

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le tribunal de commerce de Liège conformément au jugement rendu par cette juridiction le 27 juin 1972, dit pour droit :

- 1) Le simple envoi d'un accusé de réception d'une demande d'attestation négative ou d'une notification aux fins d'obtenir la dérogation sur la base de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE ne constitue pas l'engagement d'une procédure en application des articles 2, 3 ou 6 du règlement n° 17 ;
- 2) La notification régulièrement faite d'un accord type vaut notification de tous les accords du même contenu, même antérieurs, conclus par la même entreprise ;
- 3) La nullité visée par l'article 85, paragraphe 2, produit des effets rétroactifs.

Lecourt

Monaco

Pescatore

Donner

Mertens de Wilmars

Ainsi prononcé à l'audience publique tenue à Luxembourg le 6 février 1973.

Le greffier

Le président

A. Van Houtte

R. Lecourt

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. KARL ROEMER,
PRÉSENTÉES LE 13 DÉCEMBRE 1972 ¹

*Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,*

Le tribunal de commerce de Liège vous a saisis pour la deuxième fois d'une demande de décision préjudicielle dans le

procès pendant devant lui entre la Brasserie de Haecht et les consorts Wilkin-Janssen. Ce tribunal vous demande de répondre aux questions suivantes :

« 1) La procédure en application des articles 2, 3 et 6 du règlement n° 17

1 — Traduit de l'allemand.

doit-elle être considérée comme engagée par la Commission à partir du moment où celle-ci a accusé réception d'une demande d'attestation négative ou d'une notification aux fins d'obtenir l'exemption sur la base de l'article 85, paragraphe 3, du traité ?

- 2) La notification d'un accord type se référant à des dispositions légales prises en 1968 peut-elle valoir notification d'un accord similaire conclu dans le courant de l'année 1963 ?
- 3) La nullité des accords dispensés de notification est-elle censée constatée à la date où l'une des parties contractantes l'a régulièrement invoquée ou seulement à la date du jugement ou de la décision de la Commission qui la constate ? »

Nous n'avons pas grand-chose à dire au sujet des faits qui se trouvent à la base du procès au niveau national ; nous en avons déjà appris l'essentiel dans le cadre de l'affaire 23-67 (Recueil, 1967, 526). Vous vous souvenez en effet que plusieurs contrats ont été conclus en avril, juillet et août 1963 entre la Brasserie de Haecht, dont le siège est situé en Belgique, et les consorts Wilkin-Janssen qui exploitent un débit de boissons dans ce même pays. Ces conventions prévoient, d'une part, l'octroi de prêts aux exploitants du débit de boissons ainsi que la mise à leur disposition de mobilier et, d'autre part, l'obligation pour les exploitants de s'approvisionner exclusivement en boissons auprès de la Brasserie de Haecht. Cette clause n'ayant pas été respectée, la brasserie a intenté une action devant le tribunal de commerce de Liège en vue d'obtenir la résiliation des contrats au détriment des exploitants, la restitution du mobilier ainsi que des dommages-intérêts à concurrence d'un montant qui avait été fixé contractuellement. Pour leur part, les défendeurs ont soutenu que les contrats passés avec la Brasserie de Haecht ne sauraient être valides, puisqu'ils ont été conclus en violation de l'article 85 du traité de la CEE. La juridiction liégeoise a sursis à

statuer et vous a demandé, par jugement du 8 mai 1967, de clarifier un problème qui se posait dans le cadre de la disposition précitée. Dans votre arrêt préjudiciel du 12 décembre 1967, vous avez donné à cette juridiction les précisions qu'elle souhaitait obtenir, et cela après que nous vous eûmes présenté nos conclusions sur le problème posé. C'est apparemment à la suite d'une observation que nous avons faite à la fin de celles-ci (nous avions dit qu'il serait recommandable dans un pareil cas de surseoir à statuer et d'inviter les parties à l'instance à demander à la Commission de leur fournir des éclaircissements au sujet des problèmes que posait la situation de l'espèce dans le domaine du droit des ententes) que la Brasserie de Haecht s'est résolue à soumettre les faits à la Commission. Elle lui a notifié un contrat type de même teneur que le contrat litigieux, en lui demandant de prononcer à son sujet une déclaration de non-application de l'article 85, paragraphe 1, donc de lui délivrer une attestation négative. Le 27 janvier 1969, la Commission a accusé réception de cette notification, datée du 13 janvier 1969. Encore dans la même année, elle a ordonné dans une décision datée du 9 octobre 1969 d'engager une enquête dans le secteur de la brasserie, en application de l'article 12 du règlement n° 17 (JO 1962, p. 204). Par ailleurs — le fait est important — vous avez également rendu dans le courant de cette même année deux autres arrêts préjudiciels sur des problèmes du même ordre : l'arrêt Portelange du 9 juillet 1969 (affaire 10-69, Recueil, 1969, 309), qui avait trait aux effets d'accords notifiés et l'arrêt Bilger du 18 mars 1970 (affaire 43-69, Recueil, 1970, 127), dans lequel vous avez constaté à propos d'un contrat de brasserie conclu entre deux entreprises d'un même État membre que le contrat ne devait pas être notifié et sortait ses effets jusqu'à ce que sa nullité ait été explicitement constatée.

