

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL K. ROEMER
VAN 24 JUNI 1969¹

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

Met betrekking tot het heden te behandelen verzoek om een prejudiciële beslissing zijn de volgende feiten van belang.

Eiseres in het oorspronkelijke geding, een Belgische handelsonderneming, verkoopt kantoor-machines met bijbehorend materiaal. Na langdurige relaties, die tot op het jaar 1937 teruggaan, tussen de vroegere enige vennoot van de eisende firma en de in de Verenigde Staten gevestigde vennootschap Marchant Calculating Machines Comp. en na de fusie van deze vennootschap met de firma Smith Corona waarbij een nieuwe vennootschap, de Smith Corona Marchant Corporation, te New York, ontstond, werd op 1 juli 1961 een nieuwe schriftelijke overeenkomst aangegaan tussen eiseres en een Zwitserse dochtermaatschappij van genoemde Amerikaanse firma, de N.V. Smith Corona Marchant International te Lausanne. Krachtens deze overeenkomst heeft eiseres het alleenverkooprecht in België en Luxemburg voor bepaalde door haar medecontractant vervaardigde of afgezette rekenmachines en schrijfmachines. Worden deze producten door de medecontractant van eiseres aan zijn filialen of andere tot alleenverkoop gerechtigden in het concessiegebied van eiseres geleverd, dan heeft eiseres jegens de leverancier een aanspraak op provisie. Eiseres is jegens haar medecontractant gehouden een verkooporganisatie op te bouwen, een servicedienst te organiseren, garantie te verlenen en een magazijn te onderhouden. — Het contract werd in opdracht van beide partijen op 31 januari 1963 en binnen de termijn van artikel 5, eerste lid, der verordening no. 17 bij de Commissie aangemeld.

Toen de firma Smith Corona Marchant International te Lausanne ook tot de vervaardiging, respectievelijk de afzet van elektro-kopieerapparaten overging, verleende zij eveneens voor deze producten aan eiseres het alleenverkooprecht voor België en Luxemburg. Dit geschied-

de zonder aanvulling van de lijst der producten waarop het contract van 1961 betrekking had. Een aanvullende aanmelding bij de Commissie bleef echter achterwege.

Krachtens de in het contract van 1 juli 1961 opgenomen clause werd de overeenkomst door de Zwitserse vennootschap op 6 oktober 1966 met inachtneming van de bedongen opzegtermijn van 90 dagen opgezegd, voor zover het elektro-kopieerapparaten betrof; voor het overige bleef het contract in stand.

De firma Portelange, van mening dat genoemde termijn te kort was en dat de beëindiging van de contractsverhouding een overtreding opleverde van de Belgische wet „betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop”, stelde op 4 en 5 september 1967 een vordering in bij de Rechtbank van Koophandel te Brussel. De actie is niet alleen gericht tegen de N.V. Smith Corona Marchant International te Lausanne, doch ook tegen drie andere vennootschappen (respectievelijk gevestigd te Frankfurt, New York en Brussel) die onderling en ten opzichte van verweerster in de volgende verhouding van afhankelijkheid staan: moederonderneming — dochteronderneming — filialen. Deze vennootschappen hebben naar de mededelingen van eiseres ieder een deel van de uitvoering der met haar gesloten overeenkomst voor hun rekening genomen en zijn derhalve jegens haar verbonden. Gevorderd wordt de vaststelling dat de met eiseres gesloten overeenkomst van alleenverkoop met een onvoldoende opzegtermijn en zonder schadeloosstelling werd beëindigd. Eiseres vordert voorts veroordeling van gedaagden tot betaling van verschillende schadevergoedingen en tot terugname van machines alsmede van andere producten. — Bovendien bevat de dagvaarding andere eisen die voor de onderhavige instantie niet van belang zijn. Ter ondersteuning daarvan werd oneerlijke mededinging gesteld en zij strekken tot veroordeling van gedaagden tot levering van onderdelen, tot de vaststelling dat verschillende in het contract opgenomen mededingingsverboden door toedoen der gedaagden

1 — Vertaald uit het Duits.

krachteloos zijn geworden, alsmede tot veroordeling tot schadevergoeding. Laatstgenoemde vorderingen zijn gegrond op de bewering van eiseres dat de vennootschap Smith Corona Marchant Belgium na de beëindiging van de contractsverhouding tussen haar en eiseres in België een eigen verkooporganisatie heeft opgezet. Voorts wordt daartoe een beroep gedaan op vroegere onderhandelingen tussen partijen die, naar eiseres meent, bepaalde verbintenissen van gedaagden deden ontstaan (tot levering van onderdelen en andere produkten alsmede tot het achterwege laten van aanbiedingen aan de cliënten van eiseres).

