CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE KARL ROEMER DEL 13 DICEMBRE 1972 [1]

Signor Presidente,
Signori Giudici,

Il Tribunal de Commerce di Liegi v'interpella per la seconda volta nel corso della causa dinanzi ad esso pendente tra la birreria De Haecht ed i soci di fatto Wilkin-Janssen, gestori di una mescita. Le questioni deferite sono le seguenti:

«1. Se il procedimento ai sensi degli artt. 2, 3 e 6 del regolamento n. 17 debba considerarsi instaurato dalla Commissione dal momento in cui questa ha accusato ricevuta della domanda di attestato negativo o della notifica intesa ad ottenere l'esonero di cui all'art. 85, n. 3, del trattato.

2. Se la notifica di un contratto-tipo, che si riferisce a norme di legge del 1968, equivalga alla notifica di un contratto analogo, concluso nel 1963.

3. Se la nullità degli accordi esenti da notifica debba ritenersi accertata alla data in cui uno dei contraenti l'abbia legittimamente eccepita, ovvero solo alla data della sentenza — o della decisione della Commissione — con cui essa venga dichiarata».

Sugli antefatti del procedimento di merito non è il caso di dilungarmi troppo, giacché i punti essenziali sono già stati esposti nella causa 23-67 (Racc. 1967, pag. 479). Ricorderò semplicemente che la birreria De Haecht, che ha sede in Belgio, nel corso del 1963 stipulava con i gestori di una mescita (Wilkin-Janssen) pure situata in Belgio, diversi contratti, con cui il produttore s'impegnava a finanziare la mescita e a fornire attrezzature e suppellettili per il locale. Dal canto loro i gestori assumevano l'impegno di acquistare le bevande necessarie esclusivamente dalla De Haecht. Poiché tale impegno non è stato rispettato, la De Haecht citava i gestori della mescita dinanzi al Tribunal de Commerce di Liegi chiedendo la risoluzione del contratto per inadempimento dei convenuti, che avrebbero dovuto restituire suppellettili e attrezzatura ricevute in prestito, nonché risarcire all'attrice il danno provocato con il loro comportamento. I convenuti hanno eccepito che in forza dell'art. 85 del trattato CEE, contratti come quello con cui si erano vincolati erano incompatibili con l'art. 85 del trattato e quindi sostanzialmente privi di effetto giuridico. L'eccezione induceva il giudice a sospendere il procedimento con sentenza 8 maggio 1967 e ad interpellare la Corte per avere chiarimenti su un determinato problema scaturente dall'art. 85 del trattato CEE. La Corte si pronunciava il 12 dicembre 1967. Nelle mie conclusioni avevo proposto allora di sospendere il procedimento ed invitare le parti in causa a rivolgersi alla Commissione per avere delucidazioni; la De Haecht lo ha fatto, inviando alla Commissione un modulo del contratto tipo stipulato con la controparte. In questo modo l'istituzione, con piena conoscenza di causa, sarebbe stata in grado di dichiarare che la fattispecie non poteva venir disciplinata dall'art. 85, n. 1. Il modulo è pervenuto il 13 gennaio 1969 e la Commissione ne ha confermato per iscritto la ricezione il 27 gennaio 1969. Con decisione 9 ottobre 1969, la Commissione ha disposto un'ispezione d'indole generale nel settore dei produttori di birra, come previsto dall'art. 12 del regolamento n. 17 (GU 1962, pag. 204).

Nel frattempo sono state emanate altre due sentenze pregiudiziali su argomenti analoghi, una il 9 luglio 1969, nella causa 10-69 (Racc. 1969, pag. 309), relativa agli effetti dei contratti denunciati (sen-

1 — Traduzione dal tedesco.

tenza Portelange); l'altra è stata emanata il 18 marzo 1970, nella causa 43-69 (Bilger/Jehle, Racc. 1970, pag. 127), nella quale si sanciva che un contratto di fornitura di birra valido sul territorio nazionale e stipulato tra due imprese dello stesso Stato membro, non deve venir denunciato e conserva il proprio effetto vincolante finché l'illegittimità non venga esplicitamente dichiarata.

