Conclusies van de Advocaat-Generaal

M. LAGRANGE

27 februari 1962

Vertaald uit het Frans

Mijnheer de President, mijne heren Rechters,

Deze zaak – de eerste die aan Uw Hof is voorgelegd krachtens artikel 177 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap – is van belang, omdat hier voor de eerste maal de verwijzingsprocedure tot het vragen van prejudiciële beslissingen wordt toegepast, die – naar kan worden aangenomen – een belangrijke rol zal spelen bij de toepassing van het Verdrag. Naarmate de invloed van dit Verdrag op het rechtsleven en de sociaal-economische verhoudingen in de Lid-Staten zich uitbreidt, zullen zich steeds meer gevallen voordoen, waarbij de toepassing – en derhalve eventueel de uitlegging – van het Verdrag in interne geschillen van privaatrechtelijke of publiekrechtelijke aard ter sprake komt. Dit geldt niet alleen voor het Verdrag zelf, doch ook voor de ter uitvoering daarvan afgekondigde verordeningen, die eveneens aanleiding kunnen geven tot interpretatiemoeilijkheden en zelfs tot vragen betreffende de rechtsgeldigheid der verordeningen. Bij een doelmatige – wij zouden geneigd zijn te zeggen loyale – toepassing van artikel 177 zullen de nationale rechters en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen op vruchtbare wijze kunnen samenwerken met eerbiediging van elkaars onderscheidene bevoegdheden. Op deze wijze zal van weerszijden de oplossing moeten worden gevonden voor de somstijds gecompliceerde vraagstukken die zich bij alle prejudiciële geschillen voordoen en die hier noodzakelijkerwijs worden bemoeilijkt door de ter zake in het recht van de Lid-Staten bestaande verschillen.

De onderhavige zaak is nog in een tweede opzicht van belang en wel omdat zij betrekking heeft op de interpretatie van de artikelen 85 e.v. van het Verdrag, die over het algemeen – zacht gezegd – met moeilijkheden gepaard gaat, hoewel zij bepalend is voor een van de meest kwetsbare sectoren van de gemeenschappelijke markt, waar het vinden van een compromis tussen het algemeen belang en de rechtszekerheid het meest noodzakelijk is.

De afkondiging in het Publikatieblad dd. 21 februari 1962 van de eerste Verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86, die het eindpunt van de overgangsperiode vormt, maakt evenwel een onderzoek van enige der tot dusver meest omstreden vragen overbodig en vergemakkelijkt in ruime mate de oplossing van de andere vragen. Het valt ongetwijfeld te betreuren dat het Uw Hof niet vergund is geweest een einde te maken aan de rechtsonzekerheid die gedurende deze overgangsperiode bijzonder sterk is gevoeld en die, mede in verband met de verschillende houding die de Lid-Staten hebben aangenomen, de „start" van de toepassing van de anti-kartelwetgeving van het Verdrag ernstig heeft geschaad. Daarentegen wordt de taak van het Hof en van de nationale rechters hierdoor vereenvoudigd.

I — Feiten

Hieronder volge in het kort een opsomming van de feiten.

Robert Bosch G.m.b.H., fabrikant van koelkasten te Stuttgart, laat in alle koopcontracten die zij met haar binnenlandse afnemers sluit de volgende bepaling opnemen: „Bosch-produkten mogen slechts met schriftelijke toestemming van Bosch naar het buitenland worden uitgevoerd". Deze bepaling heeft in het bijzonder ten doel het alleenverkooprecht te beschermen, dat Bosch verleent voor de verkoop van haar produkten naar het buitenland. Voor Nederland is dit alleenverkooprecht van de Bosch-produkten sedert 1903 in handen van de N.V. van Rijn.

In de jaren 1959 en 1960 importeerde de vennootschap onder de Firma Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd Bosch-koelkasten uit Duitsland, welke zij kocht van Duitse ondernemingen die tegenover Bosch de verplichting hadden, deze produkten niet te exporteren. Op grond hiervan maakten Bosch en van Rijn voor de rechtbank te Rotterdam een proces aanhangig tegen de Geus, waarbij zij vorderden dat genoemde handelingen van de Geus zouden worden verboden. Doch de Geus, gedaagde in dit geding, voerde onder meer aan dat de overeenkomst waarop de eiseressen zich beriepen, in strijd was met het Verdrag E.E.G. en op grond van artikel 85, lid 2, van dit Verdrag nietig was, omdat deze overeenkomst er toe

strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. De rechtbank was van oordeel dat in het huidige stadium van verwezenlijking van de gemeenschappelijke markt artikel 85 niet tot gevolg heeft dat eventueel daarmede strijdige overeenkomsten nietig zijn. De rechtbank wees derhalve de vordering van eiseressen toe.