Voor ons is slechts van betekenis dat gedaagden tegen de hoofdvorderingen tot betaling van schadevergoeding wegens wanprestatie hebben aangevoerd, dat de door eiseres ingeroepen overeenkomst nietig zou zijn wegens schending van artikel 85, eerste lid, van het E.E.G.-Verdrag. Hierop antwoordde eiseres onder meer dat genoemde bepaling niet van toepassing zou zijn daar de overeenkomst geen gesloten systeem van alleenverkoop inhield. Zij zou in ieder geval tijdig bij de Commissie zijn aangemeld, hetgeen — volgens het Bosch-arrest van het Europese Hof van Justitie — haar voorlopige geldigheid medebrengt.

Deze laatste opvatting heeft de Rechtbank van Koophandel blijkbaar relevant geacht. Gezien de sterk uiteenlopende meningen over de vraag wat onder voorlopige geldigheid in concreto moet worden verstaan, oordeelde de Brusselse Rechtbank het niet gewenst dit vraagstuk zelf op te lossen. — Bij interlocutoir vonnis van 18 februari 1969 schorste zij het geding en legde het Europese Hof van Justitie overeenkomstig artikel 177, tweede lid, van het E.E.G.-Verdrag de volgende vraag voor:

Hoe moeten artikel 85 van het Verdrag en de daartoe gegeven uitvoeringsverordeningen worden uitgelegd voor zoveel betreft de gevolgen van de *voorlopige geldigheid*, toegekend aan overeenkomsten welke tijdig — doch voordat de Commissie van de Europese Economische Gemeenschap de in artikel 9 van verordening no. 17 bedoelde procedure aanhangig heeft gemaakt — bij de Commissie zijn aangemeld? De rechter stelde eiseres tevens in de gelegenheid — hetgeen hier overigens niet van belang is — de beweerde onrechtmatige handelingen van gedaagde te bewijzen.

Eiseres in het oorspronkelijk geding en de Commissie der Europese Gemeenschappen hebben schriftelijk hun standpunt ten aanzien van het verzoek om interpretatie uiteengezet. Aan de mondelinge behandeling werd bovendien deelgenomen door de gedaagden in het hoofddeding.

Wij hebben derhalve tot taak te onderzoeken welk antwoord aan de Rechtbank van Koophandel te Brussel moet worden gegeven.

Beoordeling rechtens

1 — Van wezenlijk belang achten wij allereerst de opmerking van de Commissie, dat het voor de beoordeling van het onderhavige geval waarover de verzoekende rechter heeft te bevinden, in het geheel niet gaat om het vraagstuk van de voorlopige geldigheid der behoorlijk aangemelde oude overeenkomsten. De Commissie wijdt twee derde van haar schriftelijk betoog aan de motivering van deze opvatting.

Aldus rijst in het onderhavige geding eveneens de vraag of het tot het Hof gerichte verzoek om een prejudiciële uitspraak voor het geding beslissend is. Tot dusver heeft het Hof in zijn rechtspraak steeds nadrukkelijk geweigerd hierop in te gaan; eerst in het arrest 13-68¹ vindt men — gelijk wij onlangs reeds hebben opgemerkt — een aanduiding in die zin dat het Hof onder bepaalde voorwaarden bereid zou zijn dit standpunt te verlaten. In bedoeld arrest werd nl. gesproken van een *kennelijke onjuiste* verwijzing naar het te interpreteren voorschrift, waarmee derhalve tot uitdrukking werd gebracht dat het Hof in zodanig geval de gevraagde uitlegging zou kunnen weigeren. De onderhavige zaak schijnt ons nu bijzonder geschikt om deze regel tot toepassing te brengen. Het onderzoek van de vraag of de verlangde interpretatie beslissend is, kan namelijk steunen op feiten welke door de verzoekende rechter zelf werden medegedeeld, alsmede op feiten die de Commissie aanvoert (en waarover zij wel bijzonder goed geïnformeerd is). Bovendien eist het onderzoek geen beoordeling van nationaal recht — dit wil zeggen dat wij ons op een gebied begeven hetwelk wij principieel niet mogen betreden — doch het is mogelijk alleen met overwegingen van gemeenschapsrecht te werken.