Ce concours de circonstances a fait croire à la Brasserie de Haecht qu'elle pouvait supposer désormais que le contrat conclu avec Wilkin et Janssen était

pleinement valide et qu'elle pourrait donc aboutir dans son action. Le tribunal de commerce de Liège n'a cependant pas fait droit à la demande qu'elle a introduite en ce sens. Les défendeurs ont soulevé en effet certaines objections, étayées d'arguments de nature scientifique, qui ont convaincu cette juridiction qu'il se posait encore certains problèmes de droit communautaire dans le cadre de l'instance. Dès lors, ce tribunal a de nouveau sursis à statuer et, par jugement du 27 juin 1972, il vous a saisis à titre préjudiciel des questions que nous avons énoncées au début de nos conclusions. Quelle réponse conviendrait-il de leur donner ? C'est ce que nous allons rechercher maintenant.

1. La première question — vous vous en souvenez — est celle de savoir si une procédure au sens des articles 2, 3 et 6 du règlement n° 17 est engagée par la Commission à partir du moment où celle-ci accuse réception d'une demande d'attestation négative ou d'une notification aux fins d'obtenir une exemption au sens de l'article 85, paragraphe 3, du traité. Elle a donc pour objet l'interprétation de l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 17, qui est libellé comme suit : « Aussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure en application des articles 2, 3 ou 6, les autorités des États membres restent compétentes pour appliquer les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, (...), même si les délais prévus à l'article 5, paragraphe 1, et à l'article 7, paragraphe 2, pour procéder à la notification ne sont pas expirés ».

Nous ne pouvons cependant pas nous attacher immédiatement à résoudre ce problème, car la Brasserie de Haecht soutient au premier chef que la question est sans importance pour la solution du procès principal. La seule chose qui importerait serait le fait que le contrat litigieux a été notifié à la Commission. Cela découlerait de l'arrêt Portelange, de la substance même duquel il ressortirait que les accords notifiés à la Commission (peu importerait, de toute évidence, s'ils devaient l'être ou non) sont valides jusqu'à ce que cette dernière, seule compé-

tente à cet effet, ait pris une décision sur l'applicabilité de l'article 85, paragraphe 3. La demanderesse au principal en conclut que, dans ces conditions, les tribunaux nationaux ne sauraient prononcer la nullité d'un accord, en se fondant sur la teneur de l'arrêt Bilger et que, dès lors, il importe peu de savoir si la Commission a engagé ou non une procédure en application du règlement n° 17.

Il est certain que la Cour n'examine généralement pas en matière préjudicielle si son intervention est nécessaire à la solution du procès principal (c'est bien de cela qu'il s'agit ici en réalité) et que l'exception que vous avez indiquée dans l'arrêt Salgoil est limitée à la seule hypothèse dans laquelle une règle de droit communautaire a manifestement été invoquée par erreur. Il nous semble néanmoins que vous pourriez vous départir de votre réserve dans le cas d'espèce, puisque l'importance de votre décision pour la solution du litige principal ne peut être appréciée qu'en fonction du droit communautaire. Nous recherchons donc la portée exacte de l'exception soulevée par la demanderesse au principal. Pour ce faire, nous supposons (parce que la question ne peut être éclaircie que dans le cadre de la discussion juridique de la deuxième question) que le contrat litigieux a été notifié correctement à la Commission.

Pour la demanderesse au principal, la question déterminante est celle de la portée réelle de l'arrêt Portelange. Il nous faut donc examiner si cet arrêt vise effectivement et indistinctement tant les anciennes ententes (celles existant au moment de l'entrée en vigueur du règlement n° 17) que les nouvelles (celles qui ont été conclues après l'entrée en vigueur de ce règlement).