Op 8 november 1960 ging de Geus van dit vonnis in hoger beroep. Zij stelde opnieuw dat de onderhavige overeenkomst nietig was op grond van artikel 85, lid 2, Verdrag E.E.G.. Nadat Bosch en van Rijn, geïntimeerden, deze stelling hadden bestreden, besloot het Gerechtshof te 's-Gravenhage bij arrest van 30 juni 1961, overwegende dat een vraag was opgeworpen betreffende de uitlegging van het Verdrag E.E.G. waarover een beslissing noodzakelijk was, het Hof van Justitie van de E.E.G. overeenkomstig artikel 177 van het Verdrag te verzoeken,

> „uitspraak te doen over de vraag of het door Robert Bosch G.m.b.H., gevestigd te Stuttgart in de Bondsrepubliek Duitsland, aan zijn afnemers opgelegde en door deze bij contract geaccepteerde verbod tot exporteren krachtens artikel 85, lid 2, van het E.E.G.-Verdrag nietig is voor zover de export naar Nederland betreft".

Op 10 juli 1961 werd door de griffier van het Gerechtshof te 's-Gravenhage kennis gegeven van dit arrest aan het Hof van Justitie. Doch op 21 september 1961 stelden Bosch en van Rijn beroep in cassatie in tegen dit zelfde arrest, daartoe aanvoerende dat het Gerechtshof te 's-Gravenhage genoemde vraag ten onrechte aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen had voorgelegd. Van dit ter griffie van het Gerechtshof te 's-Gravenhage ingeschreven beroep werd door een mededeling van de griffier van het Gerechtshof op 10 oktober 1961 officieel kennis gegeven aan het Hof van Justitie.

Na het instellen van dit beroep in cassatie bracht de raadsman van Bosch en van Rijn in enige met de griffier van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen gewisselde brieven als zijn mening naar voren, dat het Hof van Justitie, alvorens te beslissen over de vraag die het Gerechtshof te 's-Gravenhage had gesteld,

de uitkomst van het cassatiegeding behoorde af te wachten, daar volgens artikel 398, laatste lid, van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de tenuitvoerlegging van een in hoger het beroep gewezen arrest door het beroep in cassatie wordt geschorst.

De raadsman van de Geus was daarentegen van mening dat het beroep in cassatie geen invloed had op de voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen aanhangige zaak en dat, eveneens volgens intern Nederlands recht, het arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage een preparatoire beslissing was in de zin van artikel 46, lid 2, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, waarop artikel 398 Rv niet van toepassing was, daar tegen preparatoire vonnissen of arresten geen hoger beroep of beroep in cassatie kan worden ingesteld voordat het eindvonnis of eindarrest is gewezen.

Bij brief van 19 oktober 1961 deelde de griffier van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen partijen mede dat naar de mening van het Hof het feit, dat tegen het arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 30 juni 1961 beroep in cassatie was ingesteld, geen schorsing van rechtswege met zich bracht van de bij het Hof van Justitie lopende procedure. Deze procedure heeft dus voortgang gevonden met inachtneming van de bijzondere bepalingen van artikel 20 van het Statuut E.E.G. van het Hof en artikel 103 van het Reglement voor de procesvoering. De partijen in de hoofdzaak alsmede de Commissie van de E.E.G. en vier van de Regeringen van de Lid-Staten: de Nederlandse, Duitse, Franse en Belgische Regering hebben opmerkingen ingediend, en vervolgens is in de zaak gepleit.

II — Juridische aspecten

Wij stellen ons voor, achtereenvolgens onderstaande drie vragen te onderzoeken: 1e. Is op zodanige wijze beroep gedaan op het Hof van Justitie dat dit reeds thans uitspraak kan doen? 2e. Is het Hof bevoegd zich over de gestelde vraag of vragen uit te spreken en, zo ja, in hoeverre? 3e. Zo ja, hoe luidt dan het antwoord?

A) *IS OP ZODANIGE WIJZE BEROEP GEDAAN OP HET HOF VAN JUSTITIE DAT DIT REEDS THANS UITSPRAAK KAN DOEN?*

Als onbetwistbaar en onbetwist staat vast, dat het Gerechtshof te 's-Gravenhage bij zijn verzoek aan het Hof van Justitie de voorschriften van het Verdrag in acht heeft genomen. Doch het is de vraag of het beroep in cassatie dat een van de partijen nadien tegen het arrest tot verwijzing heeft ingesteld ten gevolge heeft dat een beslissing van Uw Hof is uitgesloten zolang de Nederlandse cassatierechter, de Hoge Raad, zich niet heeft uitgesproken. Het spreekt vanzelf dat deze vraag niet wordt beïnvloed door het besluit van Uw Hof – dat in zekere zin van interne aard is – om de procedure voortgang te doen vinden: het Hof had zich alleen bij arrest in tegenovergestelde zin kunnen uitspreken, daar het door een dergelijke beslissing een geschilpunt zou hebben beslecht, terwijl het, door de procedure voortgang te doen vinden, integendeel ook deze vraag open heeft gelaten.

a) In de eerste plaats kan de vraag worden gesteld of het probleem wordt beslist door artikel 20 van het Statuut van het Hof van de E.E.G., waarbij het volgende is bepaald:

> „In de in artikel 177 van het Verdrag bedoelde gevallen wordt van de beslissing van de nationale rechterlijke instantie die de procedure schorst en een beroep doet op het Hof, aan dit Hof kennis gegeven op initiatief van deze instantie".