Zowel eiseres als de verzoekende rechter argumenteren — gelijk reeds gezegd — in hoofdzaak met het Bosch-arrest (Deel VIII, blz. 107); daarin heet het onder meer: „dat ten aanzien van de overeenkomsten en besluiten, bestaande bij het in werking treden van die verordening, de nietigheid van rechtswege

1 — Deel XIV, blz. 690.

niet intreedt op grond van het enkele feit dat zij onder de termen van artikel 85, eerste lid, vallen; dat deze overeenkomsten en besluiten als geldig moeten worden beschouwd, wanneer zij onder de omschrijving van artikel 5, tweede lid, van genoemde verordening vallen en dat zij als *voorlopig geldig* zijn te beschouwen, wanneer zij — hoewel niet onder de voornoemde bepaling vallend — tijdig aan de Commissie zijn medegedeeld overeenkomstig het bepaalde in artikel 5, eerste lid, der verordening". — Op dit punt, dit wil zeggen met betrekking tot het begrip voorlopige geldigheid kan een — door velen voor wenselijk gehouden — nadere toelichting slechts gegeven worden indien, gelijk de geciteerde tekst verlangt, twee dingen vaststaan. Het moet een *bestaand* kartel zijn, dit wil zeggen een overeenkomst die bij de inwerkingtreding van verordening no. 17 (13 maart 1962) reeds bestond, en zij moet tijdig bij de Commissie zijn aangemeld. Deze aanmelding kon slechts achterwege blijven (artikel 5, tweede lid, van verordening no. 17) in de gevallen bedoeld in artikel 4, lid 2, dit wil zeggen onder voorwaarden, die in het geding voor de Brusselse rechter naar zijn opvatting, evenals naar die van de Commissie, kennelijk niet zijn vervuld. Wat het onderhavige geval betreft, is het ons uit de feiten bekend dat tussen eiseres en een der gedaagden in 1961 een alleenverkoopovereenkomst werd aangegaan en dat deze tijdig (namelijk op 31 januari 1963) bij de Commissie werd aangemeld. Van belang is echter het volgende: voor deze overeenkomst werd een contractformulier gebezigd krachtens hetwelk de produkten waarop de overeenkomst betrekking heeft, nauwkeurig moeten worden aangegeven. In 1961 waren dit uitsluitend rekenmachines en schrijfmachines van bepaalde types. — Nadien zou de lijst van waren in onderling goedvinden, doch zonder wijziging van de tekst der overeenkomst, zijn uitgebreid; eiseres verkreeg bovendien het alleenverkooprecht voor elektro-kopieerapparaten. Het is niet volledig duidelijk wanneer dit is geschied. Het renvooi vonnis noemt geen datum; de Commissie meende op grond van de processtukken te mogen aannemen, dat deze uitbreiding eerst na 31 januari 1963 volgde, terwijl eiseres er bij pleidooi op gewezen heeft dat haar reeds in oktober 1962 elektro-kopieerapparaten geleverd waren. Deze vraag, die de nationale rechter moet beantwoorden, kan voor ons evenwel open blijven. Voor het gemeenschapsrecht is slechts van belang dat de aanvulling der oorspronkelijke overeenkomst als een bijkomend contract moet worden beschouwd hetwelk eveneens had moe-

ten worden aangemeld. Naar de opvatting van de Commissie, die wij juist achten, vraagt een aanvullende overeenkomst namelijk kartelrechtelijk een afzonderlijke waardering, daar niet kan worden gezegd dat de daarin bedoelde produkten, met die welke in de oorspronkelijke overeenkomsten worden genoemd, één enkele markt vormen. Inderdaad is het zonder meer duidelijk, dat de kring van afnemers van schrijf- en rekenmachines enerzijds en die van elektro-kopieerapparaten anderzijds niet zonder meer samenvallen. De Commissie kan derhalve niet op grond van de eerste aangemelde overeenkomst beslissen over de vraag of het latere aanvullende contract voor vrijstelling in aanmerking komt. Voor de verzoekende rechter gaat het evenwel juist om laatstgenoemd contract, want slechts dit werd door gedaagde opgezegd en slechts op zijn beëindiging doet eiseres haar aanspraak op schadevergoeding steunen.

Aldus dringt zich inderdaad de volgende, door de Commissie getrokken, conclusie aan ons op: gezien de hier alleen van belang zijnde feiten mag waarschijnlijk niet worden aangenomen, dat het hier een *oude*, reeds bij de inwerkingtreding der verordening no. 17 bestaande, overeenkomst betreft. In ieder geval ontbreekt voor deze overeenkomst de aanmelding, want de aanmelding waarvoor krachtens het formulier B van de Commissie-verordening no. 27 van 3 mei 1962 een nauwkeurige beschrijving der betreffende goederen is voorgeschreven, kan niet geacht worden door de handeling van 31 januari 1963, waarin de elektro-kopieerapparaten niet uitdrukkelijk werden genoemd, te hebben plaatsgevonden. Hiermede staat evenwel vast dat de door de verzoekende rechter gestelde vraag voor de uitspraak op het geding betekenis mist. Gelet op de in arrest Salgoil omschreven beginselen, zal het verzoek derhalve als zijnde niet ontvankelijk moeten worden afgewezen.