La De Haecht ha concluso quindi che il vincolo contratto con i soci Wilkin-Janssen non era mai venuto meno, perciò insisteva per ottenere la risoluzione del contratto. Il Tribunal di Liegi però non accoglieva la domanda, anzi, accogliendo alcune eccezioni sollevate dai convenuti, che si richiamano alla dottrina, il giudice di merito ha ritenuto che prima di pronunciarsi in via definitiva fosse necessario chiarire ulteriori punti di diritto comunitario. Con sentenza 27 giugno 1972 il procedimento veniva nuovamente sospeso per deferire alla vostra Corte le questioni citate all'inizio.

1. La prima questione riguarda il problema del se un procedimento promosso dalla Commissione a norma degli artt. 2, 3 e 6 del regolamento n. 17 abbia inizio al momento in cui l'istituzione conferma di aver ricevuto la domanda di «attestazione negativa» oppure dal momento in cui perviene la domanda di esenzione prevista dall'art. 85, n. 3, del trattato. La questione quindi mira ad ottenere l'interpretazione dell'art. 9, n. 3, del regolamento n. 17 che recita: «Fino a quando la Commissione non abbia iniziato alcuna procedura a norma degli artt. 2, 3 o 6, le autorità degli Stati membri restano competenti per l'applicazione dell'art. 85, n. 1 . . . anche se non sono scaduti i termini per la notificazione indicati nell' art. 5, n. 1 e nell'art. 7, n. 2».

Sarebbe prematuro esaminare subito la questione, poiché l'attrice ha eccepito anzitutto che essa è irrilevante per la pronuncia sul merito giacché il solo elemento essenziale è la denuncia alla Commissione dell'accordo litigioso operata dall'attrice. Questa conclusione è suggerita dalla sentenza Portelange (causa 10-69), in quanto dalla motivazione risulta che gli accordi denunciati alla Commissione (sussista o meno l'obbligo di denunciarli) sono validi e più precisamente esplicano i loro effetti fino a quando la Commissione, unica competente in materia, si sarà pronunciata circa l'applicabilità al singolo contratto dell'art. 85, n. 3. Così stando le cose, l'invalidità del contratto non può venir sancita dai tribunali nazionali, il che sarebbe in contrasto con i principi della sentenza Bilger; sotto questo aspetto si svuota di contenuto la questione del se la Commissione abbia instaurato un procedimento a norma del regolamento n. 17.

È assodato che la Corte si astiene dal pronunciarsi sulla rilevanza, sotto il profilo del giudizio di merito, delle questioni poste nell'ambito di un procedimento pregiudiziale e nella sentenza Salgoil si è fatto richiamo ad un'ipotesi eccezionale, quale l'errore patente nel ricorso alle norme comunitarie. Poiché però nella fattispecie la rilevanza ai fini del giudizio di merito può essere valutata soltanto in base a considerazioni di diritto comunitario, sarebbe d'uopo abbandonare il tradizionale riserbo. Il mio esame parte dalla presunzione che la denuncia dell'accordo alla Commissione non dia adito a rilievi. L'attrice riconosce che il nocciolo della questione sta nella portata che verrà attribuita alla sentenza Portelange, vale a dire si dovrà stabilire se la sentenza si riferisce ai vecchi accordi (antecedenti all' entrata in vigore del regolamento n. 17) e ai nuovi (cioè posteriori al regolamento di cui sopra).

Limitandosi alla motivazione, si potrebbe essere propensi a dare una risposta positiva. La sentenza recita: «La questione del se l'accordo sia effettivamente vietato dipende dalla valutazione di fattori economici e giuridici e non può essere risolta in senso affermativo prima che sia stato positivamente accertato che il singolo accordo, non solo possiede le caratteristiche indicate dall'art. 85, n. 1, ma anche non si presta alla deroga di cui al n. 3, finché tale accertamento non abbia avuto luogo, l'accordo debitamente noti-

ficato deve essere considerato valido». Inoltre si sostiene che sarebbe contrario al principio fondamentale della certezza del diritto «il trarre, dal carattere provvisorio della validità degli accordi notificati, la conclusione che fino a quando la Commissione non si sarà pronunciata a norma dell'art. 85, n. 3 del trattato, la loro efficacia è solo parziale».

