HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende op de door de Rechtbank van Koophandel te Luik bij haar beschikking van 27 juni 1972 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1. **Met de eenvoudige verzending van een ontvangstbevestiging van een verzoek om een negatieve verklaring of van een aanmelding, gedaan ter verkrijging van een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag, wordt niet een procedure krachtens de artikelen 2, 3 of 6 van verordening nr. 17 ingeleid.**

2. **De deugdelijke aanmelding van een standaardovereenkomst geldt als aanmelding van alle, ook vroegere, door dezelfde onderneming gesloten overeenkomsten van dezelfde inhoud.**

3. **De in artikel 85, lid 2, bedoelde nietigheid heeft terugwerkende kracht.**

Lecourt Monaco Pescatore

Donner Mertens de Wilmars

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op zes februari negentienhonderddrieënzeventig.

De Griffier
A. Van Houtte

De President
R. Lecourt

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL K. ROEMER VAN 13 DECEMBER 1972 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

De Rechtbank van Koophandel te Luik heeft in het aldaar aanhangig geding Brasserie de Haecht tegen de caféhouders Wilkin en Janssen ten tweede male om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 177 EEG-Verdrag verzocht. De rechtbank zou de volgende vragen beantwoord willen zien:

„1. Moet de procedure ex de artikelen 2, 3 en 6 van verordening nr. 17 worden geacht door de Commissie te

1 — Vertaald uit het Duits.

zijn ingeleid op het tijdstip waarop zij de ontvangst heeft bevestigd van een verzoek om een negatieve verklaring of van een aanmelding, gedaan ter verkrijging van een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, van het Verdrag?

2. Kan de aanmelding van een standaardovereenkomst die verwijst naar in 1968 vastgestelde wettelijke bepalingen, gelden als aanmelding van een in 1963 gesloten soortgelijke overeenkomst?
3. Wordt nietigheid van overeenkomsten die niet behoeven te worden aangemeld, geacht te zijn vastgesteld op de datum waarop één der partijen bij de overeenkomst de nietigheid naar behoren heeft ingeroepen, of pas op de datum van de rechterlijke uitspraak of de beschikking der Commissie, waarbij zij wordt vastgesteld?"

Over de achtergrond van het nationale geding is in het huidige verband niet veel te zeggen. Het belangrijkste is reeds bekend uit de bovenbedoelde prejudiciële zaak 23-67 (Jurisprudentie, Deel XIII, blz. 512). Met name zal men zich herinneren dat tussen de in België gevestigde brouwerij de Haecht en de eveneens in België neringdoende caféhouders Wilkin en Janssen in april, juli en augustus 1963 een aantal overeenkomsten werd gesloten betreffende enerzijds de verstrekking van leningen en de terbeschikkingstelling van meubilair aan de caféhouders en anderzijds hun verplichting om dranken uitsluitend van de Haecht te betrekken. Toen deze laatstgenoemde verplichting niet werd nagekomen, vorderde de Haecht voor de Rechtbank van Koophandel te Luik ontbinding der overeenkomsten ten nadele van verweerders, teruggaaf van het meubilair alsmede de contractueel bedongen schadevergoeding. De verweerders betoogden hunnerzijds met een beroep op artikel 85 van het EEG-Verdrag dat de overeenkomsten wegens schending van deze bepaling ongeldig moesten worden geacht. Naar aanleiding hiervan besloot de rechtbank bij uitspraak van 8 mei 1967 het geding te schorsen en om opheldering over een nader omschreven vraagstuk in verband met artikel 85 van het EEG-Verdrag te verzoeken. De gevraagde opheldering werd, na mijn conclusie ter zake, bij arrest van 12 december 1967 gegeven. In verband met een opmerking aan het slot van deze conclusie (namelijk dat het in een dergelijk geval aanbeveling zou verdienen het geding te schorsen en de betrokkenen in overweging te geven een kartelrechtelijke beslissing van de Commissie uit te lokken) heeft de Haecht blijkbaar besloten het geval ook aan de Commissie voor te leggen. Dit is gebeurd door aanmelding van een gelijkluidende standaardovereenkomst, ten einde op die manier een verklaring van niet-toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, dus een negatieve verklaring, te krijgen. De ontvangst van deze op 13 januari 1969 gedateerde aanmelding werd door de Commissie op 27 januari 1969 bevestigd. Nog dat zelfde jaar (9 oktober 1969) besloot de Commissie tot een algemeen onderzoek van de brouwerijsector overeenkomstig artikel 12 van verordening nr. 17 (PB 1962, blz. 204). Daarnaast is van belang dat in dit jaar nog twee andere prejudiciële uitspraken te dier zake zijn gedaan. Ten eerste het Portelange-arrest van 9 juli 1969 in de zaak 10-69 (Jurisprudentie, Deel XV, blz. 309) over het rechtsgevolg van aangemelde overeenkomsten, en voorts de prejudiciële uitspraak van 18 maart 1970 in de zaak 43-69 (Bilger/Jehle) (Jurisprudentie, Deel XVI, blz. 127), waarbij met betrekking tot een nationaal, tussen twee ondernemingen in een zelfde Lid-Staat gesloten bierleveringscontract werd beslist dat het is vrijgesteld van aanmelding en rechtsgevolgen sorteert, zolang de nietigheid niet is vastgesteld.