Si l'on s'en tient aux motifs de l'arrêt, la réponse ne peut être qu'affirmative. Vous y avez déclaré en effet en termes très généraux « que la question de savoir si un tel accord est effectivement interdit repose sur l'appréciation d'éléments économiques et juridiques qui ne sauraient être supposés acquis en dehors de la constatation explicite que l'espèce, consi-

dérée dans son individualité, réunit non seulement les éléments énoncés par le paragraphe 1 de l'article susdit, mais encore ne justifie pas la dérogation prévue par le paragraphe 3 ; qu'aussi longtemps qu'une telle constatation n'est pas intervenue, tout accord dûment notifié doit être considéré comme valable ». Et vous avez poursuivi en soulignant qu'il serait contraire au principe général de la sécurité juridique « de tirer du caractère non définitif de la validité des accords notifiés la conclusion qu'aussi longtemps que la Commission n'aura pas statué à leur égard en vertu de l'article 85, paragraphe 3, du traité, leur efficacité ne serait pas entière ».

Un examen plus attentif de la question nous fait douter cependant que la Cour ait eu réellement l'intention de donner une portée générale aux termes dans lesquels elle s'est exprimée. Nous noterons en effet tout d'abord (et c'est là un fait essentiel) que la question qui vous avait été posée à l'époque n'avait trait qu'à ce qu'il est convenu d'appeler les anciennes ententes ; les « attendus » de l'arrêt relatif à la compétence de la Cour le montrent bien. On ne saurait guère soutenir dès lors que la Cour ait voulu procéder à une constatation d'une portée aussi étendue, et cela sans aucune raison, d'autant qu'en matière préjudicielle, c'est-à-dire dans un domaine formé de problèmes complexes aux conséquences indéfinissables, le juge se limite par principe au strict nécessaire. L'exactitude de cette supposition se trouve confirmée par le dispositif de l'arrêt Portelange qui débute par ces mots : « les accords visés à l'article 85, paragraphe 1, du traité, qui ont été *dûment* notifiés en vertu du règlement n° 17/62 ... » La seule hypothèse qu'il soit en effet possible de formuler ici, c'est que l'adjectif « dûment » se rapporte aux délais de notification de l'article 5 du règlement n° 17 ; aucune condition de forme ne se trouvait en effet en cause dans cette affaire (et votre arrêt ne contient dès lors, lui non plus, aucune allusion au règlement de la Commission régissant les aspects formels du domaine en question). Il ne fait donc

aucun doute que le dispositif de l'arrêt Portelange s'applique uniquement aux anciennes ententes. Enfin, nous pouvons encore déduire de l'arrêt Bilger (affaire 43-69) un indice supplémentaire en faveur de l'exactitude de cette déduction. A la fin de l'avant-dernier attendu de cet arrêt, le Cour parle d'effets identiques à ceux des « accords notifiés, conclus *antérieurement au 13 mars 1962* » ; elle se réfère donc aux anciennes ententes. Cette restriction nous semble particulièrement suggestive. Si vous aviez établi en effet, Messieurs, que l'arrêt Portelange vise également les nouvelles ententes et qu'il faut considérer dès lors qu'elles sont aussi *pleinement* valables à compter de leur notification à la Commission, ce serait en vain que vous eussiez opéré la restriction inscrite « in fine » dans l'arrêt Bilger et vous eussiez pu parler au contraire en termes très généraux des effets des accords *notifiés*. La restriction que vous avez formulée à l'avant-dernier « attendu » de l'arrêt Bilger doit donc être considérée comme une simple précision que vous avez voulu apporter à la teneur de l'arrêt Portelange. Nous estimons donc que l'importance de la première question pour la solution du litige principal ne saurait être contestée sur la base de l'arrêt Portelange.

De plus, l'extension des principes de l'arrêt Portelange à ce qu'il est convenu d'appeler les nouvelles ententes a soulevé de nombreuses critiques et elle se heurte en effet à des objections considérables. Aucune question n'ayant toutefois été posée à ce sujet, nous limiterons nos commentaires à quelques brèves observations.

Il est évident que l'économie du traité est inconciliable avec l'idée que toute nouvelle entente est pleinement valable, dès lors qu'elle a été notifiée, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'application de l'article 85, paragraphe 3, à son égard et que les tribunaux nationaux sont tenus de la traiter en conséquence. Les règles du traité en matière d'ententes sont fondées en effet sur le principe que les accords conclus en violation de l'article 85, paragraphe 1, sont interdits et entachés de

nullité sans qu'il soit besoin pour cela d'une constatation particulière. Généraliser les thèses de l'arrêt Portelange équivaldrait dès lors à transformer le système de l'interdiction sous réserve d'autorisation, voulue par les auteurs du traité, en un système de contrôle des abus, puisque la nullité d'une entente ne pourrait résulter que d'une décision de la Commission sur l'applicabilité de l'article 85, paragraphe 3, à celle-ci. Les termes clairs de l'article 1^{er} du règlement n° 17 montrent du reste à eux seuls combien l'idée est peu soutenable.