Ad un esame più attento però risulta meno evidente che la Corte abbia effettivamente inteso sancire un principio generale. Anzitutto è pacifico che le questioni deferite — come risulta dalle considerazioni fatte sulla competenza della Corte — riguardavano solo i cosiddetti accordi «vecchi». A questo elemento positivo si aggiunge la considerazione che le pronunce pregiudiziali, specie se vertono su problemi complessi che possono avere ripercussioni imprevedibili, si limitano di solito alle affermazioni strettamente necessarie, quindi appare ardita l'ipotesi che la Corte, nel caso Portelange, abbia inteso sancire un principio di tale portata senza averne motivo fondato.

La mia supposizione trova conferma nel dispositivo della sentenza Portelange, che inizia come segue: «Gli accordi di cui all'art. 85, n. 1, del trattato che siano stati debitamente notificati a norma del regolamento n. 17/62...». Poiché in questa causa non si è mai discusso di presupposti formali (e nella causa non vi sono richiami ai regolamenti della Commissione che disciplinano le formalità), si può solo ritenere che l'avverbio «debitamente» si riferisce al termine di cui all' art. 5 del regolamento n. 17. Ciò però implica che la sentenza si riferisce solo ai «vecchi» accordi.

Altra conferma alla mia tesi giunge dalla sentenza Bilger (causa 43-69). Al termine del penultimo paragrafo si parla di effetti analoghi a quelli provocati dagli accordi denunciati, ma esistenti anteriormente al 13 marzo 1962, cioè si fa riferimento ai vecchi accordi. Questa limitazione è particolarmente sintomatica. Se la giurisprudenza intendesse stabilire che i principi sanciti dalla sentenza Portelange si estendono anche ai nuovi accordi, vale a dire tali principi si applicano nei loro confronti dal momento in cui gli accordi sono stati denunciati alla Commissione, la limitazione sancita al termine della sentenza Bilger sarebbe superflua e invece si sarebbe dovuto accennare più genericamente agli effetti degli accordi denunciati. L'aver ribadito al termine della sentenza Bilger questa limitazione significa che si è inteso chiarire (e confermare) quanto sancito nella sentenza Portelange. Sarei quindi del parere che la rilevanza della prima questione non può venir negata in base alla semplice invocazione della portata della sentenza Portelange.

Si potrà ancora aggiungere che appare ardito un ampliamento dei principi della sentenza Portelange, cioè la loro estensione ai nuovi accordi, iniziativa che per di più è stata molto controversa. Poiché il giudice proponente non lo ha richiesto esplicitamente, rinuncio ad approfondire il problema, tuttavia aggiungo che, a mio avviso, è impossibile conciliare con il sistema del trattato la tesi secondo cui i nuovi accordi denunciati svolgono tutti i loro effetti fino al momento in cui viene sancita esplicitamente la loro invalidità, il che però porrebbe gli accordi nella sfera di competenza del giudice nazionale. L'ipotesi si fonda chiaramente sul presupposto che gli accordi incompatibili con l'art. 85, n. 1, sono vietati ex lege ed ogni pronuncia di nullità nei loro confronti è superflua. Se si generalizzassero le tesi della sentenza Portelange, si trasformerebbe il sistema voluto dal legislatore (divieto mitigato da una riserva di autorizzazione) in un sistema di controllo dell'abuso, giacché l'inefficacia di un contratto potrebbe venir sancita solo con una decisione della Commissione come previsto dall'art. 85, n. 3.