Op grond van een en ander kwam de Haecht tot de conclusie dat mocht worden aangenomen dat haar overeenkomst met Wilkin en Janssen volledig rechtsgevolg sorteert, zodat haar vordering kon worden toegewezen. Dit heeft de rechtbank te Luik echter niet gedaan. Naar aanleiding van bezwaren van verweerders, die op wetenschappelijke verklarin-

gen steunen, meende zij dat er in casu nog onopgeloste gemeenschapsrechtelijke problemen waren. Bijgevolg besloot zij bij uitspraak van 27 juni 1972 het geding andermaal te schorsen en de reeds genoemde prejudiciële vragen voor te leggen.
Wij zullen thans nagaan hoe deze vragen zijn te beantwoorden.

1. Zoals U zich herinnert, wordt in de eerste plaats gevraagd of een procedure ex de artikelen 2, 3 en 6 van verordening nr. 17 moet worden geacht door de Commissie te zijn ingeleid op het tijdstip waarop zij de ontvangst heeft bevestigd van een verzoek om een negatieve verklaring of van een aanmelding, gedaan ter verkrijging van een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, van het Verdrag. De vraag gaat derhalve over de uitlegging van artikel 9, lid 3, van verordening nr. 17, luidende: „Zolang de Commissie geen procedure heeft ingeleid krachtens de artikelen 2, 3 of 6, blijven de autoriteiten van de Lid-Staten... bevoegd artikel 85, lid 1, ... toe te passen, ook indien de termijnen welke in artikel 5, lid 1, en in artikel 7, lid 2, voor de aanmelding zijn vastgesteld, nog niet zijn verstreken."
Wij kunnen niet onmiddellijk ingaan op de vraag zelf, omdat verzoekster in het hoofdgeding allereerst heeft gesteld, dat de vraag voor het geding niet relevant is; in feite zou het er slechts op aankomen dat zij de betrokken overeenkomst bij de Commissie heeft *aangemeld*. Uit de basisoverwegingen van het Portelange-arrest (zaak 10-69) zou namelijk blijken dat iedere bij de Commissie aangemelde overeenkomst (blijkbaar onafhankelijk van de aanmeldingsverplichting) geldig is, zolang de ten deze alleen bevoegde Commissie niet heeft beslist over de toepasselijkheid van artikel 85, lid 3. In een dergelijke situatie zou de nationale rechter volgens het Bilger-arrest een overeenkomst niet nietig kunnen verklaren, zodat de vraag of door de Commissie een procedure krachtens verordening nr. 17 is ingeleid, inderdaad van belang lijkt te zijn ontbloot.
Nu is het weliswaar zo dat het Hof zich in prejudiciële zaken doorgaans niet inlaat met dergelijke relevantievragen (waarover het hier in feite gaat) en dat in het Salgoil-arrest ten deze slechts wordt geduid op een uitzondering wanneer kennelijk bij vergissing is uitgegaan van een verkeerde Gemeenschapsbepaling, maar omdat de relevantie in het onderhavige geval alleen aan de hand van het Gemeenschapsrecht is af te meten, zou men over deze terughouding hier wellicht kunnen heenstappen en nader ingaan op verzoeksters bezwaar. Om te beginnen wil ik daarbij aannemen dat de betrokken overeenkomst deugdelijk bij de Commissie is aangemeld (dit zal in het kader van de tweede vraag nog worden onderzocht).
Volgens verzoekster is de beslissende vraag, welke strekking in feite aan het Portelange-arrest kan worden toegekend. Derhalve moet worden bezien of het arrest zonder onderscheid zowel voor oude kartels (afspraken die reeds bestonden bij de inwerkingtreding van verordening nr. 17) als voor nieuwe kartels (afspraken die na de inwerkingtreding van verordening nr. 17 zijn getroffen) geldt.
Indien men alleen afgaat op de motivering van dit arrest, zou men stellig geneigd zijn de vraag bevestigend te beantwoorden. Er wordt namelijk zeer in het algemeen overwogen dat „het oordeel dat zulk een overeenkomst metterdaad verboden is, berust op de waardering van een aantal juridische en economische elementen die slechts als gegeven mogen worden aanvaard wanneer uitdrukkelijk is vastgesteld dat het onderhavige geval, op zichzelf beschouwd, niet alleen alle in lid 1 van artikel 85 genoemde voorwaarden verenigt, maar bovendien geen aanspraak kan maken op een ontheffing als bedoeld in lid 3; dat, zolang zodanige vaststelling niet is geschied, iedere regelmatig aangemelde overeenkomst als geldig moet worden aangemerkt". Bovendien wordt gezegd dat het strijdig zou zijn met het algemene beginsel van rechtszekerheid om „uit het niet-definitieve karakter der geldigheid van de aangemelde overeenkomsten te concluderen dat hun werking onvolledig