Par ailleurs, l'article 6 du règlement n° 17 prévoit que la Commission indique la date à partir de laquelle une décision en application de l'article 85, paragraphe 3, prend effet : cette disposition se trouverait en porte à faux si les ententes notifiées étaient valides en tout état de cause jusqu'à ce que la Commission ait statué sur l'application de l'article 85, paragraphe 3, à leur égard. Une autre disposition confirmant notre opinion sur ce point est l'article 15 du règlement n° 17. Le paragraphe 5 de cet article, aux termes duquel les amendes ne peuvent pas être infligées pour des agissements postérieurs à la notification à la Commission et antérieures à la décision de la Commission relative à l'application de l'article 85, paragraphe 3, serait superflu lui aussi si on supposait que les ententes notifiées sont valides en tout état de cause. Nous sommes convaincu, Messieurs, que vous ne sauriez approuver une transformation aussi radicale du système au détriment des principes du droit de la concurrence. N'avez-vous pas souligné, en effet, à plusieurs reprises dans un autre contexte combien il est capital pour le fonctionnement du marché commun que les règles de concurrence soient respectées ? Une telle transformation ne saurait en effet se justifier par la longueur de la procédure ou par la nécessité de tenir compte des principes de la sécurité juridique (c'est-à-dire par les considérations dont vous vous êtes inspirés dans l'arrêt Portelange pour admettre l'existence d'une réglementation transitoire de caractère particulier, applicable aux anciennes enten-

tes). Pour le comprendre, il suffit de réfléchir aux possibilités qui s'ouvriraient aux intéressés (recours en carence ou recours en dommages-intérêts) si la Commission ne respectait pas l'obligation d'arrêter « dans un délai raisonnable » une décision en application de l'article 85, paragraphe 3, sur laquelle votre Cour a tenu tout particulièrement à mettre l'accent.

Après cette parenthèse que les objections soulevées par la demanderesse au principal ont rendue nécessaire, nous pouvons donc tenir pour acquis l'intérêt de la première question pour la solution du litige principal. Nous nous attacherons donc à y répondre. Une première chose que l'on constate lorsqu'on aborde son examen, c'est que les observations qui ont été déposées ne contribuent pas particulièrement à faciliter nos recherches. Nous savons que pour la demanderesse au principal, il faut considérer par principe que la Commission a engagé une procédure en application de l'article 9 du règlement n° 17, dès lors qu'elle a accusé réception d'une demande formulée en application de l'article 2 du règlement n° 17 ou d'une notification au sens de l'article 6 de ce règlement.

Cette thèse est contestée avec force par les autres parties : le gouvernement fédéral, le gouvernement français et les défendeurs au principal. Le gouvernement fédéral et le gouvernement de la République française estiment qu'il faut que la Commission manifeste par un acte positif sa volonté de prendre une décision au titre des articles 2, 3 ou 6 du règlement n° 17. Autrement dit, il faudrait qu'elle ait pris une décision formelle d'engager la procédure. Les défendeurs au principal estiment, de leur côté, que la Commission doit au moins avoir pris une mesure d'instruction. Quant à la demanderesse au principal, elle se rallie à cette thèse à titre subsidiaire en soulignant qu'en octobre 1969, la Commission a effectivement ordonné, sur la base de l'article 12 du règlement n° 17, d'engager une enquête dans le secteur de la brasserie. Voyons donc ce qu'il faut penser de ces diverses argumentations.

Ce qui nous paraît surtout important dans le libellé de l'article 9 du règlement n° 17, c'est que les auteurs de cette disposition ont distingué nettement entre la *notification* d'une entente et l'*engagement* d'une procédure qui enlève toute compétence aux autorités des États membres, ce qu'ils n'auraient assurément pas fait si, à leurs yeux, la notification ou l'introduction de la demande impliquait engagement de la procédure (la Commission avait fait une proposition en ce sens, mais elle n'a pas été adoptée par le Conseil, comme l'indique Deringer dans son « Commentaire sur le droit de la concurrence de la CEE »). Ensuite, nous pensons que le choix du verbe « *einleiten* » est également caractéristique (et peut-être encore bien davantage celui du verbe français « engager »). L'emploi de ce mot montre en effet que les auteurs du texte envisageaient bien plus que la réception passive de la demande, que l'apposition automatique d'un numéro d'ordre sur celle-ci, que la délivrance d'un accusé de réception et — pour reprendre les termes de l'article 10 du règlement n° 17 — que la transmission sans délai aux autorités compétentes des États membres d'une copie des demandes et des notifications. En d'autres mots, le verbe « *einleiten* » (« engager ») revêt un sens actif ; les auteurs de la disposition dont il s'agit ont clairement associé à son emploi l'idée que la Commission doit avoir déployé une certaine activité dans le sens de l'examen d'un cas. Cette thèse est d'ailleurs corroborée par le but que les auteurs du règlement n° 17 ont assigné à l'article 9, paragraphe 3 : il doit éviter que des procédures parallèles ne soient engagées par la Commission, d'une part, et par les autorités nationales, de l'autre. Or, il est certain qu'un tel danger n'existe qu'à partir du moment où la Commission a entamé l'examen d'un cas « *in concreto* ».