2 — Een ander resultaat wordt evenmin verkregen wanneer men de onderhavige aanvullende overeenkomst zou willen beoordelen in het kader van artikel 4, eerste lid, der verordening no. 17 of in het kader van verordening no. 67/67.

a) Artikel 4, eerste lid, van verordening no. 17 ziet op overeenkomsten die *na* de inwerkingtreding dezer verordening tot stand zijn gekomen. Zij moeten eveneens ter verkrijging van vrijstelling worden aangemeld, voorzover artikel 4, tweede lid, niet van toepassing is (hetgeen in casu — gelijk reeds gezegd — stellig niet het geval is). Daarna is een vrijstelling mogelijk met terugwerkende kracht tot op het ogenblik der aanmelding

(artikel 6 van verordening no. 17). Aldus zou ook voor dergelijke overeenkomsten de vraag der voorlopige geldigheid kunnen rijzen. In het onderhavige geval speelt zij evenwel geen rol daar, gelijk bekend, een *aanmelding* der nieuwe overeenkomst achterwege bleef. Van een vrijstelling kan dientengevolge geen sprake meer zijn voor de tijd voorafgaande aan de opzegging der overeenkomst, uit welke niet-nakoming aanspraken op schadevergoeding worden afgeleid.

b) Wat de verordening no. 67/67 betreft waarin bepaalde categorieën van overeenkomsten werden vrijgesteld, deze kan inderdaad ook zien op contracten, welke — gelijk de aanvullende overeenkomst in het onderhavige geval — vóór de inwerkingtreding der overeenkomst tot stand kwamen. De vrijstelling geldt evenwel — wanneer de voorwaarden van verordening no. 67 zijn vervuld — op zijn vroegst vanaf de dag der aanmelding der overeenkomst (artikel 4, tweede lid). In zoverre aan de voorwaarden van verordening no. 67 niet is voldaan en een aanpassing aan die regeling later volgt, is de buitentoepassingverklaring van artikel 35, derde lid, naar haar werking eveneens aan de dag van aanmelding der overeenkomst gebonden.

Daar in het onderhavige geval de aanvullende overeenkomst evenwel niet werd aangemeld, komt — gelijk de Commissie terecht stelt — ook verordening no. 67/67 niet voor toepassing in aanmerking.

3 — Gezien al deze overwegingen zou het Hof de verzoekende rechter op grond van de feiten — na die op mogelijk van belang zijnde vragen te hebben onderzocht — er hoogstens nog op kunnen wijzen, dat het feit, dat de overeenkomst niet werd aangemeld, nog niet noodzakelijkerwijs haar nietigheid medebrengt en bijgevolg de onmogelijkheid daaruit aanspraken af te leiden. De beslissende vraag zou veeleer moeten zijn of artikel 85, eerste lid, überhaupt toepasselijk is (want hiervan hangt immers de noodzaak zowel van een vrijstelling als van de aanmelding af).

De Commissie merkt hiertoe terecht op, dat het denkbaar is dat alleenverkoopovereenkomsten als de onderhavige de mededinging beperken en de handel tussen de Staten ongunstig zouden kunnen beïnvloeden. Dit met name gezien de contractsclausule krachtens welke leveranties van andere handelaren in het concessiegebied weliswaar mogelijk zijn, doch de leveranciers gehouden zijn aan de tot alleenverkoop gerechtigde een provisie te betalen. Zij zou er inderdaad toe kunnen leiden dat andere leveranciers voor zulke transacties geen interesse tonen en dat derhalve voor de

afnemers in het concessiegebied de mogelijkheid van een bevoorradings langs andere weg wordt beperkt.