La tesi non è sostenibile, come risulta dal chiaro tenore dell'art. 1 del regolamento n. 17. Ricorderò ancora che l'art. 6 del regolamento n. 17 stabilisce: «Quando la Commissione rilascia una dichiarazione... indica la data a decorrere dalla quale la dichiarazione prende effetto». Questa norma non avrebbe più senso se i contratti denunciati fossero efficaci ope legis fino a che non viene adottata una decisione a norma dell'art. 85, n. 3. Lo

stesso può dirsi della disposizione dell' art. 15 del regolamento n. 17: l'efficacia immediata dei contratti denunciati renderebbe superfluo il n. 5, in virtù del quale è vietato colpire d'ammenda un comportamento successivo all denuncia alla Commissione e anteriore ad una decisione a norma dell'art. 85, n. 3.

Non penso che si possa affermare inoltre che la Corte di giustizia auspica una radicale trasformazione del sistema a scapito dei principi del diritto concorrenziale, giacché in altre occasioni la Corte ha regolarmente sottolineato quale importanza abbia il rispetto delle regole sulla concorrenza per il funzionamento del mercato comune. Questa trasformazione per di più non sarebbe giustificata né dalla lunga durata della procedura prevista per l'esame degli accordi da parte della Commissione né dal principio della certezza del diritto (considerazione che nel caso Portelange sono servite a giustificare una disciplina speciale transitoria adottata per i vecchi accordi).

Per ammettere il principio basterà pensare che gli interessati hanno altri mezzi di difesa (ricorsi per carenza o domande di risarcimento) nel caso in cui la Commissione non tenga fede ai propri impegni, che la Corte ha ben definito, allorché ha sancito che deve venir adottata «entro un termine ragionevole» una decisione a norma dell'art. 85, n. 3.

A questo punto possiamo concludere che la soluzione della questione è necessaria per pronunciarsi sul merito e la disparità di opinioni cui ci troviamo di fronte non facilita certo la formulazione di un giudizio.

L'attrice nel procedimento di merito ritiene che un procedimento a norma dell' art. 9 del regolamento n. 17 sia regolarmente instaurato dal momento in cui la Commissione conferma la ricezione di una domanda a norma dell'art. 2 oppure di una denuncia ai sensi dell'art. 6 del regolamento n. 17. Gli altri partecipanti al procedimento, il governo federale, il governo francese e la convenuta nel procedimento di merito, si oppongono fermamente a questa idea.

I primi sostengono che l'inizio del procedimento è segnato da una manifestazione positiva di volontà da parte della Commissione, cioè l'emanazione di una decisione a norma degli artt. 2 e 3 o 6 del regolamento n. 17; più esattamente l'emanazione formale di un atto introduttivo. I convenuti ritengono invece che la Commissione debba almeno avere disposto lo svolgimento di alcune indagini. Questa tesi è condivisa dall'attrice in via subordinata in quanto essa ricorda che la Commissione, nell'ottobre 1969, in base all'art. 12 del regolamento n. 17, ha disposto ispezioni nel settore dei produttori di birra.

Il tenore dell'art. 9 del regolamento n. 17 mette particolarmente in risalto la distinzione tra la *denuncia* di un accordo e l'*apertura* di un procedimento, che priva della loro competenza le autorità di un paese membro. La distinzione sarebbe stata inutile se la denuncia oppure la presentazione di una domanda costituissero l'atto che instaura un procedimento (e questo era apparentemente lo scopo — come sottolinea il Deringer nel suo Commento al diritto sulla concorrenza nella CEE — di una prima proposta della Commissione, che però il Consiglio non ha accettato).

Anche la scelta del termine «introdurre» (il francese parla di «engager») è sintomatico. Esso implica qualcosa di più della passiva accettazione delle domande, della loro registrazione automatica, dell' invio di conferme di ricezione e — come prescrive l'art. 10 del regolamento n. 17 — l'immediata notifica agli Stati. Se ho ben compreso il termine, «svolge» ha significato attivo, cioè significa evidentemente che la Commissione deve aver preso determinate iniziative per far fronte ad una determinata situazione.

Ciò si desume anche dal senso e dallo scopo della norma, che mira ad evitare i doppioni, cioè i procedimenti aperti contemporaneamente dalla Commissione e dalle autorità nazionali. Tale pericolo tuttavia si profila solo nel momento in cui la Commissione ha preso ad indagare sostanzialmente su una determinata fattispecie.

