riguarda gli accordi che non vanno notificati — tenuto conto della possibile retroattività di una decisione di esenzione adottata dalla Commissione in forza dell'articolo 85, n. 3, del trattato e dell'articolo 6 del regolamento n. 17 — e se un accordo che non va notificato sia provvisoriamente valido.

L'articolo 85, n. 2, dispone che gli accordi vietati a norma dello stesso articolo sono nulli. È sorta immediatamente la questione di come si dovesse interpretare questa disposizione per gli accordi già in atto all'entrata in vigore del regolamento n. 17 e la soluzione è stata data nella sentenza de Geus contro Bosch del 6 aprile 1962 (causa 13-61, Raccolta VIII, pag. 87). Voi avete stabilito che, per quanto riguarda detti accordi, la nullità assoluta non deriva automaticamente dal fatto ch'essi ricadono sotto l'articolo 85, n. 1, poiché possono venire esonerati dal divieto sancito da questo numero in forza di quanto dispone il numero 3 dello stesso articolo. Ricorderò un brano della vostra sentenza, in cui è detto : « Questi accordi e convenzioni devono essere considerati validi qualora ricadano sotto l'articolo 85, paragrafo 2 (trattasi degli accordi che non vanno notificati) e devono essere considerati provvisoriamente validi qualora, all'infuori del caso testé considerato, siano notificati alla Commissione in conformità all'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento ». Questa validità tuttavia non è definitiva poiché la Commissione può in seguito rifiutare l'esenzione di cui all'articolo 85, n. 3.

Restava da definire questa validità provvisoria e se ne dovevano precisare gli effetti. La vostra sentenza del 1962 ha originato, sia nella giurisprudenza nazionale che nella dottrina, una gamma di soluzioni, alcune più restrittive, altre più liberali, che l'avvocato generale Roemer ha esaurientemente tratteggiato nelle sue conclusioni sulla sentenza Portelange del 9 luglio 1969 (10-69, Raccolta XV, pag. 318). La causa verteva su un accordo precedente l'entrata in vigore del regolamento n. 17, che doveva essere ed era stato notificato.

Nelle osservazioni presentate in giudizio, la Commissione, partendo dal presupposto che il divieto di cui all'articolo 85, n. 1 non viene meno, anche se vi è stata notifica, finché l'organo comunitario non si sia pronunciato nei confronti dell'accordo, riteneva incompatibile col trattato che nel periodo precedente a detta decisione un'intesa potesse venire considerata, sotto il profilo del diritto privato, valida senza riserve. La Commissione inoltre, mentre ammette che nel periodo transitorio le parti contraenti debbano rispettare i reciproci impegni — quali quello di collaborare onde ottenere l'esenzione di cui all'articolo 85, n. 3 e quello di astenersi da ogni azione che possa compromettere l'ottenimento di questa esenzione — ritiene tuttavia che le parti non possano avvalersi dell'accordo per chiedere ai giudici nazionali la condanna della controparte all'adempimento del contratto.

Voi avete radicalmente respinto questa tesi. In realtà, si può stabilire se un accordo notificato sia effettivamente vietato solo in base ad elementi che non possono considerarsi acquisiti senza aver constatato espressamente che la fattispecie in esame non solo rientra tra quelle vietate dall'articolo 85, n. 1, ma nemmeno giustifica la deroga di cui al n. 3.

Finché questa constatazione preliminare non è stata fatta, ogni accordo regolarmente notificato va considerato valido

ed il principio generale della certezza del diritto esige ch'esso spieghi tutti i suoi effetti finché la Commissione non si è pronunciata.

Si deve ammettere la stessa soluzione per gli accordi che non dovevano essere e che non sono stati notificati?

In senso affermativo, la birreria Bilger adduce numerose ragioni. Anzitutto la sentenza Bosch, che non consente di riservare un trattamento meno favorevole a questa categoria di accordi rispetto a quelli che vanno notificati a norma del regolamento n. 17. Se sono stati esentati dall'obbligo, il motivo, come è detto nella motivazione, va ricercato nella loro « minore pericolosità » per lo sviluppo del mercato comune; quindi devono poter avere un'applicazione altrettanto vasta. D'altra parte, l'articolo 6, n. 2, del regolamento n. 17 prevede la loro eventuale esenzione retroattiva dal divieto di cui all'articolo 85, n. 1. Sarebbe quindi illogico considerarli viziati da una nullità condizionata o privi di reale efficacia finché la Commissione non si sia pronunciata in merito. Se per avere tale efficacia dovessero essere notificati — il che è possibile a norma dell'articolo 5, n. 2, del regolamento — ogni impresa seria dovrebbe in pratica notificare gli accordi, ma annullando così la distinzione tra accordi che vanno notificati e accordi che vanno esenti da quest'obbligo si tradirebbe l'intenzione degli autori del regolamento e la Commissione si troverebbe sommersa da una valanga di pratiche. Infine, l'esigenza della certezza del diritto vale per questi accordi come per quelli menzionati nella sentenza Portelange : la lentezza con cui procede la Commissione nell'adottare una decisione di esenzione è dannosa pure nei loro confronti.