zou zijn zolang de Commissie te hunnen aanzien nog geen beslissing uit hoofde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag heeft genomen".

Bij nadere beschouwing moet echter worden betwijfeld of het Hof zich werkelijk in algemene zin heeft willen uitlaten. Daarbij is ten eerste van belang dat de prejudiciële vraag blijkens de overwegingen over 's Hofs bevoegdheid alleen op zogenaamde oude kartels sloeg. Gelet hierop en op het feit dat de rechtspraak in prejudiciële procedures, vooral bij ingewikkelde problemen met onoverzienbare consequenties, zich principieel beperkt tot het strikt noodzakelijke, is het inderdaad nauwelijks aannemelijk dat het Hof in de Portelange-zaak zonder nadere aanleiding een zo verreikende uitspraak heeft willen doen. — Daartoe zij ook gewezen op het dictum van het Portelange-arrest waarin wordt gesproken van overeenkomsten die met inachtneming van verordening nr. 17 *naar behoren* zijn aangemeld. Daar het in het geding niet over vormvereisten ging (en het arrest dus ook geen verwijzing bevat naar Commissieverordeningen inzake vormkwesties), kan inderdaad slechts worden aangenomen dat „naar behoren" betrekking heeft op de aanmeldingstermijn van artikel 5 van verordening nr. 17. Daarmee staat echter vast dat het arrest alleen geldt voor oude kartels. — Ten slotte is een indicatie in deze zin ook nog af te leiden uit het Bilger-arrest (zaak 43-69). Aan het slot van de voorlaatste overweging is namelijk sprake van een zelfde rechtsgevolg als „aangemelde en *vóór 13 maart 1962* gesloten overeenkomsten" hebben, hetgeen dus slaat op oude kartels. Deze beperking lijkt zeer veelzeggend. Indien immers volgens de rechtspraak zou vaststaan dat de uitspraken in het Portelange-arrest ook voor nieuwe kartels gelden, zodat deze eveneens *volledig* rechtsgevolg zouden hebben na aanmelding bij de Commissie, had de restrictie aan het slot van het Bilger-arrest achterwege kunnen blijven en had in het algemeen kunnen worden gesproken van de rechtsgevolgen van *aangemelde* overeenkomsten. De restrictie kan derhalve alleen als een verduidelijking van het Bilger-arrest worden gezien. — Ik meen dan ook dat de relevantie van de eerste vraag niet kan worden bestreden met een beroep op de draagwijdte van het Portelange-arrest.

Overigens kan hierbij nog worden opgemerkt dat een uitbreiding van de beginselen van dit arrest tot zogenaamde nieuwe kartels veel kritiek heeft ontmoet en ook inderdaad op ernstige bezwaren stuit. Omdat dit buiten de vraagstelling valt, zal ik hierop nu niet in detail ingaan, al wil ik ten deze wel enkele opmerkingen maken.

Het is volgens mij duidelijk dat de stelling, dat aangemelde nieuwe kartels tòt een beslissing over de ontheffingsmogelijkheid volledig rechtsgevolg sorteren en door de nationale rechter dienovereenkomstig moeten worden behandeld, niet verenigbaar is met het systeem van het Verdrag. Dit systeem berust onmiskenbaar op het beginsel dat met artikel 85, lid 1, strijdige afspraken zijn verboden en ook zonder nadere vaststelling nietig zijn. Een algemene toepassing van de stellingen van het Portelange-arrest zou daarentegen van het in het Verdrag bedoelde geclausuleerde verbodstelsel een misbruikstelsel maken, omdat de ongeldigheid van een overeenkomst dan eerst zou blijken bij de beslissing der Commissie ten aanzien van artikel 85, lid 3. Dat dit onjuist is, volgt reeds uit de duidelijke bewoordingen van artikel 1 van verordening nr. 17. Bovendien zij gewezen op artikel 6 dezer verordening, volgens hetwelk de Commissie de datum vaststelt waarop een beschikking ex artikel 85, lid 3, van kracht wordt. Deze bepaling zou een slag in de lucht zijn, indien aangemelde overeenkomsten toch al effect zouden sorteren tòt een beschikking ex artikel 85, lid 3. Ook de strafbepaling van artikel 15 van verordening nr. 17, met name lid 5, bepalende dat geldboeten niet kunnen worden opgelegd voor gedragingen die plaats hebben na aanmelding bij de Commissie en vóór een beschikking ex artikel 85, lid 3, zou dan overbodig zijn. — Naar mijn mening kan ook niet worden aangenomen dat