Si l'on s'en tient par conséquent à la lettre de la première question, nous croyons qu'il faut y répondre en disant que la Commission n'engage pas une procédure en application des articles 2, 3 et 6 du règlement n° 17 dès lors qu'elle

accuse réception d'une demande d'attestation négative ou d'une notification aux fins d'obtenir l'exemption prévue par l'article 85, paragraphe 3, du traité.

Si l'on veut résoudre, en revanche, le problème soulevé par cette question dans un sens positif, c'est-à-dire si l'on veut déterminer le moment à compter duquel une procédure au titre de l'article 9 est réputée engagée (par exemple, dès l'injonction de procéder à un acte d'instruction ou seulement lorsque la Commission a arrêté une décision formelle d'engager la procédure et l'a notifiée aux États membres), il convient encore de tenir compte de ce qui suit.

L'adoption d'une décision formelle d'engager la procédure et la communication de cette décision aux États membres présente sans aucun doute l'avantage d'une clarté absolue dans l'application de l'article 9 du règlement n° 17. Ni l'article 9, ni aucune autre disposition du règlement n° 17 n'imposent cependant de prendre une telle décision. Contrairement à l'opinion de la Commission, c'est vainement que l'on soutiendrait aussi que l'arrêt 48-69 a confirmé implicitement la nécessité de prendre une décision de cette nature avant d'engager la procédure. Il est certain en effet qu'indépendamment du fait que la procédure a été engagée d'office dans cette affaire, le problème qu'il nous incombe d'examiner aujourd'hui ne s'y posait pas et que la Cour n'avait donc aucune raison d'affirmer qu'une décision explicite eût été nécessaire pour que la procédure fût réputée engagée. D'autre part, si l'on se remémore le but de la réglementation, tel que nous l'avons défini précédemment, il est parfaitement défendable de soutenir qu'une procédure en application de l'article 9 est réputée engagée dès lors que l'autorité compétente a posé un acte non équivoque et reconnaissable, allant dans le sens de l'examen d'un cas. Or, l'injonction de procéder à une certaine mesure d'instruction constitue un acte de ce genre. Ce qui veut dire, en ce qui concerne le cas d'espèce, qu'il existe de très bonnes raisons de supposer avec la

demanderesse au principal que la décision de la Commission d'engager une enquête dans le secteur de la brasserie vaut engagement d'une procédure au sens de l'article 9. Certes, il va sans dire qu'il s'agit ici d'une enquête *générale*, englobant tout un secteur de l'activité économique. Mais n'avez-vous pas déclaré explicitement dans votre premier arrêt « Brasserie de Haecht » que l'appréciation de contrats du genre de ceux dont il s'agit en l'espèce doit se faire sur la base de l'ensemble des circonstances qui les accompagnent ? Des enquêtes générales, du genre de celles que la Commission a décidé d'opérer dans ce secteur, sont dès lors indispensables pour apprécier convenablement les cas d'espèce. En outre, nous pouvons déduire du compte rendu d'un entretien entre les fonctionnaires de la direction générale de la concurrence de la Commission et les représentants de la « Communauté de travail des brasseurs du marché commun », que nous a soumis la demanderesse au principal, qu'« eu égard à l'affaire Haecht contre 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, paragraphe 1^{er}, du traité de la CEE . . . » Si l'on suppose que l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 17 vise également les tribunaux des États membres (ce qui n'est pas toujours admis), il est donc parfaitement admissible de soutenir que la juridiction demanderesse n'avait plus le pouvoir d'appliquer l'article 85, paragraphe 1^{er}, aux contrats conclus par les parties au procès au principal, dès l'instant que l'enquête précitée avait été engagée, enquête à laquelle ont d'ailleurs fait suite d'autres demandes concrètes de renseignements, adressées à certaines brasseries.

Telle est sans doute la mesure dans laquelle il vous est possible d'aider la juridiction demanderesse sur le plan de l'interprétation de la disposition faisant l'objet de sa première question.

2. Le tribunal de commerce de Liège aimerait savoir ensuite (tel est l'objet de sa deuxième question) si la notification d'un accord type peut valoir notification d'un accord similaire conclu antérieurement.

