waren de nationale grenzen overschrijden, heeft geen betrekking op de invoer of de uitvoer tussen Lid-Staten in de zin van artikel 4, lid 2, no. 1, van Verordening no. 17, en is mitsdien van aanmelding vrijgesteld;

2. In antwoord op de tweede vraag :

een van aanmelding vrijgestelde en niet-aangemelde overeenkomst sorteert volledig rechtsgevolg zolang haar nietigheid niet is vastgesteld.

Gewezen te Luxemburg op achttien maart negentienhonderdzeventig.

Lecourt Monaco Pescatore

Donner Trabucchi Strauss Mertens de Wilmars

Uitgesproken ter openbare terechtzitting op achttien maart negentienhonderdzeventig.

De Griffier
A. Van Houtte

De President
R. Lecourt

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL J. GAND VAN 5 FEBRUARI 1970 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Een bierleverantieovereenkomst als die welke reeds in de zaak de Haecht (23-67 — 12 december 1967 — Jurispr. Deel XIII, blz. 512) Uw aandacht vroeg, gaf het Oberlandesgericht te Karlsruhe aanleiding zich met een verzoek om uitlegging tot Uw Hof te wenden; de U gestelde vragen — betreffende artikel 85 van het Verdrag en Verordening no. 17 — hebben echter, zoals U zult zien, een zeer algemene strekking en zijn niet slechts voor dit soort overeenkomsten van belang.

I

Aan het geding liggen de navolgende feiten ten grondslag :
Brouwerij Bilger, gevestigd te Gottmadingen, sloot op 7 januari 1950 met de echtelieden Jehle, caféexploitanten, een overeenkomst waarin laatstgenoemden zich verbonden blijvend en geregeld op twee te Friedrichshafen gevestigde percelen een bierschenkerij te exploiteren en het bier uitsluitend van de wederpartij te betrekken. Voorts verplichtten zij zich die verbintenis aan hun rechtsopvolgers en pachters — en de rechtsopvolgers dier rechtsopvolgers

1 — Vertaald uit het Frans.

en pachters — over te dragen. Als tegenprestatie stelde brouwerij Bilger hun inventaris ter beschikking en verstrekte zij hun verschillende leningen. Zij waren aan de overeenkomst gebonden tot 1 oktober 1975 en nadien zolang als zij in het genot zouden zijn van een krediet van de brouwerij c.q. zolang als de brouwerij voor enige schuld van het echtpaar Jehle zou borg staan. De overeenkomst werd bij gerechtelijke schikking van 22 september 1960 voor 3 jaar — tot 1 oktober 1978 — verlengd.
De overeenkomst werd na de inwerkingtreding van Verordening no. 17 niet bij de Commissie aangemeld.
In 1962 hebben de echtelieden Jehle, die zelf als exploitanten van één dezer bedrijven bleven optreden, het andere bedrijf verpacht. Sindsdien werd in beide bedrijven behalve bier van het merk Bilger ook speciaal bier van andere brouwerijen verkocht. Anderzijds werden de leningen terugbetaald en werd het te hunner beschikking gestelde meubilair goeddeels teruggegeven.
Brouwerij Bilger diende bij de Duitse rechter een vordering in, daartoe strekkende dat de echtelieden Jehle zouden worden veroordeeld zich er tot de expiratiedatum der overeenkomst van te onthouden in het door hen geëxploiteerde bedrijf ander bier dan dat van verzoekster te betrekken, te tappen of te verkopen. Voorts vorderde zij vergoeding van schade, haar door de echtelieden Jehle en door hun pachter toegebracht.
De zaak doorliep alle processuele stadia tot en met het Bundesgerichtshof, dat na door beide partijen ingesteld beroep in revisie, de zaak naar het Oberlandesgericht te Karlsruhe terugwees.
Voor het eerst in een memorie van 2 juli 1968 hebben verweerders toen betoogd, dat de bierleveringsovereenkomst nietig was krachtens artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag, aangezien ongeveer 80 % van de Duitse herbergiers door leveringsovereenkomsten zou zijn gebonden en 60 % van de totale produktie der Duitse brouwerijen krachtens exclusiviteitsbedingen werd verkocht; zulks leidt tot beperking van de handel tussen de Lid-Staten, immers brouwerijen uit de andere Lid-Staten vinden in de Bondsrepubliek nauwelijks nog afnemers. Tot staving van hun betoog beroepen zij zich op Uw arrest-de Haecht. Op grond van het dictum dier uitspraak, waarin de nationale rechterlijke instanties worden uitgenodigd ten aanzien van ieder brouwerijcontract na te gaan, of het in verband met alle begeleidende objectieve omstandigheden van juridische en feitelijke aard onder artikel 85, lid 1, kan vallen, heeft de verwijzende rechter partijen een indrukwekkende reeks vragen gesteld, welke vooral de produktie, de verkoop en het verbruik van bier in Duitsland betreffen. Eerst nadat partijen hadden verklaard tot beantwoording dier vragen goeddeels buiten staat te zijn, heeft het Oberlandesgericht U de twee vragen voorgelegd, welke wij thans achtereenvolgens zullen onderzoeken.