het Hof een zo ingrijpende ombuiging van het systeem ten detrimente van de mededingingsrechtelijke beginselen zou aanvaarden, waar het in ander verband steeds weer heeft onderstreept dat de eerbiediging van de mededingingsregels van groot belang is voor de werking van de gemeenschappelijke markt. Met name kan — als ik dit nog mag opmerken — voor een dergelijke ombuiging niet worden volstaan met een verwijzing naar de lange duur van de kartelprocedures bij de Commissie en naar de beginselen van rechtszekerheid (zoals in het Portelangearrest is gedaan ter rechtvaardiging van een speciale overgangsregeling voor oude kartels). De betrokkenen staan hier immers passende middelen ten dienste (beroep wegens nalaten of beroep tot schadevergoeding), indien de Commissie haar door het Hof sterk beklemtoonde verplichting om „binnen redelijke termijn" een beschikking krachtens artikel 85, lid 3, te geven, niet nakomt.

Na deze zijsprong die wij naar aanleiding van verzoeksters bezwaren hebben moeten maken, kunnen wij dus vaststellen dat de relevantie van de eerste vraag niet aan twijfel onderhevig is. Wat nu de beantwoording van de eigenlijke vraag betreft, zien wij om te beginnen dat vele uiteenlopende opmerkingen zijn ingediend, hetgeen de behandeling niet bepaald vergemakkelijkt. — Verzoekster in het hoofdgeding meent dat een procedure ex artikel 9 van verordening nr. 17 in beginsel moet worden geacht reeds door de Commissie te zijn ingeleid, indien zij de ontvangst van een verzoek overeenkomstig artikel 2 of een aanmelding ingevolge artikel 6 van verordening nr. 17 bevestigt. Dit wordt heftig bestreden door de overigen: de Bondsregering, de Franse Regering en verweerders in het hoofdgeding. De beide eerstgenoemden verlangen een positieve wilsverklaring van de Commissie om een beschikking krachtens artikel 2, 3 of 6 van verordening nr. 17 te geven, of juister gezegd, een formele inleidende beschikking. Volgens verweerders in het hoofdgeding dient de Commissie ten minste een maatregel van onderzoek te hebben genomen. Verzoekster sluit hierop subsidiair weer aan met de opmerking dat de Commissie in oktober 1969 op grond van artikel 12 van verordening nr. 17 heeft besloten tot een onderzoek van de brouwerijsector. Laten wij een en ander nader beschouwen.

Uitgaande van de tekst van artikel 9 van verordening nr. 17, acht ik het vooral van belang dat een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de *aanmelding* van een overeenkomst en de *inleiding* van een procedure die aan de autoriteiten der Lid-Staten hun bevoegdheid ontneemt. Dit zou zeker niet zijn gedaan, indien reeds de aanmelding of de indiening van een verzoek als de inleiding van een procedure moest worden beschouwd (hetgeen volgens Deringer, in zijn commentaar op het mededingingsrecht der EEG, wel het geval zou zijn geweest in het eerste, door de Raad niet aanvaarde, voorstel der Commissie). — Verder is ook de keuze van het woord „inleiden" (en wellicht sterker nog van de Franse term „engager") veelzeggend. Dit houdt meer in dan het passieve in ontvangst nemen van verzoeken, met als automatisch gevolg het voorzien van een documentnummer, de afgifte van een ontvangstbevestiging en — zoals artikel 10 van verordening nr. 17 zegt — de onverwijlde toezending van een afschrift aan de Lid-Staten. Welbeschouwd heeft „inleiden" („engager") een actieve betekenis; er ligt duidelijk in besloten dat de Commissie bij de behandeling van het geval een bepaalde activiteit moet hebben ontwikkeld. — Hiervoor pleiten overigens ook de zin en het doel der bepaling: het voorkomen van een doublure bij de Commissie en bij de nationale autoriteiten. Dit zou zich echter alleen kunnen voordoen, wanneer de Commissie een zaak in concreto in behandeling heeft genomen.