Anderzijds moet steeds weer op de praktijk van de Commissie en 's Hof's rechtspraak gewezen worden, volgens welke voor artikel 85, eerste lid, alleen „merkbaar” beperkingen van de concurrentie of nadelige beïnvloeding van de handel relevant zijn. Gelijk wij uit de jurisprudentie weten, wordt de vraag van de merkbaarheid beantwoord naar gelang de „aard en hoeveelheid der produkten die het voorwerp van de overeenkomst vormen”, de positie van de leverancier en van de tot verkoop gerechtigden op de markt voor deze produkten, alsmede gelet op de stringente aard der clausules die tot bescherming van het alleenverkooprecht dienen. — Met name in aansluiting aan dit laatste punt zou nu het feit een rol kunnen spelen dat in de thans ter beoordeling staande alleenverkoopovereenkomsten laste van derde leveranciers slechts een relatief *geringe* provisie werd voorzien. Zij varieert van 5 tot 15 % en is slechts verschuldigd wanneer de rechthebbende binnen bepaalde, korte, termijnen na facturering door gedaagde haar bericht doet. Aldus gezien ligt inderdaad de door eiseres verdedigde verklaring voor de hand, dat het hier slechts een redelijke compensatie voor eventueel verstrekte garanties betreft, waarvan de leverancier ten laste van de tot provisie gerechtigde wordt bevrijd. Op grond hiervan mag dan ook worden aangenomen dat het provisievoorschrift concurrenten buiten het concessiegebied niet of nauwelijks in hun schikkingen zal beïnvloeden, dan wel parallele importen onmogelijk maken, dit wil zeggen op de handel tussen de Lid-Staten niet *merkbaar* ongunstig zal inwerken. Hoe het hiermede in concreto is gesteld, moet de verzoekende rechter beoordelen. Na een grondig onderzoek van alle feiten kan hij aldus — in afwijking van hetgeen hij tot dusver veronderstelde, namelijk dat er hier van een volstrekte exclusiviteit ten behoeve van eiseres sprake zou zijn — tot de conclusie komen, dat de belemmering van de handel in werkelijkheid slechts van geringe betekenis is. Artikel 85, eerste lid, zou dan mogelijk in het geheel niet kunnen worden toegepast, de overeenkomst zou ondanks het ontbreken van de aanmelding rechtskracht bezitten en naar gemeenschapsrecht grond voor aanspraken kunnen opleveren.

4 — Wil men ondanks het in casu ondubbelzinnige oordeel over haar beslissende betekenis voor het geding niettemin nog op de gestelde vraag ingaan, dan kan hiertoe het volgende worden opgemerkt.

Sinds het Bosch-arrest werden omvangrijke pogingen gedaan om het begrip „voorlopige geldigheid” nader te bepalen. Zij vonden hun neerslag in een reeks nationale rechterlijke uitspraken en in een uitgebreide literatuur, zonder dat men tot een algemeen aanvaard resultaat geraakte. — Onder de talrijke denkbare oplossingen zien wij aan de ene zijde de opvatting van de aanhangers ener restrictieve interpretatie. Voor hen staat het *verbod* van artikel 85, eerste lid, in het middelpunt der overwegingen; hieraan komt bij de beoordeling voorrang toe. Niettemin gaan zij uiteraard niet zo ver dat zij de absolute nietigheid van aangemelde en voor vrijstelling in aanmerking komende overeenkomsten aan nemen totdat de Commissie over de mogelijkheid van een eventuele vrijstelling met terugwerkende kracht naar artikel 85, derde lid, heeft beslist. Zij achten het veeleer toelaatbaar dat een overeenkomst vrijwillig wordt uitgevoerd en erkennen zelfs een zekere binding van partijen in die zin dat zij gehouden zijn tot het verkrijgen van vrijstelling mede te werken en derhalve alles na te gaan wat die zou kunnen verhinderen. Doch het in rechte geldend maken van aangemelde overeenkomsten schijnt hun in ieder geval uitgesloten, want de gedachte schijnt te enen male onaanvaardbaar dat een overheidsinstantie een procespartij zou kunnen dwingen een houding aan te nemen welke — naar later zou kunnen blijken — in strijd is met een publiekrechtelijk verbod. Voor de aanhangers van dit standpunt is er dan ook geen plaats voor acties tot nakoming ener overeenkomst, tot schadevergoeding wegens wanprestatie, dan wel acties tegen derden om bepaalde handelingen na te laten of schade te vergoeden. Naar hun mening kan de rechter, die van een voorlopig geldige overeenkomst kennis neemt, het gevaar van tegenstrijdige beslissingen slechts vermijden door het geding te schorsen (wanneer althans niet toepassing van artikel 9, derde lid, van verordening no. 17 ook voor rechterlijke instanties wordt overwogen, hetgeen evenwel niet overal geschiedt en in het onderhavige geval niet in aanmerking komt, zulks alleen reeds gezien de verklaring van de Commissie dat bij haar nog geen procedure aanhangig werd gemaakt). — Minder streng is de opvatting van hen die althans (zij het dat zij niet allen in gelijke mate de nadruk leggen op de noodzaak een zekere terughoudendheid te betrachten) *voorlopige* rechterlijke maatregelen toelaten of zelfs *bepaalde soorten* van rechtsvorderingen (de actie tegen derden tot het nalaten van bepaalde handelingen, terwijl zij voor de vorderingen tot schadevergoeding

schorsing van het geding noodzakelijk achten).