Il n'y a pas grand-chose à dire à ce sujet. Nous savons que toutes les parties à l'instance se sont déclarées en faveur d'une réponse affirmative à cette question et il nous faudra sans doute nous rallier à cette opinion, nous aussi.

Dans ce contexte, nous appellerons notamment votre attention, Messieurs, sur votre arrêt préjudiciel 1-70 (Recueil, 1970, 515). En réponse à une question analogue à celle qui vous est posée aujourd'hui et pour motiver une réponse affirmative, vous avez affirmé que l'article 24 du règlement n° 17 donnait à la Commission le pouvoir d'arrêter des dispositions d'exécution pour régler les modalités de la notification ; que les dispositions des règlements nos 27/62 (JO 1962, p. 1118) et 1133/68 (JO 1968, n° L 189/1) ainsi que les indications figurant sur les formulaires annexés à ces règlements permettent de conclure que, s'il s'agit d'un contrat type, il suffit de joindre en annexe le texte de ce contrat type et que l'indication de la raison sociale et de l'adresse des entreprises participant à l'accord ne doit pas être indiquée. Ces conclusions semblent parfaitement acceptables, eu égard à la nécessité de simplifier la procédure administrative. En outre, on pouvait espérer que l'attention de la Commission serait ainsi suffisamment attirée sur toutes les circonstances concomitantes à la conclusion du contrat et que la Commission aurait dès lors la possibilité de se procurer toutes les informations complémentaires qui lui seraient nécessaires grâce aux demandes de renseignements qu'elle pourrait adresser aux intéressés.

Certes, cet arrêt est intervenu dans un cas où le contrat type avait été établi et notifié *avant* le contrat de même teneur faisant l'objet du litige principal. On ne saurait néanmoins, en toute logique, rien soutenir d'autre pour le cas inverse, c'est-à-dire pour une situation dans

laquelle la notification du contrat type n'a eu lieu qu'après la conclusion du contrat particulier en litige. En effet, les considérations sur lesquelles vous avez fondé votre arrêt 1-70 sont également valables dans le cas d'espèce (allègement de la procédure administrative et possibilité pour la Commission de demander des informations suffisantes) ; le but de la notification est donc aussi atteint lorsque l'obligation de notifier est limitée à un contrat type.

En ce qui concerne les observations de la demanderesse au principal, il nous faudrait encore dire tout au plus que la validité de la notification n'est évidemment pas affectée par le fait que référence a été faite à la situation juridique applicable en Belgique depuis 1968 à des contrats du genre de ceux de l'espèce, situation qui se modifie apparemment de temps à autre (tous les 3 ans) après négociation avec les milieux économiques intéressés et qui différerait de la situation régnant en 1963 (année où les contrats litigieux ont été conclus). Une telle référence pouvait sembler parfaitement indiquée, puisque le contrat type ne contient rien au sujet de la durée de l'obligation d'achat exclusif, laquelle doit en effet se déterminer sur la base des arrêtés royaux applicables en l'espèce ainsi qu'en fonction du montant du prêt consenti. En vérité, cette référence n'est rien d'autre qu'un complément de la notification eu égard à un élément essentiel, c'est-à-dire une indication devant permettre à la Commission de déterminer avec précision le teneur des contrats visés par les arrêtés royaux « ad hoc » en consultant ces derniers.

En résumé, nous pouvons donc dire à propos de la deuxième question que la notification d'un contrat type suffit aux fins du règlement n° 17, et cela même en tenant compte des circonstances particulières du cas d'espèce.

3. Enfin, la juridiction demanderesse aimerait encore savoir si la nullité des accords dispensés de notification est censée constatée à la date où l'une des parties contractantes l'a régulièrement invoquée ou seulement à la date du jugement

ou de la décision de la Commission qui la constate. Tel est l'objet de la troisième question.

Cette question vise manifestement l'arrêt Bilger déjà cité (affaire 43-69) et il paraît donc indiqué d'en rappeler préalablement la teneur. Il s'agissait dans cette affaire (tout comme dans le procès principal de l'espèce) d'un contrat de brasserie conclu par deux entreprises ayant leur siège dans un État membre et contenant une clause d'approvisionnement exclusif à charge de l'exploitant du débit de boissons. Dans votre arrêt, vous avez déclaré en premier lieu que de tels contrats sont dispensés de notification en application de l'article 4, paragraphe 2, du règlement n° 17 (fait qui n'est d'ailleurs pas mis en cause en ce qui concerne le contrat conclu entre la Brasserie de Haecht et Wilkin-Janssen). En outre — et cela est particulièrement important —, vous avez déclaré qu'on ne saurait considérer que des accords, dispensés de notification, puissent être frappés rétroactivement de nullité si les tribunaux nationaux constatent qu'il y a lieu d'appliquer l'article 85, paragraphe 1, et que ces accords tombent sous le coup de l'article 85, paragraphe 2. Le risque de nullité auquel ces accords sont exposés n'a d'effet « qu'à compter du jour de sa constatation » ; ils sortent leurs pleins effets « aussi longtemps que (leur) nullité n'a pas été constatée ».