II

De Duitse rechter wenst allereerst te weten, of een vóór 13 maart 1962 tussen twee ondernemingen van een Lid-Staat gesloten bierleverantieovereenkomst betrekking heeft op de invoer of de uitvoer tussen Lid-Staten in de zin van artikel 4, lid 2, sub 1, van Verordening no. 17, wanneer de exclusiviteitsclausule als volgt luidt : „de cafehouder verplicht zich het voor de bierschenkerij nodige bier uitsulitend van de (in dezelfde Lid-Staat gevestigde) brouwerij te betrekken", en of zodanige overeenkomst in de zin van artikel 5, lid 1 en lid 2, juncto artikel 4, lid 2, sub 1, van genoemde verordening moet worden aangemeld.
Ongetwijfeld citeert de Duitse rechter al te getrouwelijk de tekst van het exclusiviteitsbeding, voorkomende in het contract welks geldigheid voor hem wordt aangevochten; in feite strekt zijn vraag er echter toe om, voor zoveel in het voor hem gevoerde geding van belang, opheldering te bekomen nopens hetgeen moet worden verstaan onder

een overeenkomst welke in de zin van artikel 4, lid 2, sub 1, van Verordening no. 17 noch op de invoer noch op de uitvoer tussen Lid-Staten betrekking heeft. Van U wordt derhalve wel degelijk uitlegging van een communautaire verordening gevraagd, zij het dat daarbij overwegingen ontleend aan het economisch voordeel of nadeel van bierleveringsovereenkomsten — zoals die tijdens de schriftelijke behandeling of tijdens de pleidooien naar voren zijn gebracht — ter zijde kunnen worden gelaten.

Verordening no. 17 houdt het beginsel in, dat overeenkomsten als in artikel 85, lid 1, van het Verdrag bedoeld met betrekking waartoe betrokkenen de bepalingen van artikel 85, lid 1, wensen in te roepen, bij de Commissie moeten zijn aangemeld en dat zolang zulks niet is geschied, niet tot toepassing van artikel 85, lid 3, kan worden overgegaan. En wel zulks ongeacht of die overeenkomsten vóór of na de inwerkingtreding van de verordening zijn aangegaan. In verband echter met het feit, dat sommige dier overeenkomsten op grond van hun bijzondere kenmerken minder gevaarlijk voor de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt zijn te achten, worden in deze bepalingen sommige groepen van overeenkomsten van de aldus omschreven verplichtingen vrijgesteld, onder meer die waaraan slechts ondernemingen in één enkele Lid-Staat deelnemen en die geen betrekking hebben op de invoer of de uitvoer tussen Lid-Staten (artikel 4, lid 2, sub 1 — nieuwe overeenkomsten —, artikel 5, lid 2 — overeenkomsten welke bij de inwerkingtreding der verordening bestonden —).

Derhalve moet worden nagegaan, of een overeenkomst waarin een onderneming zich verplicht bepaalde produkten uitsluitend bij een andere onderneming in dezelfde Lid-Staat te kopen, betrekking heeft op de invoer of de uitvoer tussen Lid-Staten in de zin van artikel 4, lid 2, sub 1.

Het komt ons voor dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Ongetwijfeld sluit de verplichting zich uitsluitend bij een enkele leverancier uit zijn eigen Staat te bevoorraden de mogelijkheid uit zich tot een andere — in dezelfde Staat of in een andere Lid-Staat gevestigde — leverancier te wenden — en in zoverre is het niet uitgesloten, dat de overeenkomst tot gevolgen voor de invoer of de uitvoer kan leiden. Om in- en uitvoer gaat het echter niet in het exclusiviteitsbeding; men kan niet zeggen dat de overeenkomst daarop „betrekking heeft" (welke term ons krachtiger voorkomt dan de in artikel 85 van het Verdrag gebezigde woorden „ongunstig... beïnvloeden"); zij kan voor in- en uitvoer slechts tot indirecte gevolgen leiden. Die gevolgen zijn bovendien moeilijk te schatten, immers partijen kunnen zich nauwelijks een oordeel vormen over de indirecte consequenties hunner afspraken en die consequenties kunnen zich met de omstandigheden wijzigen; onzes inziens mogen zij daarom ten deze worden verwaarloosd.