— Aan de andere zijde der voorgestelde oplossingen vinden wij ten slotte het standpunt dat geldigheid betekent, dat de desbetreffende overeenkomsten voorlopig volle rechtskracht bezitten, zodat zij in rechte geldig kunnen worden gemaakt. Daarbij wordt gesproken van „zwevende rechtskracht”, „vermoeden van geldigheid”, „rechtskracht onder ontbindende voorwaarden”, terwijl ook wordt gezegd dat de overeenkomsten geldig zijn *zolang* de Commissie nog niet heeft beschikt. Naar hun mening moet, wanneer de vrijstelling nadien geweigerd wordt, een compensatie door middel van aanspraken op schadevergoeding of terugbetaling plaatsvinden ten gunste van de partij die de nietigheid heeft ingeroepen.

Eiseres verklaart zich bij laatstgenoemde opvatting aan te sluiten. De Commissie en de gedaagden in het hoofdgeding verdedigen daarentegen de hierboven reeds genoemde restrictieve interpretatie, de Commissie in het bijzonder door erop te wijzen dat volgens verordening no. 17 moet worden uitgegaan van een voortduren van het verbod van artikel 85, eerste lid, ook al werd de overeenkomst aangemeld en ook al ontbreekt een voorafgaande beschikking van de Commissie; dit zou moeten volgen uit de artikelen 1, 6, 7 en 15 alsmede uit artikel 4 der verordening no. 19/65 en de artikelen 4 en 5 der verordening no. 67/67. In deze gedachtengang moet een civielrechtelijke geldigheid worden afgewezen en eerder van niet-definitieve rechtsbetrekkingen, van een zwevende ongeldigheid gesproken worden.

Gezien deze uiteenlopende opvattingen ziet het Hof zich voor een niet eenvoudige opgave gesteld en dit te meer, daar voor ieder der geciteerde opvattingen deugdelijke gronden kunnen worden aangevoerd.

Ter oplossing van het probleem kunnen aan de *bewoordingen* waarin het Bosch-arrest werd geformuleerd bezwaarlijk beslissende gegevens worden ontleend, hoewel moet worden erkend dat daarin een zekere voorkeur voor de geldigheid tot uitdrukking wordt gebracht. Dit mag men aannemen, daar juist niet van „niet-definitieve” ongeldigheid respectievelijk — hetgeen daarmee overeenstemt — van „validité imparfaite” wordt gesproken. — Ook de verwijzing naar verwante verschijnselen in andere rechtsstelsels leert ons weinig. Dit worde met name tegengehouden aan hen die aan nietigverklaring in het Duitse civielrecht denken, dit wil zeggen de privaatrechtelijke bevoegdheid overeenkomsten welke volle rechtskracht bezitten met terugwerkende kracht te doen vernietigen wanneer aan bepaalde voorwaarden

is voldaan. Met name wordt hiertegen aangevoerd, dat men aldus tot een stelsel van wettelijke uitzonderingsbepalingen zou geraken, dit wil zeggen tot de opvatting, dat de Commissie slechts tot ingrijpen gemachtigd is, een resultaat dus dat niet meer gedekt wordt door het compromis hetwelk velen in het stelsel van verordening no. 17 menen te onderkennen. — Wanneer men anderzijds wijst op bepaalde gevallen waarin de rechtskracht nog niet definitief is (bij voorbeeld bij toestemming van overheidswege voor transacties betreffende onroerende goederen of goedkeuringen in het kader van het Duitse kartelrecht), dan moet hiertoe worden opgemerkt, dat deze rechtsbetrekkingen reeds daarom niet op het gebied van het communautaire kartelrecht kunnen worden getransponeerd, omdat — gelijk de Commissie zelf erkent — in haar bestuurspraktijk beduidend langere termijnen verstrijken voordat een uitspraak over de toepassing van artikel 85, derde lid, mogelijk is. Bij het zoeken van een oplossing dient allereerst op het rechtstelsel van de Gemeenschap te worden gelet. Het schijnt dan wel vast te staan, dat de opvatting als zou het verbod van artikel 85, eerste lid, in het mededingingsrecht *voorrang* hebben, niet kan worden aannvaard. Het Hof van Justitie heeft in dit verband meerdere malen de nadruk gelegd op de samenhang van de leden 1 en 3 van artikel 85. Dienovereenkomstig wordt in het tweede lid van de „krachtens dit artikel” (dus ingevolge dit artikel in zijn geheel) verboden overeenkomsten en haar nietigheid gesproken. Ook kan gewezen worden op artikel 1 van verordening no. 17 krachtens hetwelk overeenkomsten enzovoort als bedoeld in artikel 85, eerste lid, van het Verdrag zijn verboden, zonder dat daartoe enige voorafgaande beschikking is vereist, doch waarin onmiddellijk daarop wordt bepaald : „de artikelen 6, 7 en 23 van deze verordening vinden onverminderd toepassing”. Hieruit hebben velen afgeleid, dat het verbod van de niet-toepassing van artikel 85, lid 3, afhangt. — Wij menen dan ook dat aan dat stelsel van het gemeenschapsrecht tekort wordt gedaan door hen die slechts een *vrijwillig* uitvoeren van aangemelde overeenkomsten toelaten en tussen de contracterende partijen hoogstens een band willen erkennen in de zin van de verklaringen van de Commissie. Aan hen kan echter worden tegengehouden dat volgens artikel 1 van verordening no. 27 de aanmelding door een of meerdere bij de overeenkomst betrokkenen voldoende is (en dat derhalve de door de Commissie in dit verband genoemde plicht tot medewerking der betrokkenen nauwelijks van