Attenendosi quindi solo al tenore della prima questione, si dovrebbe rispondere che un procedimento a norma degli artt. 2, 3 e 6 del regolamento n. 17 non si apre nel momento in cui alla Commissione è pervenuta una domanda mirante a far emanare una dichiarazione negativa oppure allorché perviene una domanda di esenzione, come previsto dall'art. 85, n. 3, del trattato.

Vediamo il problema anche nel suo aspetto positivo, cioè cerchiamo di determinare quando si deve considerare iniziato un procedimento a norma dell'art. 9 (ad esempio se inizi con la disposizione di un atto istruttorio oppure se il momento dell'inizio sia costituito dall'emanazione di un provvedimento formale che ne decreta l'apertura, provvedimento del quale vengono informati anche gli Stati membri). È necessario anzitutto ammettere che un provvedimento formale di apertura e la sua notifica agli Stati membri presenta il vantaggio di non lasciar dubbi circa l'applicazione dell'art. 9. D'altra parte si può osservare che questa prassi non è prescritta né contemplata dall'art. 9 o da altre norme del regolamento n. 17. Contrariamente a quanto ritiene la Commissione, non è possibile affermare che la sentenza n. 48-69 ha implicitamente confermato la necessità di un provvedimento che sancisca l'inizio della procedura. Prescindendo dal fatto che in quel caso il procedimento è stato promosso d'ufficio, è indubbio che il problema attuale non si era posto in quell'occasione, quindi la Corte non aveva alcuna ragione di statuire che solo con l'emanazione di un determinato provvedimento si poteva considerare instaurato il procedimento.

Tenendo però presenti spirito e finalità del regolamento, è possibile affermare che un procedimento a norma dell'art. 9 si deve considerare iniziato se risulta che sono già stati compiuti chiari ed inequivocabili atti della prassi amministrativa riguardante le intese. Tra i provvedimenti sintomatici si può includere la disposizione di determinate misure istruttorie, vale a dire, nella fattispecie, si può ritenere — come fa l'attrice — che la decisione della Commissione relativamente all'esecuzione di un controllo nel settore delle birrerie, ha segnato l'inizio di un procedimento ai sensi dell'art. 9. È indubbio che l'indagine ha carattere generico e si estende a tutto il settore delle birrerie. Non si deve però dimenticare che nella prima sentenza De Haecht è stato dichiarato che i contratti come quello litigioso vanno valutati alla luce della situazione nel suo complesso, motivo per cui in questi casi è necessario disporre indagini di carattere generale. L'attrice ha inoltre prodotto un documento relativo ad un colloquio tra i rappresentanti della direzione generale concorrenza della Commissione ed i rappresentanti della Communauté de travail des brasseurs du marché commun, dal quale risulta che «eu égard à l'affaire Haecht/Wilkin et à l'arrêt rendu à ce sujet par la Cour de Luxembourg . . .» il est «indispensable de procéder à une enquête portant sur le contrat de brasserie afin de déterminer s'il tombe sous le coup de l'article 85, par. 1er, du traité de la CEE . . .». Se quindi si presume che l'art. 9, n. 3 del regolamento n. 17 vincoli anche i tribunali degli Stati membri (però l'opinione ha provocato dissensi), si potrebbe affermare che dal momento in cui l'indagine è iniziata, ed ha coinvolto poi tutto il settore, il giudice di merito non aveva più competenza per applicare l'art. 85, n. 1 al contratto controverso.

Questo è quanto si può dire sulla prima domanda deferita dal giudice proponente.

2. Con la seconda questione il giudice a quo desidera sapere se la denuncia di un contratto tipo può valere anche come denuncia di un contratto analogo stipulato in precedenza. Non vi è molto da dire, giacché tutti i partecipanti al processo si sono dichiarati per l'affermativa ed anche io accolgo questa tesi.