Op de eerste vraag kan derhalve, wanneer men zich beperkt tot haar letterlijke formulering, worden geantwoord dat een procedure ex de artikelen 2, 3 en 6 van verordening nr. 17 niet kan worden geacht door de Commissie te zijn ingeleid op het tijdstip waarop zij de ontvangst

heeft bevestigd van een verzoek om een negatieve verklaring of van een aanmelding, gedaan ter verkrijging van een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.
Wil men in deze problematiek ook nog een positieve mening geven over de vraag wanneer een procedure ex artikel 9 wel is ingeleid (bij voorbeeld reeds bij vaststelling van een instructiemaatregel of pas bij een formele inleidende beschikking die aan de Lid-Staten wordt toegezonden), dan kan het volgende worden opgemerkt.
Ongetwijfeld heeft een formele inleidende beschikking en de mededeling hiervan aan de Lid-Staten het voordeel van volstrekte duidelijkheid bij de toepassing van artikel 9 van verordening nr. 17. Maar hiertegenover staat dat een dergelijke beschikking noch in artikel 9 noch elders in verordening nr. 17 als eis of voorwaarde wordt genoemd. Evenmin kan — anders dan de Commissie meent — worden gezegd dat uit arrest 43-69 implicite de noodzaak van een inleidende beschikking blijkt. Immers, afgezien dat de kartelprocedure in die zaak ambtshalve werd ingeleid, deed een probleem als het onderhavige zich daar niet voor en behoefde het Hof dus ook niet voor de inleiding der procedure een uitdrukkelijke beschikking te verlangen. — Wanneer men anderzijds rekening houdt met de bedoeling van de betrokken regeling, is het toch alleszins aannemelijk dat een procedure ex artikel 9 reeds moet worden geacht te zijn ingeleid, wanneer door een duidelijke, van buiten kenbare daad blijkt van de behandeling van een geval. Hiertoe kan echter ook het nemen van een bepaalde instructiemaatregel worden gerekend. In casu betekent dit dat inderdaad — zoals verzoekster in het hoofdgeding meent — mag worden aangenomen dat met het besluit der Commissie tot een onderzoek in de brouwerijsector een procedure in de zin van artikel 9 is ingeleid. Hoewel het hierbij gaat om het *algemene* onderzoek van een gehele economische sector, moet men bedenken dat in het eerste arrest de Haecht uitdrukkelijk wordt gezegd dat het bij de beoordeling van dergelijke overeenkomsten aankomt op het *geheel* van alle bijkomende omstandigheden. Bijgevolg zijn op dit gebied juist dit soort algemene onderzoeken onmisbaar voor een behoorlijke beoordeling van individuele gevallen. Bovendien zou het blijkens het door verzoekster overgelegde verslag van een onderhoud tussen vertegenwoordigers van het Directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie en vertegenwoordigers van de Communauté de travail des brasseurs du marché commun, „in verband met de zaak de Haecht/Wilkin en met het arrest van het Hof te Luxemburg volstrekt noodzakelijk zijn een onderzoek in te stellen naar de vraag of het brouwerijcontract onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt". Aangenomen derhalve dat artikel 9, lid 3, van verordening nr. 17 ook voor de rechterlijke instanties der Lid-Staten geldt (wat niet door iedereen juist wordt geacht), is zeer wel de mening te verdedigen dat vanaf het tijdstip van inleiding van bedoeld onderzoek, waarop overigens nadere concrete verzoeken aan bepaalde brouwerijen om inlichtingen zijn gevolgd, de verwijzende rechtbank niet meer bevoegd was artikel 85, lid 1, op de door partijen in het hoofdgeding gesloten overeenkomst toe te passen.
Hiermede is wel alles gezegd, wat voor de verwijzende rechtbank in verband met de eerste vraag als hulp bij de interpretatie kan dienen.

2. In de tweede plaats wordt dan gevraagd of de aanmelding van een standaardovereenkomst kan gelden als aanmelding van een soortgelijke vroegere overeenkomst.
Hierover valt niet veel op te merken. Alle bij het geding betrokkenen hebben zich voor een bevestigende beantwoording van deze vraag uitgesproken, waarbij wij ons wel moeten aansluiten.
In dit verband zij in het bijzonder gewezen op het arrest in de prejudiciële zaak 1-70 (Jurisprudentie, Deel XVI, blz. 515). Het Hof heeft toen voor een bevestigend antwoord op een soortgelijke vraag overwogen dat de Commissie volgens artikel 24 van verordening nr. 17