grote betekenis kan zijn). Voorts kan tegen deze opvatting worden aangevoerd dat vrijwillige uitvoering van aangemelde overeenkomsten reeds daardoor mogelijk is omdat krachtens artikel 15, vijfde lid, van verordening no. 17 geen geldboeten kunnen worden opgelegd. Ter verklaring van zodanige rechtsgevolgen schijnt het derhalve niet noodzakelijk het civielrechtelijke begrip van voorlopige geldigheid — dat licht tot verdergaande associaties zou kunnen leiden — in te voeren. In werkelijkheid gaat het bij dit begrip — gelijk Steindorff¹ terecht opmerkt — om het resultaat ener rechtscheppende handeling van het Hof van Justitie. Wij hebben derhalve tot taak om, uitgaande van de hoofdgedachten van het Bosch-arrest, te trachten tot een zinvolle verdere ontwikkeling te geraken en daarbij in het bijzonder acht te slaan op de reële situatie rechtens gelijk die zich sindsdien heeft gevormd. — Met name de volgende beslissingen in het Bosch-arrest dienen te worden genoemd. Het Hof zegt allereerst dat het enkele bestaan van de artikelen 88 en 89 niet de conclusie rechtvaardigt dat artikel 85 reeds sedert de inwerkingtreding van het Verdrag volledige werking heeft gehad en dat de nietigheid van het tweede lid reeds is ingetreden in alle aan de begripsbepalingen van het eerste lid beantwoordende gevallen, waarin nog geen verklaring krachtens lid 3 werd afgegeven. Voor 's Hof's oordeel hebben ook de auteurs der verordening no. 17 aangenomen dat er bij haar inwerkingtreding kartels in de zin van artikel 85, eerste lid, konden bestaan, die, hoewel ten aanzien daarvan nog geen beschikking overeenkomstig het derde lid kon worden gegeven, uit dien hoofde nog niet nietig zouden zijn. Het Hof besliste : „dat een andere uitleg tot de onaanvaardbare conclusie zou leiden dat deze mededingingsregelen aanvankelijk gedurende enkele jaren van rechtswege nietig zijn geweest, zonder dat zulks door enige autoriteit werd geconstateerd.” Met betrekking tot de reeds bij de inwerkingtreding der verordening bestaande overeenkomsten oordeelt het Hof dat de nietigheid niet reeds intreedt uit hoofde van het enkele feit dat zij onder artikel 85, eerste lid, vallen. Voorts heet het woordelijk : „dat deze overeenkomsten en besluiten als *geldig* moeten worden beschouwd, wanneer zij onder de omschrijving van artikel 5, tweede lid, van genoemde verordening vallen en dat zij als *voorlopig geldig* zijn te beschouwen, wanneer zij — hoewel niet onder de voornoemde bepaling vallend —

1 — Rechtsschutz und Verfahren im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 1964, blz. 104.