Pour nous, la portée de cet arrêt est parfaitement claire : lorsqu'une juridiction nationale constate qu'un accord tombe sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, la nullité de cet accord existe seulement *ex nunc*. Il est donc clair que la question qui vous est posée a pour objet non pas seulement d'obtenir des précisions complémentaires à celles que vous avez données dans l'arrêt Bilger, mais aussi de vous amener à modifier votre jurisprudence eu égard à l'argument développé par les défendeurs au principal, selon lequel le primat de la sécurité juridique, donc le respect d'un principe général du droit, impose d'admettre que la nullité intervient en pareil cas dès lors qu'elle est invoquée par l'une des parties

au contrat. Il nous faudra donc examiner si nous pouvons nous rallier à cet argument et nous devrons même nous demander si l'opinion émise par d'autres parties à l'instance ne vous impose pas d'aller plus loin encore dans le sens de la thèse des défendeurs au principal en faisant remonter la rétroactivité de la nullité au jour de la conclusion de l'accord. Comme vous le savez, il s'agit ici de l'opinion des gouvernements français et allemand, tandis que la Commission, qui se fonde pour le surplus sur l'opinion que vous avez émise dans l'arrêt Bilger, préconise de limiter cet effet au cas, sur lequel vous n'avez pas encore été amené à statuer, où l'applicabilité de l'article 85, paragraphe 1, est constatée par une décision de la Commission.

Voyons donc ce qu'il faut penser de cette large divergence de vues.

Nous pensons tout d'abord qu'il n'est pas déraisonnable de critiquer les thèses développées dans l'arrêt Bilger, car elles aboutissent, dans le cas particulier des ententes dispensées de notification, à substituer au principe d'interdiction un système de contrôle des abus, analogue au régime auquel le droit allemand des ententes soumet certaines situations. A cet égard, on a souligné non sans raison les considérations que j'ai mentionnées au sujet de l'appréciation de l'arrêt Portelange et qui ont trait notamment à la rédaction des deux premiers paragraphes de l'article 85 et à la répétition de ce principe à l'article 1^{er} du règlement n° 17. Par ailleurs, les conclusions tirées des articles 6 et 15 du règlement n° 17 ne sont pas à rejeter, elles non plus, ainsi que nous l'avons déjà montré. Enfin, il ne faut pas oublier que seul l'article 7 du règlement n° 17 prévoit une limitation du principe de la nullité pour certaines anciennes ententes (même dispensées de notification) et que les auteurs de l'article 9, paragraphe 1, du règlement n° 17 sont manifestement partis de l'idée que la constatation du fait qu'une entente tombe sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, possède un effet déclaratif.

Mais tous ces arguments ne sont pas nouveaux. Ils étaient pour ainsi dire

présents dès le début dans le cadre formé par le conflit qui nous intéresse en l'espèce et on ne saurait supposer dès lors que votre Cour ne les a pas aperçus au moment où elle a rendu son arrêt Bilger. Si vous êtes néanmoins parvenus dans cette affaire aux conclusions que nous connaissons, c'est que le système d'ensemble du droit communautaire des ententes — tel qu'il résulte de divers textes — n'est pas entièrement exempt de contradictions, de lacunes et d'imprécisions. C'est l'existence de cette situation qui vous amenés de toute évidence, Messieurs, à préciser et à développer ce système en faisant œuvre créatrice. Ce faisant, vous vous êtes notamment laissé guider dans votre démarche par le fait que la dispense de notification, créée dans le cadre d'un système prévoyant même l'exemption totale de l'interdiction de l'article 85, peut seulement avoir pour conséquence que la nullité produit uniquement effet à partir du jour de la constatation de l'applicabilité de l'article 85, paragraphe 1, et cela eu égard aux exigences de la sécurité juridique et parce que les ententes dispensées de notification sont peu susceptibles d'affecter le commerce entre États membres.

Si tel est le cas, nous ne pouvons pas nous imaginer que les idées qui ont été émises dans le cadre du présent procès puissent vous déterminer à modifier votre conception, laquelle — rappelons-le une fois de plus — est limitée aux accords *dispensés* de notification.