Trouwens, wanneer men zou aannemen dat alle exclusiviteitsclausules tussen ondernemingen van een zelfde Lid-Staat op de invoer of de uitvoer betrekking hebben, dan zou de bepaling van artikel 4, lid 2, sub 1, van Verordening no. 17 praktisch geen zin hebben.

Wanneer wij de vraag van de Duitse rechter enigszins duidelijker mogen formuleren, dan ware zij in die zin te beantwoorden dat overeenkomsten tussen twee ondernemingen in dezelfde Lid-Staat, waarbij één der partijen zich verplicht bepaalde produkten welke zij op het grondgebied van diezelfde Staat wederverkoopt, alleen bij de wederpartij te betrekken, niet op de invoer of de uitvoer tussen Lid-Staten in de zin van artikel 4 van Verordening no. 17 betrekking hebben en dus niet behoeven te worden aangemeld.

III

Vervolgens wenst het Oberlandesgericht van U te weten hoe artikel 85, lid 2, van het EEG-Verdrag met betrekking tot overeenkomsten welke niet behoeven te worden aangemeld, dient te worden uitgelegd in verband met de terugwerkende kracht, welke aan een door de Commissie volgens artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag en artikel 6 van Verordening no. 17 te verlenen vrijstelling kan toekomen en of zodanige overeenkomst voorlopig geldig is.
— Volgens artikel 85, lid 2, zijn de krachtens dit artikel verboden overeenkomsten van rechtswege nietig. Al heel spoedig werd U gevraagd welke betekenis aan deze bepaling moet worden gehecht met betrekking tot overeenkomsten welke bij de inwerkingtreding van Verordening no. 17 reeds bestonden en U hebt die vraag beantwoord in het arrest de Geus/Bosch van 6 april 1962 (13-62, Jurispr. VIII, blz. 95). U hebt met betrekking tot deze overeenkomsten als Uw oordeel uitgesproken, dat niet reeds het enkele feit, dat zij onder artikel 85, lid 1, vallen tot nietigheid van rechtswege leidt, wanneer krachtens lid 3 vrijstelling van het verbod van lid 1 kan worden verleend. Wij halen uit Uw arrest de navolgende passage aan : „...dat deze overeenkomsten en besluiten als geldig moeten worden beschouwd, wanneer zij onder de omschrijving van artikel 5, tweede lid, van genoemde verordening vallen (het ging om niet-aangemelde overeenkomsten) en dat zij als voorlopig geldig zijn te beschouwen, wanneer zij — hoewel niet onder de voormelde bepaling vallend — tijdig aan de Commissie zijn medegedeeld overeenkomstig het bepaalde in artikel 5, eerste lid, der verordening". Deze geldigheid is echter niet van definitieve aard, daar de Commissie vervolgens kan weigeren de in artikel 85, lid 3, voorziene vrijstelling te verlenen.
Vervolgens moest nog een definitie van deze voorlopige geldigheid worden gegeven — met bepaling van de gevolgen waartoe zij leidt. Uw arrest van 1962 heeft zowel in de nationale jurisprudentie als in de doctrine aanleiding gegeven tot een lange reeks beslissingen (variërend van zeer restrictief tot uiterst liberaal), welke door de Advocaat-Generaal Roemer in zijn conclusie in de zaak Portelange van 9 juli 1969 (10-69, Jurispr. Deel XV, blz. 309) uitputtend zijn opgesomd. De zaak betrof een vóór de inwerkingtreding van Verordening no. 17 aangegane overeenkomst, welke moest worden aangemeld en ook was aangemeld.
In haar bij U ingediende opmerkingen ging de Commissie er van uit, dat het verbod van artikel 85, lid 1, zelfs bij aanmelding in stand moet blijven totdat zij zelf ten aanzien van de overeenkomst heeft beschikt en achtte zij het met het Verdrag onverenigbaar een afspraak gedurende het aan die beschikking voorafgaande tijdvak als onbeperkt rechtsgeldig te beschouwen. En hoewel toegevende dat er tijdens deze „wachttijd" een zekere contractuele band tussen partijen bestond, — de verplichting samen te werken ter verkrijging van de in artikel 85, lid 3, bedoelde vrijstelling en zich te onthouden van gedragingen welke verkrijging dier vrijstelling in gevaar zouden kunnen brengen — meende zij nochtans dat partijen zich niet op de overeenkomst mochten beroepen om bij de nationale rechter naleving te vorderen.
U hebt dit standpunt volledig verworpen. Immers, de vraag of een aangemelde overeenkomst werkelijk verboden is berust op een beoordeling van factoren welker aanwezigheid niet mag worden verondersteld zonder dat met zoveel woorden is vastgesteld dat artikel 85, lid 1, van toepassing is en dat bovendien geen termen tot vrijstelling volgens lid 3 aanwezig zijn. Zolang zodanige vaststelling ontbreekt, moet iedere behoorlijk aangemelde overeenkomst als geldig worden beschouwd en het algemeen beginsel der rechtszekerheid brengt mede, dat zij ten volle rechtsgevolg moet hebben zolang de Commissie niet heeft beslist.