tijdig bij de Commissie zijn aangemeld overeenkomstig het bepaalde in artikel 5, eerste lid, der verordening". Ten slotte leidt het Hof uit artikel 7 der verordening no. 17 nog af, dat bij de aangemelde overeenkomsten en besluiten de nietigheid niet intreedt voordat de Commissie heeft beschikt dan wel de autoriteiten der Lid-Staten artikel 85 van toepassing hebben verklaard. — Uit dit alles blijkt onzes inziens van een principiële tendens in het arrest om de rechtsgevolgen van het verbod van artikel 85 terug te dringen en de gedachte der geldigheid op de voorgrond te plaatsen. Met betrekking tot de oude kartels — waar om het immers in casu naar de mening van de Brusselse rechter alleen gaat — is met name het streven van belang tot een zinvolle *overgangsregeling* te geraken en de daarmee overeenstemmende bedoeling van de wetgever duidelijk te maken. Volgens algemene rechtsbeginselen betekent dit evenwel dat principieel de rechtstoestand, welke zich overeenkomstig de regels die vóór de inwerkingtreding van verordening no. 17 golden, heeft gevormd, blijft bestaan, dit wil zeggen dat de reeds bestaande overeenkomsten rechtsgeldig zijn. Onjuist schijnt het daarentegen aan te nemen, dat deze rechtstoestand in een „zwevende toestand" (in de door de Commissie gewilde zin) werd omgezet, welke nog slechts de vrijwillige nakoming van overeenkomsten voor risico der betrokkene toelaat, hetgeen dan ook zou gelden voor de relatief ongevaarlijke overeenkomsten die niet behoeven te worden aangemeld. Dit ware inderdaad niet in overeenstemming met de eisen van *rechtszekerheid* waarover in het Bosch-arrest eveneens wordt gesproken en waarop eiseres in het hoofdgeding met nadruk heeft gewezen. Onzes inziens bestaat hier geen behoefte aan nadere verklaringen in verband met de objectieve moeilijkheden die de ambtelijke behandeling door de Commissie aanzienlijk vertragen en ten gevolge hebben dat ook heden ten aanzien van een groot aantal tijdig aangemelde overeenkomsten het beslissende woord door de Commissie nog niet werd gesproken.

Wanneer echter al deze overwegingen ertoe leiden om ten behoeve van tijdig aangemelde oude kartels de opvatting der bestendige geldigheid op de voorgrond te plaatsen, moet het

niet alleen mogelijk zijn ze door middel van voorlopige rechterlijke maatregelen te beschermen, doch komt het ook juist voor dat uit de voorlopige geldigheid aanspraken op schadevergoeding worden afgeleid jegens mede-contractanten die zich aan wanprestatie schuldig maken (en daarom gaat het in het oorspronkelijke geding voor de Brusselse rechter blijkbaar uitsluitend). In werkelijkheid zien wij ons immers tot een afweging van belangen genoopt. Daarbij valt aan de ene zijde het belang bij de nakoming van geldig tot stand gekomen overeenkomsten te onderkennen die, zo zij niet worden nagekomen, tot de totale ineenstorting van een geheel systeem kunnen leiden. Daartegenover staat het algemeen belang bij de instandhouding van de mededingingsregeling, welk belang toch al door de algemeen aanvaarde mogelijkheid ener vrijwillige uitvoering van overeenkomsten wordt verkort. Bedenkt men tenslotte nog dat het gevaar van een ernstige inbreuk op het mededingingsrecht als gevolg van de aanmelding van kennelijk niet voor vrijstelling in aanmerking komende overeenkomsten door de mededelingen van de Commissie krachtens artikel 15, zesde lid, der verordening no. 17 geneutraliseerd kan worden (door handelingen dus die stellig tot de schorsing van nationale gedingen moeten leiden), dan blijkt het resultaat der belangenafweging met volstrekte duidelijkheid. Inderdaad schijnt het juist om, ingeval de vrijstelling op een later tijdstip wordt geweigerd, aan hem die een overeenkomst heeft opgezegd slechts een aanspraak op vergoeding toe te kennen, dan dat men, door de mogelijkheid van een gerechtelijke veroordeling tot nakoming der overeenkomst uit te sluiten, de partij die de overeenkomst wel nakwam aan onherstelbare schade bloot zou stellen.

Ons standpunt is derhalve duidelijk: naar het communautaire stelsel van mededingingsrecht gelijk dit in de verordening no. 17 tot uitdrukking komt, en in de lijn van de grondgedachten van het Bosch-arrest, moet het begrip voorlopige geldigheid worden verstaan in die zin dat het een actie tot schadevergoeding uit hoofde van behoorlijk aangemelde bestaande kartellen tegen partijen, die de overeenkomst niet zijn nagekomen, toelaat.

5 — S a m e n v a t t i n g

Wij stellen U voor de vraag van de Rechtbank van Koophandel te Brussel als volgt te beantwoorden :

Het verzoek om interpretatie moet als niet-ontvankelijk worden afgewezen, daar de voorgelegde vraag voor de in het nationale geding te geven beslissing kennelijk irrelevant is.

Zou Uw Hof de vraag niettemin wensen te beantwoorden, dan geschiede zulks in die zin dat de voorlopige geldigheid van een behoorlijk aangemeld, reeds bestaand, kartel betekent, dat tegen hem, die bij de overeenkomst betrokken is en haar met een beroep op artikel 85 heeft opgezegd, een actie tot schadevergoeding kan worden ingesteld.