bevoegd is nadere uitvoeringsbepalingen voor de aanmelding vast te stellen. Uit de daarop verschenen verordeningen nrs. 27/62 (PB 1962, blz. 1118) en 1133/68 (PB 1968, nr. L 189, blz. 1) en de bijbehorende formulieren bleek dat bij standaardovereenkomsten kan worden volstaan met bijvoeging van een model en dat de vermelding van naam en adres van de bij de overeenkomst betrokken ondernemingen niet nodig is. Voor de vereiste vereenvoudiging van de administratieve procedure leek dit alleszins aanvaardbaar. Bovendien kon men zich tevreden stellen met de gedachte dat de Commissie ook aldus voldoende opmerkzaam zou worden gemaakt op alle relevante nevenomstandigheden en dat zij altijd eventueel noodzakelijke verdere inlichtingen kon vragen.

Nu ging het hier weliswaar om een geval, waarin de standaardovereenkomst was afgesloten en aangemeld vóór de gelijkluidende overeenkomst waarop het hoofdgeding betrekking had. Logischerwijs zal echter in het omgekeerde geval, dus wanneer de standaardovereenkomst pas na afsluiting van de betrokken individuele overeenkomst is aangemeld, hetzelfde moeten gelden, omdat de desbetreffende overwegingen van arrest 1-70 (verlichting van de administratieve procedure bij voldoende informatiemogelijkheid van de Commissie) ook hier van toepassing zijn en het doel van een aanmelding dus ook bij beperking tot een standaardovereenkomst wordt bereikt.

Hieraan zou in verband met opmerkingen van verzoekster in het hoofdgeding nog kunnen worden toegevoegd dat het feit dat bij de onderhavige aanmelding werd verwezen naar de sinds 1968 voor dergelijke overeenkomsten in België bestaande regeling, uiteraard niet van invloed is op de geldigheid dier aanmelding; deze regeling wordt blijkbaar van tijd tot tijd (om de drie jaar) na onderhandelingen met de betrokken economische kringen gewijzigd en in casu week zij af van de regeling van 1963 (die gold bij afsluiting der onderhavige overeenkomsten). Een dergelijke verwijzing kon wel zinvol lijken, omdat de standaardovereenkomst niets zegt over de duur van de exclusieve afnameverplichting, die zich veeleer richt naar de geldende Koninklijke Besluiten en naar de hoogte van de leningen. In feite is de verwijzing dus niet meer dan een completering van de aanmelding ten aanzien van een essentiel element, dat wil zeggen een gegeven om de Commissie in staat te stellen aan de hand van de geldende Koninklijke Besluiten de inhoud van de betrokken overeenkomsten nauwkeurig te bepalen.

Samenvattend kan derhalve met betrekking tot de tweede vraag worden vastgesteld dat voor verordening nr. 17 kan worden volstaan met de aanmelding van een standaardovereenkomst, zelfs onder de in casu bestaande bijzondere omstandigheden.

3. In de derde plaats vraagt de verwijzende rechtbank ten slotte of de nietigheid van overeenkomsten die niet behoeven te worden aangemeld, wordt geacht te zijn vastgesteld op de datum waarop één der partijen bij de overeenkomst de nietigheid naar behoren heeft ingeroepen, of pas op de datum van de rechterlijke uitspraak of de beslissing der Commissie waarbij zij wordt vastgesteld.

Deze vraag slaat kennelijk op het reeds genoemde Bilger-arrest (zaak 43-69), welks inhoud hier eerst in herinnering zij gebracht. — Evenals in de onderhavige zaak ging het ook daar om een bierleveringscontract tussen twee in dezelfde Lid-Staat gevestigde ondernemers, met een exclusieve afnameverplichting van de caféhouder. Dienaangaande werd allereerst overwogen dat dergelijke overeenkomsten krachtens artikel 4, lid 2, van verordening nr. 17 vrijgesteld van aanmelding (hetgeen overigens ook voor de overeenkomst de Haecht/Wilkin-Janssen niet wordt betwijfeld). Bovendien — en dit is bijzonder belangrijk — werd overwogen dat niet mag worden aangenomen dat dergelijke, van aanmelding vrijgestelde overeenkomsten met terugwerkende kracht nietig zijn, indien de nationale rechter vaststelt dat artikel 85, lid 1, van toepassing is en dat derhalve het effect van lid 2 intreedt. De eventuele nietig-

verklaring van dergelijke overeenkomsten geldt hoogstens vanaf de dag waarop de nietigheid wordt vastgesteld; de overeenkomsten sorteren „volledig rechtsgevolg zolang haar nietigheid niet is vastgesteld".