— Moet de oplossing dezelfde zijn voor overeenkomsten welke niet behoeven te worden aangemeld en ook niet zijn aangemeld?

Brouwerij Bilger somt een hele reeks argumenten op ten betoge dat de vraag bevestigend moet worden beantwoord. Zij wijst allereerst op het Bosch-arrest, dat medebrengt dat voor deze groep overeenkomsten niet een ongunstiger lot mag zijn weggelegd dan voor die welke ingevolge Verordening no. 17 moeten worden aangemeld. Wanneer zij van deze verplichting zijn vrijgesteld, ligt daaraan blijkens de considerans de overweging ten grondslag dat zij voor de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt „minder gevaarlijk" zijn dan andere overeenkomsten; een minstens even ruime toepassing is derhalve op haar plaats. Anderzijds is in artikel 6, lid 2, van Verordening no. 17 voorzien dat zij met terugwerkende kracht van het verbod van artikel 85, lid 1, kunnen worden vrijgesteld. Het ware derhalve onlogisch ze als voorwaardelijk nietig dan wel als niet werkelijk rechtsgeldig te beschouwen zolang de Commissie ten aanzien van dezelve niet heeft beslist. Zouden zij om zodanige volledige rechtsgeldigheid te verkrijgen moeten worden aangemeld — welke mogelijkheid door artikel 5, lid 2, van de verordening wordt geboden, — dan zou iedere nauwgezette onderneming praktisch gesproken gedwongen zijn ze toch aan te melden; wanneer men echter aldus het onderscheid tussen wel en niet aan te melden overeenkomsten zou doen vervallen, zou men in strijd geraken met de bedoeling van de auteurs der verordening en zou de Commissie een „stortvloed" van dossiers te wachten staan. Ten slotte spreekt ook de eis der rechtszekerheid in even sterke mate ten gunste van deze overeenkomsten als ten gunste van die bedoeld in het arrest-Portelange; ook brengt het feit dat de Commissie zoveel tijd nodig heeft alvorens een beschikking tot vrijstelling te nemen, voor deze overeenkomsten een nadeel mede.

De Commissie neemt een geheel ander standpunt in. Zij gaat voor overeenkomsten welke niet behoeven te worden aangemeld wederom uit van de beperkte opvatting der voorlopige geldigheid welke zij reeds zonder succes voor wél aan te melden overeenkomsten heeft verdedigd. Zij zoekt voor haar opvatting steun in de gedachtengang welke haars inziens aan het arrest-Portelange ten grondslag ligt — betrokkenen beschikken niet over middelen om het nemen van een besluit in de zin van artikel 85, lid 3, te bespoedigen en de eisen der rechtszekerheid in verband met de mogelijkheid, de Commissie door de aanmelding geboden, om aan een voorlopige toestand een einde te maken door vrijstelling te weigeren of door artikel 15, lid 6, van de verordening toe te passen—. Zodra betrokkenen er aldus van op de hoogte zijn gesteld dat de Commissie op grond van een voorlopig onderzoek meent artikel 85, lid 3, niet te mogen toepassen, kunnen zij slechts op eigen risico verder uitvoering aan de overeenkomst geven.