A questo proposito mi richiamo alla sentenza 1-70 (Racc. 1970, pag. 515), nella quale la Corte, pronunciandosi in un caso analogo, ha giustificato la propria risposta riconoscendo alla Commissione la

facoltà, a norma dell'art. 24 del regolamento n. 17, di emanare norme di esecuzione per disciplinare i particolari della denuncia. Dalle norme dei regolamenti n. 27-62 (GU 1962, pag. 1118) e n. 1133/68 (GU 1968, n. L 189, pag. 1), nonché dai moduli allegati, si poteva desumere che per i contratti tipo era sufficiente allegare il contratto standard ed indicare il nome e l'indirizzo delle parti contraenti. Questa semplificazione, dal punto di vista pratico, è senz'altro plausibile. Inoltre si può ritenere sufficiente questo modo di informare la Commissione, che eventualmente può indagare più a fondo sui particolari ed intervenire se lo ritiene necessario.

Questo principio è già stato applicato in un caso in cui il contratto tipo era già stato stipulato e denunciato prima della firma del contratto specifico, di contenuto analogo, di cui il giudice dovèva conoscere. Nell'ipotesi inversa, è opportuno seguire lo stesso criterio: si possono cioè applicare i principi sanciti dalla sentenza 1-70 (semplificazione del procedimento amministrativo se la Commissione dispone di sufficienti fonti d'informazione), vale a dire la denuncia adempie le sue funzioni pratiche e finalistiche anche se viene trasmesso alla Commissione il contratto tipo.

Quanto alle affermazioni dell'attrice, si potrebbe al massimo ancora osservare che la validità della denuncia non viene logicamente sminuita dal fatto che nella domanda si faceva richiamo alla situazione giuridica esistente in Belgio in questo settore dal 1968, situazione che ogni tre anni viene modificata dopo essere stata discussa nell'ambito dei rispettivi ambienti economici e che quindi al momento della stipulazione dei contratti litigiosi differiva da quella esistente nel 1963. Questo richiamo potrebbe apparire opportuno in quanto il contratto-tipo tace sulla durata dell'impegno ad acquistare prodotti in esclusiva, anzi la durata sarebbe stata determinata dai decreti reali allora in vigore e dall'entità del prestito. In sostanza il richiamo costituisce una semplice integrazione della denuncia per quanto riguarda un elemento essenziale, cioè l'indicazione di un dato che deve consentire alla Commissione di determinare esattamente il contenuto dei contratti di sua competenza alla luce delle disposizioni dei decreti reali relativi.

In conclusione, si può dire che il regolamento n. 17 non prescrive nulla di più che la denuncia del contratto-tipo; il principio vale anche se si vuol tener conto delle circostanze particolari della fattispecie.

3. Infine il giudice a quo vorrebbe sapere se la nullità degli accordi esentati dalla denuncia abbia effetto dal momento in cui venga fatta valere da una parte contraente oppure dal momento in cui il giudice o la Commissione la pronuncino. La questione si riferisce chiaramente alla sentenza Bilger (causa 43-69), quindi sarà opportuno ricordarne brevemente il contenuto.

Come nella fattispecie, era stato stipulato un contratto di fornitura di birra tra due parti aventi sede nello stesso Stato membro; il gestore della mescita era obbligato ad acquistare esclusivamente prodotti di una determinata marca presso il fornitore). La Corte ha stabilito che tali contratti, a norma dell'art. 4, n. 2, del regolamento n. 17 sono esenti da denuncia (questione che non si é posta per il contratto De Haecht/Wilkin-Janssen). È anche importante ricordare che è stato sancito che non si può concludere che gli accordi esenti dalla denuncia sono nulli con effetto retroattivo se i tribunali nazionali li dichiarano vietati a norma del n. 1 dell'art. 85, che fa scattare il n. 2 dello stesso art. 85. Nella sentenza si afferma «che la nullità, costituente un rischio cui tali accordi rimangono esposti, avrà eventualmente effetto soltanto dal giorno in cui essa venga accertata».