De strekking van deze uitspraak is mijns inziens volkomen duidelijk: hierin wordt de regel neergelegd dat bij vaststelling door een nationale rechter dat een overeenkomst onder artikel 85, lid 1, valt, de nietigheid der overeenkomst slechts *ex nunc* werkt. Dan is echter tevens duidelijk dat met de gestelde vraag niet slechts een nadere precisering maar eventueel een wijziging van het Bilger-arrest wordt beoogd, zulks in verband met het door verweerders gebezigde argument dat met het oog op de rechtszekerheid, als algemeen rechtsbeginsel, moet worden aangenomen dat de nietigheid in dergelijke gevallen reeds ingaat op het moment dat één der partijen de nietigheid *inroept*. De vraag rijst nu, of dit juist is, ja zelfs of — in verband met de opmerkingen van andere bij het geding betrokkenen — men niet nog verder moet gaan en terugwerkende kracht tot de dag van afsluiting der overeenkomst moet aannemen. Dit zeggen namelijk de Franse en Duitse Regering, terwijl de Commissie die overigens uitgaat van het standpunt van het Bilger-arrest, dit alleen bepleit voor het nog niet uitgemaakte geval dat een beschikking der Commissie artikel 85, lid 1, van toepassing verklaart.

Laten wij deze verreikende redenering nader bezien.

Allereerst lijkt het niet onbegrijpelijk dat de stellingen van het Bilger-arrest op kritiek stuiten. Zij komen er immers op neer dat, voor de speciale gevallen van niet-aanmeldingsplichtige overeenkomsten, in plaats van een verbodsbeginsel een stelsel van misbruikstoezicht zoals ook het Duitse kartelrecht voor bepaalde casusposities kent, wordt ingevoerd. Daartegenover wordt niet ten onrechte gewezen op de inzichten die ik in verband met het Portelange-arrest reeds vermeldde en die in het bijzonder betrekking hebben op de regel in de beide eerste leden van artikel 85 en de herhaling van deze regel in artikel 1 van verordening nr. 17. Evenmin kan men de ogen sluiten voor de — ook reeds genoemde — conclusies die uit de artikelen 6 en 15 van verordening nr. 17 worden getrokken. Voorts dient men te bedenken dat alleen artikel 7 van verordening nr. 17 een beperking van de nietigheidsregel voor bepaalde, ook niet-aanmeldingsplichtige oude kartels bevat en dat artikel 9, lid 1, dezer verordening kennelijk uitgaat van het declaratoire karakter van de vaststelling dat een overeenkomst onder artikel 85, lid 1, valt.

Al deze argumenten zijn overigens niet nieuw. In het kader van de onderhavige kartelrechtelijke problematiek speelden zij al dadelijk een rol, zodat niet is aan te nemen dat het Hof deze bij zijn Bilger-arrest over het hoofd zou hebben gezien. Dat het Hof toen niettemin tot zijn stellingen is gekomen, is alleen te verklaren uit het feit dat het gehele systeem van het in verschillende teksten neergelegde communautaire mededingingsrecht niet vrij is van tegenstrijdigheden, lacunes en vaagheden. Met het oog hierop heeft het Hof zich kennelijk geroepen gevoeld tot een jurisprudentiële verduidelijking en afronding van het systeem. Daarbij heeft het zich niet in de laatste plaats door de volgende overweging laten leiden: de vrijstelling van aanmelding in het kader van een systeem waarin zelfs een algehele *ontheffing* van het verbod van artikel 85, lid 1, mogelijk is, kan in verband met de gedachte dat niet-aanmeldingsplichtige overeenkomsten zich er minder toe lenen de handel tussen Lid-Staten ongunstig te beïnvloeden, en met het oog op de vereisten van rechtszekerheid slechts tot gevolg hebben dat de nietigheid pas werkt vanaf de dag van de toepasselijkverklaring van artikel 85, lid 1. Zo gezien, kan ik mij echter niet voorstellen dat het Hof op grond van de beschouwingen in de onderhavige procedure aanleiding vindt tot een wijziging van zijn opvatting die — het zij nogmaals met nadruk gezegd — alleen geldt voor niet-aanmeldingsplichtige overeenkomsten.

Zulks te minder, omdat de Raad na de uitspraak van het Bilger-arrest en in verband met de daarin verkondigde rechtsopvatting de aanmeldingsverplichting van verdere vrijstellingen heeft voorzien. Men mag stellen dat dit niet zou zijn gebeurd, als de Raad 's Hofs zienswijze lijnrecht in strijd met het systeem had geacht.