Met betrekking tot niet-aangemelde overeenkomsten doet zich volgens de Commissie een gans andere situatie voor. Het staat de ondernemingen te allen tijde vrij hun overeenkomst vrijwillig aan te melden en daarmede een einde te maken aan de rechtsonzekerheid waarin zij zich bevinden. De Commissie wordt in den regel eerst veel later van het bestaan dezer afspraken op de hoogte gesteld en is derhalve niet in staat tegen betrokkenen een der in Verordening no. 17 voorziene procedures aan te spannen. Ten slotte meent zij met een beroep op artikel 15, lid 2, dat wanneer men aan overeenkomsten welke niet behoeven te worden aangemeld de in het Portelange-arrest omschreven rechtsgevolgen zou willen toekennen, een conflict zou kunnen ontstaan tussen de civielrechtelijke verplichting de overeenkomst na te komen en de publiekrechtelijk gesanctionneerde verplichting de mededingingsvoorschriften van het Verdrag te eerbiedigen. Zij ontkent niet dat de overeenkomst een contrac-

tuele band en verbintenissen tussen partijen heeft tot stand gebracht; zij meent dat betrokkenen zich moeten onthouden van al hetgeen de vrijstellingsmogelijkheid in gevaar zou kunnen brengen en met name geen overeenkomsten dienen af te sluiten welke de uitvoering van de voorlopig geldige overeenkomst kunnen verhinderen; deze geldigheid mag evenwel niet medebrengen dat een contractspartij, zolang de Commissie niet heeft beschikt, van de wederpartij nakoming — of schadevergoeding bij niet-nakoming — van haar verplichting zou mogen vorderen. In die zin zou de Commissie de vraag van de Duitse rechter willen zien beantwoord.

Dit betoog heeft een zekere overtuigingskracht en lijkt in bepaalde voorschriften steun te vinden. Nochtans verdient opmerking, dat de meeste overwegingen op grond waarvan in het arrest-Portelange aan overeenkomsten die moeten worden aangemeld volledig rechtsgevolg is toegekend, ook voor dit geval opgaan : met name is dit het geval met de ten aanzien van deze overeenkomsten bestaande rechtsonzekerheid. De voorgestelde oplossing, vrijwillige aanmelding der overeenkomsten, zou wanneer men daarvan een *noodzakelijke* voorwaarde zou willen maken waarvan het volledig rechtsgevolg dier overeenkomsten zou afhangen, betekenen dat de Commissie een nog grotere „stortvloed" te wachten zou staan dan door haar werd bedoeld. Anderzijds is deze oplossing stellig in strijd met de gedachtengang van de auteurs der verordening, die de in artikel 5, lid 2, vermelde groepen overeenkomsten van deze formaliteit hebben vrijgesteld — en daartoe behoren niet slechts overeenkomsten tussen ondernemingen van dezelfde Lid-Staat welke noch de invoer noch de uitvoer tussen Lid-Staten betreffen —. Aan vrijstelling ligt de gedachte ten grondslag, dat deze overeenkomsten voor de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt minder gevaarlijk zijn : daarom moet worden aangenomen dat wanneer zij werkelijk onder artikel 85, lid 1, vallen, de kans zeer groot is dat betrokkenen zullen kunnen profiteren van een maatregel krachtens lid 3 van ditzelfde artikel; het is dan ook niet zeer gevaarlijk aan die overeenkomsten voorlopig rechtsgevolg in ruime zin toe te kennen. Ten slotte lijkt ons een conflict, als door de Commissie bedoeld, tussen de civielrechtelijke en de publiekrechtelijk gesanctionneerde verplichting te minder te duchten nu er van de zijde der balie op is gewezen, dat de Commissie in dat geval waarschijnlijk geen boete zal opleggen. Daarom lijkt ons het standpunt van deze instelling niet zeer realistisch; wij zien geen klemmende redenen om aan de voorlopige geldigheid van overeenkomsten welke krachtens de bepalingen van artikel 4, lid 2, sub 1 juncto 5, niet behoeven te worden aangemeld, minder vergaande strekking toe te kennen dan aan aangemelde overeenkomsten, zodat het antwoord op de vraag van de Duitse rechter, mutatis mutandis, zou kunnen worden geformuleerd in bewoordingen analoog aan die welke in het arrest-Portelange werden gebezigd.

Wij concluderen dat op de tweede vraag van het Oberlandesgericht te Karlsruhe worde geantwoord, dat de in artikel 85, lid 1, van het Verdrag bedoelde overeenkomsten welke op grond van artikel 5, lid 2, van Verordening no. 17/62 niet behoeven te worden aangemeld, volledig rechtsgeldig zijn zolang de Commissie niet krachtens artikel 85, lid 3, en de voorschriften van genoemde verordening heeft beschikt.