Un changement de jurisprudence est d'autant moins probable que le Conseil a prévu d'autres dispenses de l'obligation de notifier après avoir pris connaissance de l'arrêt Bilger et de l'opinion juridique qui y était formulée. Il n'aurait pas agi de la sorte — nous pouvons le dire — s'il avait jugé votre opinion absolument contraire au système qu'il a arrêté.

C'est vainement que l'on soutiendrait notamment aussi qu'en vertu d'un principe général de droit, les jugements en constatation de tribunaux nationaux n'ont qu'un effet déclaratif, c'est-à-dire un effet *ex tunc* et que, si la nullité devait produire effet à partir du pro-

noncé du jugement, cela équivaudrait à une rupture de système, c'est-à-dire à reconnaître aux tribunaux nationaux le pouvoir de *créer du droit*. En réalité, cet argument n'est pertinent qu'en apparence. Ce qui importe, c'est que le principe élaboré par la Cour réserve sur le plan du droit matériel un traitement préférentiel aux accords dispensés de notification. Lorsque l'avènement de la nullité est lié à une constatation des autorités compétentes, comme l'exige le système dans l'esprit de la Cour, cet acte n'est pas un acte créateur, même dans l'hypothèse d'une sentence juridictionnelle, mais uniquement la constatation du fait que les conditions requises par l'article 85, paragraphe 1, sont remplies. La nullité qui résulte directement du droit européen en découle *par contre-coup*. Rien n'est ainsi changé de la nature de cet acte juridictionnel, dont la Cour elle-même n'a d'ailleurs pas dit qu'il visait à l'annulation de l'accord.

D'autre part, on ne saurait pas supposer non plus que la Cour approuve la thèse des défenderesses au principal, selon laquelle la nullité doit intervenir au moment où elle est *invoquée* par l'une des parties au contrat. Indépendamment du fait qu'une telle situation s'est déjà présentée dans le cadre du procès Bilger, sans que la Cour y ait lié les conséquences préconisées par les défenderesses au principal, les défendeurs dans la présente instance n'ont pas pu prouver que le principe qu'ils ont énoncé est appliqué dans le droit des États membres. De surcroît, il ne faut pas oublier non plus (et cela est important) qu'une rétroactivité même aussi limitée constituerait un manquement au principe fondamental de la sécurité juridique, étant donné que l'avènement de la nullité serait fonction non seulement d'une constatation des auto-

rités compétentes, mais aussi d'une appréciation subjective par l'une des parties contractantes et du fait que celle-ci soit invoquée (circonstance qu'il n'est pas souvent possible d'établir avec certitude). Il ne nous reste plus ainsi qu'à examiner la question de savoir si les décisions de la Commission constatant la nullité d'accords dispensés de notification jouissent d'un régime différent, comme l'estime la Commission, c'est-à-dire qu'elles entraînent la nullité *ex tunc*. A propos de cette question, qui n'a pas été examinée dans le cadre de l'affaire Bilger, on pourrait observer d'abord qu'il est douteux qu'elle présente de l'intérêt pour la solution du litige au principal, étant donné que la décision dont il s'agit dans le procès principal est, de toute évidence, une décision *juridictionnelle*. Si l'on veut néanmoins examiner ce problème, nous croyons que la seule solution possible, c'est qu'il n'existe aucune raison d'opérer la différenciation préconisée par la Commission. Il importe peu en effet que les situations juridiques ne coïncident pas entièrement, car la Commission elle aussi rend un jugement sur l'application de l'article 85, paragraphe 3. Cette particularité n'est cependant pas essentielle. Comme vous l'avez affirmé clairement dans l'arrêt Bilger, c'est l'exigence de la sécurité juridique qui revêt une importance primordiale ainsi que le fait que les ententes dispensées de notification sont généralement inoffensives au point de vue du droit de la concurrence. Vu la nature des accords faisant l'objet de l'instance, il nous faut conclure dès lors que même les décisions de la Commission constatent que les conditions de l'article 85, paragraphe 1, sont remplies et ne sortent leurs effets qu'*ex nunc*.

Nous croyons ainsi avoir répondu suffisamment à la troisième question.

4. Pour résumer, nous estimons que les questions posées par le tribunal de commerce de Liège devraient recevoir les réponses suivantes :

- a) Une procédure en application des articles 2, 3 et 6 du règlement n° 17 ne doit pas être considérée comme engagée par la Commission à partir du

moment où celle-ci a accusé réception d'une demande d'attestation négative ou d'une notification aux fins d'obtenir une exemption sur la base de l'article 85, paragraphe 3, du traité. Il faut à tout le moins que la Commission ait ordonné une mesure d'instruction.

- b) La notification d'un accord type vaut notification d'un accord similaire conclu antérieurement.
- c) La nullité des accords dispensés de notification intervient au moment du jugement ou de la décision de la Commission qui la constate.