Il senso della sentenza per me è chiarissimo: afferma il principio che un contratto dichiarato nullo ad opera di un tribunale nazionale in virtù dell'art. 85, n. 1, perde la sua efficacia ex nunc, il che ci fa comprendere che la questione ora deferita non mira soltanto a precisare ulteriormente la sentenza Bilger, ma eventualmente a farla modificare, in considera-

zione dell'argomento svolto dai convenuti nel procedimento di merito, cioè non si può trascurare la certezza del diritto, principio giuridico generale che implica che la nullità, in questi casi, ha efficacia dal momento in cui viene invocata da una delle parti contraenti.

Vediamo se tale tesi possa venire accolta e, dopo aver preso atto delle osservazioni degli altri partecipanti, dobbiamo stabilire se non sia il caso di riconoscere l'efficacia retroattiva dal giorno della stipulazione del contratto. Questa è la tesi sostenuta dal governo francese e dal governo tedesco, mentre la Commissione, che si fonda soprattutto sull'orientamento della sentenza Bilger, ammette che tale soluzione possa venire adottata nell' ipotesi, che finora non si è ancora presentata, che una decisione della Commissione sancisca la nullità a norma del n. 1 dell'art. 85.

Si deve anzitutto ammettere che appare logica la critica mossa alla sentenza Bilger. In effetti dai principi ivi sanciti si conclude che, nei casi speciali di accordi esenti da denuncia, invece di applicare il principio del divieto si dovrebbe esercitare un semplice controllo sugli abusi, sistema seguito in Germania per alcuni settori. La teoria può venir controbattuta con gli stessi argomenti già esposti parlando della sentenza Portelange, argomenti tratti soprattutto dal tenore dei primi due numeri dell'art. 85, corroborati dalla ripetizione di questo principio nell'art. 1 del regolamento n. 17.

Restano ancora le conclusioni che si possono trarre dagli artt. 6 e 15 del regolamento n. 17; si ricordi inoltre che solo l'art. 7 del regolamento n. 17 ammette una limitazione del principio della nullità per determinati accordi di vecchia data non soggetti a denuncia e l'art. 9, n. 1 del regolamento n. 17 si fonda evidentemente sull'effetto declaratorio della pronuncia che dichiara un accordo vietato a norma del n. 1 dell'art. 85.

Questi argomenti non sono nuovi, sono stati svolti fin dalle prime battute del processo e quindi non si può ritenere che la Corte se ne sia scordata allorché si è pronunciata sul caso Bilger. L'orientamento della Corte in quell'occasione si può spiegare soltanto tenendo presente che il sistema generale del diritto comunitario in materia di accordi come dimostrano le norme che disciplinano la materia è ancora costellato di contraddizioni, lacune e punti oscuri. Così stando le cose, la Corte ha sentito il dovere di fornire lumi e contribuire all'integrazione del sistema: si è pensato che l'esenzione dalla denuncia innestata su un sistema che prevede anche esenzioni totali dal divieto dell'art. 85, n. 1, è stata probabilmente dettata dal fatto che gli accordi che non vanno denunciati sono meno idonei a pregiudicare gli scambi tra gli Stati membri e, per quanto riguarda il requisito della certezza del diritto, una loro eventuale nullità esplica i suoi effetti solo dal giorno in cui essi sono dichiarati vietati.

Ciò premesso, non posso immaginare che la Corte, in base alle considerazioni svolte nel corso del procedimento attuale, giunga a mutare un orientamento che in verità ha assunto finora esclusivamente nei confronti di accordi che non andavano denunciati.

Questo mutamento è tanto più improbabile in quanto il Consiglio, dopo l'emanazione della sentenza Bilger e conosciuti i principi cui essa si ispirava, ha previsto ulteriori esenzioni dall'obbligo di denuncia. Ciò sarebbe stato impossibile se il Consiglio avesse giudicato che l'orientamento della Corte non rispecchiava fedelmente lo spirito della legge.