La Commissione assume una posizione molto diversa. Essa risfodera, per gli accordi esenti da notifica, la tesi restrittiva della validità provvisoria, invano sostenuta per gli accordi che vanno notificati. Essa adduce a sostegno i criteri su cui le pare sia fondata la sentenza Portelange : l'impossibilità per gli interessati di accelerare l'adozione di una decisione ai sensi dell'articolo 85, n. 3 e le esigenze della certezza del diritto — la possibilità che la notifica offre alla Commissione di porre fine ad una situazione provvisoria, rifiutando l'esenzione o valendosi dell'articolo 15, n. 6, del regolamento. Dal momento in cui gl'interessati sono stati informati che, dopo un esame provvisorio, la Commissione non ritiene di poter applicare l'articolo 85, n. 3, essi possono continuare ad adempiere il contratto, però a loro rischio e pericolo.

La situazione sarebbe molto diversa per gli accordi non notificati. Le imprese hanno sempre la facoltà di notificare gli accordi spontaneamente, ponendo così fine all'incertezza giuridica che caratterizza simili accordi. Quanto alla Commissione, che in generale viene a conoscenza con molto ritardo di detti accordi, essa non dispone di alcun mezzo per instaurare rapidamente nei confronti degli interessati una delle procedure di cui al regolamento n. 17. Infine, riferendosi all'articolo 15, n. 2, essa ritiene che l'attribuire agli accordi che non vanno notificati gli effetti giuridici di cui alla sentenza Portelange, rischierebbe di porre in conflitto l'obbligo, di diritto privato, di adempiere il contratto e l'obbligo, che implica una sanzione di carattere pubblico, di osservare le norme del trattato in materia di concorrenza. Essa non nega che il contratto abbia creato vincoli ed obblighi tra le parti, ritiene che gl'interessati non dovrebbero prendere alcuna iniziativa atta ad ostacolare un'esenzione, e in particolare non dovrebbero stipulare contratti che possano impedire l'esecuzione dell'accordo provvisoriamente valido; tale validità però non dovrebbe implicare che una parte contraente, prima che la Commissione abbia deciso, possa chiedere all'altra parte l'adempimento dell'obbligazione oppure il risarcimento in caso d'inadempimento. Secondo la Commissione, sarebbe opportuno che la questione

deferita dal giudice tedesco fosse risolta in questo senso.
L'argomentazione non manca di forza ed alcuni argomenti testuali paiono confermarla. Bisogna notare tuttavia che la maggior parte delle ragioni esposte nella sentenza Portelange per affermare la validità degli accordi che andavano notificati, ha valore anche nel nostro caso : in particolare, l'argomento relativo all'incertezza giuridica propria di questi contratti. La soluzione proposta, cioè la notifica volontaria degli accordi, se dovesse assurgere a *condizione necessaria* per la loro piena efficacia, si tradurrebbe in un afflusso molto più cospicuo di quello previsto dalla Commissione. D'altro canto, la soluzione stride indubbiamente col pensiero degli autori del regolamento, che hanno voluto esentare da questa formalità i tipi di accordi menzionati all'articolo 5, n. 2, e che non sono solo quelli stipulati tra imprese con sede nello stesso Stato membro e che non riguardano l'import-export tra Stati membri. La dispensa si fonda sull'idea che tali accordi siano meno nocivi allo sviluppo del mercato comune : si deve dunque supporre che, se rientrano effettivamente nella sfera d'applicazione dell'articolo 85, n. 1, hanno molta probabilità di fruire di un provvedimento, ai sensi del n. 3 dello stesso articolo e non vi è grave rischio nell'ammettere che abbiano provvisoriamente ampia efficacia. Infine, l'eventuale conflitto, ricordato dalla Commissione, tra obbligazione di diritto privato e obbligazione sanzionata dal diritto pubblico mi pare molto meno probabile poiché, com'è stato detto all'udienza, in questo caso probabilmente la Commissione non infliggerebbe ammende. Quindi la tesi sostenuta da questa istituzione mi pare piuttosto assurda, giacché non ravviso alcun motivo cogente per ammettere una validità provvisoria limitata, per gli accordi che non vanno notificati a norma del combinato disposto degli articoli 4, paragrafo 2, n. 1, e 5, paragrafo 2, validità inferiore a quella riconosciuta agli accordi notificati e la risposta al giudice tedesco, mutatis mutandis, potrebbe essere sostanzialmente analoga a quella data nella sentenza Portelange.

Su questo secondo punto concludo che all'Oberlandesgericht di Karlsruhe sia risposto che gli accordi di cui all'articolo 85, n. 1, del trattato, che l'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento n. 17/62 dispensa dalla notifica, hanno piena efficacia finché la Commissione non si sia pronunciata a norma dell'articolo 85, n. 3 e delle disposizioni di detto regolamento.