Met name ook mag thans wel worden aangenomen dat men doodloopt met het argument dat vaststellingsbeslissingen van nationale rechters krachtens een algemeen rechtsbeginsel slechts declaratoir dus ex tunc werken en dat derhalve de veronderstelling dat de nietigheid pas bij de uitspraak ingaat, een doorbreking van het systeem inhoudt, namelijk de toekenning van een bevoegdheid aan de nationale rechter om een *rechtstoestand te wijzigen*. In feite is deze overweging slechts in schijn van dwingende aard. Belangrijk is dat het door het Hof via rechtsschepping ontwikkelde beginsel een materieelrechtelijke voorkeursbehandeling verschaft aan niet-aanmeldingsplichtige overeenkomsten. Wanneer in dit verband, zoals het systeem volgens het Hof vereist, de ingang van de nietigheid afhankelijk wordt gesteld van een vaststelling van overheidswege, gaat het zelfs in geval van rechterlijke uitspraken niet om constitutieve handelingen, doch alleen om een vaststelling dat de voorwaarden van artikel 85, lid 1, zijn vervuld. Als *reflexwerking* sluit hierop de uit het Europese recht rechtstreeks voortvloeiende nietigheid aan. In feite wordt dus aan het karakter van een dergelijke rechterlijke handeling, waarvan het Hof zelf niet heeft gezegd dat zij op vernietiging is gericht, niets veranderd.

Voorts zal men na de bovenstaande uiteenzetting niet kunnen aannemen dat het Hof zich zal verenigen met de stelling van verweerders in het hoofdgeding dat de nietigheid ingaat op het moment waarop een der partijen bij de overeenkomst zich daarop *beroept*. Afgezien van het feit dat een dergelijke situatie zich reeds in de Bilger-zaak voordeed zonder dat het Hof daaraan de door verweerders verlangde consequenties heeft verbonden, hebben verweerders in de huidige procedure niet kunnen aantonen dat het door hen gestelde beginsel in het nationale recht van de Lid-Staten geldt. Daarenboven dient men te bedenken dat zelfs een dergelijke beperkte terugwerking zou neerkomen op een miskenning van het essentiële rechtszekerheidsbeginsel, juist omdat de intreding van de nietigheid niet alleen afhangt van een vaststelling van overheidswege, maar ook van een subjectieve beoordeling door een partij bij de overeenkomst en van het vaak niet met zekerheid vast te stellen moment waarop dit oordeel in rechte geldend wordt gemaakt.

Rest dan nog de vraag of, zoals de Commissie meent, voor beschikkingen van de Commissie zelf, waarbij de nietigheid van niet-aanmeldingsplichtige overeenkomsten wordt vastgesteld, iets anders geldt, namelijk de terugwerkende ingang der nietigheid. Op deze vraag waaraan men in het Bilger-arrest niet is toegekomen — en waarvan men zich overigens moet afvragen of zij op zichzelf hier wel relevant is, omdat het in het hoofdgeding toch kennelijk alleen om een rechterlijke beslissing gaat — kan men mijns inziens slechts antwoorden dat er geen aanleiding is voor de door de Commissie bepleite differentiatie, ondanks het feit dat de rechtstoestand in beide gevallen niet precies dezelfde is, daar de Commissie immers ook een beslissing neemt inzake artikel 85, lid 3. Het komt echter niet zozeer op dit punt aan, als wel — zoals uit het Bilger-arrest duidelijk blijkt — op de eis van de rechtszekerheid en op het feit dat niet-aanmeldingsplichtige overeenkomsten kartelrechtelijk in het algemeen onschadelijk zijn. Gezien de aard van de onderhavige overeenkomsten moet derhalve ook ten aanzien van Commissiebeschikkingen waarbij wordt vastgesteld dat de voorwaarden van artikel 85, lid 1, zijn vervuld, worden aangenomen dat zij ex nunc werken.

Hiermede is ook de derde vraag genoegzaam beantwoord.

4. Voor de conclusie moge ik mijn mening nog eens als volgt samenvatten. De door de Rechtbank van Koophandel te Luik gestelde vragen kunnen mijns inziens als volgt worden beantwoord:

a) Een procedure ex de artikelen 2, 3 en 6 van verordening nr. 17 mag niet worden geacht door de Commissie te zijn ingeleid op het tijdstip waarop zij de ontvangst bevestigt van een verzoek om een negatieve verklaring of van een aanmelding, gedaan ter verkrijging van een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3. Veeleer dient de Commissie op zijn minst een onderzoekmaatregel te hebben gelast.

b) De aanmelding van een standaardovereenkomst geldt als aanmelding van een naar inhoud gelijkluidende, eerder afgesloten overeenkomst.

c) De nietigheid van overeenkomsten die niet behoeven te worden aangemeld, treedt in op de datum van een rechterlijke uitspraak of een beschikking der Commissie waarbij de nietigheid wordt vastgesteld.