Ora si può anche ritenere inconferente l'argomento secondo cui le sentenze dei tribunali nazionali, in virtù di un principio giuridico generale, avrebbero effetto declaratorio, vale a dire sancirebbero una nullità ex tunc, nullità che quindi dipenderebbe dalla sentenza. In questo modo si infrangerebbe il sistema, perché si attribuirebbe ai giudici nazionali la potestà di manovrare il diritto.

In realtà, questa considerazione convince solo in apparenza: è importante il fatto che il principio introdotto dalla Corte nella sua attività giurisprudenziale, fa sì che gli accordi che non vanno denunciati possano fruire in pratica di un tratta-

mento giuridico preferenziale. La Corte ritiene che la struttura dell'istituto implica che gli effetti della nullità siano conseguenza immediata della pronuncia di un organo che agisce in virtù di facoltà sovrane. In questo caso anche le sentenze della magistratura non costituiscono una nuova situazione, ma si limitano a constatare la sussistenza dei presupposti prescritti dal n. 1 dell'art. 85.

Di riflesso l'accordo è nullo in forza delle disposizioni del diritto comunitario. In sostanza non viene mutata la natura di un atto giuridico, che nemmeno la Corte ha qualificato come tendente a far sancire l'annullamento.

Dopo quanto ho premesso, non si può certo pensare che la Corte accolga la tesi dei convenuti nel procedimento di merito, che affermano che la nullità ha effetto dal momento in cui viene invocata da una delle parti contraenti. Nella causa Bilger la situazione era analoga, ma la Corte non ha condiviso il punto di vista dei convenuti; nel nostro caso si deve aggiungere che i convenuti non sono riusciti a dimostrare che il principio che essi sostengono è ammesso dal diritto degli Stati membri.

Non si dimentichi poi che un effetto retroattivo, pur se limitato, implicherebbe l'inosservanza del principio essenziale della certezza del diritto, proprio perché la nullità non verrebbe unicamente sancita con un provvedimento ufficiale, ma sarebbe posta alla mercé della volontà di parte e della valutazione soggettiva di chi intende farla valere.

Rimane infine la questione del se le decisioni della Commissione, con cui si constata la nullità degli accordi che non devono venir denunciati, annullino l'accordo con effetto ex tunc, come sostiene la Commissione. Nella sentenza Bilger il problema non si è posto, però ritengo che vi siano dubbi quanto alla sua rilevanza ai fini della pronuncia finale, giacché nel procedimento di merito si tiene conto soltanto dei provvedimenti della magistratura. Volendo esaminare accademicamente la questione, si rileva che non vi è motivo per operare la ripartizione auspicata dalla Commissione. Confermo la mia conclusione, pur se la situazione giuridica non coincide perfettamente, in quanto la Commissione emana un giudizio anche sotto il profilo dell'art. 85, n. 3. A partire da ciò, rimane l'esigenza primaria, sottolineata nella sentenza Bilger, di salvaguardare la certezza del diritto e la considerazione che gli accordi esentati dalla denuncia generalmente sono molto pericolosi sotto il profilo concorrenziale. Visto il tipo di convenzioni su cui verte l'attuale controversia, anche se dovessero venir annullate con decisioni della Commissione, in quanto sussistano i presupposti di cui all'art. 85, n. 1, si dovrebbe riconoscere che la nullità ha solo effetto ex nunc.

4. Al tribunale di Liegi bisognerebbe quindi fornire le seguenti risposte:

a) Un procedimento di cui agli artt. 2, 3 e 6 del regolamento n. 17, non si deve considerare promosso dalla Commissione nel momento in cui questa riceve la domanda mirante ad ottenere una «attestazione negativa» oppure nel momento in cui le perviene una denuncia mirante ad ottenere un'esenzione a norma dell'art. 85, n. 3, del trattato. È invece necessario che la Commissione abbia emanato disposizioni per l'inizio dell'indagine.

b) La denuncia di un contratto-tipo può sostituire la denuncia di un contratto precedente di contenuto analogo.

c) La nullità degli accordi esentati dalla denuncia svolge i suoi effetti dal momento in cui la nullità è constatata da un tribunale o con un provvedimento della Commissione.