Op grond van deze bepaling is wel de stelling verdedigd, dat door de enkele verwijzing naar het Hof van Justitie de procedure in de nationale sfeer van rechtswege volledig wordt geschorst, met inbegrip van de normale rechtsmiddelen (hoger beroep, cassatie, enz.).

Wij kunnen deze mening niet delen. Het artikel zegt:

> „de beslissing van de nationale rechterlijke instantie die de procedure schorst (qui suspend la procédure) en een beroep doet op het Hof....";

Hiermede kan onzes inziens slechts zijn gedoeld op schorsing van de procedure bij deze nationale rechterlijke instantie, zodat de woorden „qui suspend la procédure" gelijk staan met de uitdrukking „qui surseoit à statuer". Een willekeurige rechterlijke instantie kan

niet het recht hebben te beslissen dat de uitoefening van de wettelijke rechtsmiddelen, zij het slechts voorlopig, komt te vervallen. Wij zullen zo dadelijk zien dat binnen de rechtsorde van de landen van de Gemeenschap die het instituut van de verwijzing tot het vragen van prejudiciële beslissingen kennen, steeds of althans gewoonlijk de normale rechtsmiddelen kunnen worden aangewend tegen schorsende vonnissen of arresten. Redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de auteurs van het Verdrag niet de bedoeling konden hebben inbreuk te maken op een zo belangrijke regel, die betrekking heeft op de interne gang van zaken in de nationale rechtspraak, zonder dit duidelijk tot uitdrukking te brengen. De theorie die wij bestrijden zou dan berusten op de stilzwijgende erkenning van een tevoren vastgestelde regel, zodat de woorden van artikel 20 („de beslissing van de nationale rechterlijke instantie die de procedure schorst") aldus zouden moeten worden uitgelegd: „de beslissing van de nationale rechterlijke instantie op grond waarvan de procedure binnen de nationale rechtsorde volledig is geschorst", hetgeen iets geheel anders is.

Bovendien is het niet aan het Hof, althans niet in de huidige stand van het geding, zich over een dergelijke vraag uit te spreken, daar dit zou neerkomen op een oordeel over de ontvankelijkheid van het in Nederland ingestelde cassatieberoep, ten aanzien waarvan uiteraard alleen de Hoge Raad bevoegd is: wellicht kan of moet de Hoge Raad in dit verband een vraag betreffende de uitlegging van artikel 20 aan Uw Hof voorleggen, doch op het huidige tijdstip heeft alleen het Gerechtshof te 's-Gravenhage zich tot Uw Hof gewend en de raadpleging van dit Hof heeft op deze vraag in het geheel geen betrekking.

b) Het is derhalve noodzakelijk het vraagstuk uit een ruimere hoek te bezien en daarbij, gelijk Uw Hof in een dergelijk geval steeds doet, uit te gaan van de algemene beginselen die uit het interne recht van de Lid-Staten voortvloeien. In dit verband zullen wij enkele opmerkingen wijden aan het Franse en het Duitse recht, alwaar het instituut der prejudiciële geschillen welbekend is.

In Frankrijk geldt als belangrijkste beginsel, dat de tot de beide rechtsgebieden behorende rechters elkaars verschillende bevoegd-

heden wederzijds eerbiedigen. Wat de hoofdzaak betreft, verhindert het vonnis tot schorsing niet dat de normale rechtsmiddelen (hoger beroep of cassatie) tegen het vonnis kunnen worden aangewend, daar alleen de procedure voor de rechter die de schorsing heeft bevolen wordt opgeschort.

Wat de procedure voor de rechter van het prejudiciële geschil betreft is de hoofdregel deze, dat deze rechter oordeelt over zijn eigen competentie en over niets anders. Hij mag bijvoorbeeld niet nagaan of de verwijzing in casu terecht is geschied, of deze nodig was om over de zaak ten principale te kunnen oordelen, enz.: op deze wijze zou hij zich mengen in de competentiesfeer van de rechter die de zaak heeft verwezen.

Doch hij mag niet onkundig blijven van de stand van de procedure in de hoofdzaak, daar hij een behoorlijke „rechtstitel" moet bezitten om uitspraak te kunnen doen. Indien de rechter in de hoofdzaak bijvoorbeeld zijn geduld heeft verloren en ten principale recht heeft gedaan zonder de beslissing omtrent de prejudiciële vraag af te wachten, moet de verwijzingsrechter er van afzien zelf uitspraak te doen (1). Hetzelfde geldt indien de beslissing waarbij de verwijzing wordt bevolen inmiddels door de cassatierechter is vernietigd (2).

Indien omgekeerd het vonnis waarbij de verwijzing is bevolen een eindvonnis is, moet zonder verder af te wachten over de prejudiciële vraag worden beslist, zelfs indien tegen het vonnis beroep in cassatie is aangetekend, aangezien dit beroep „de gevolgen ervan niet kan opschorten" (3). Al deze oplossingen vloeien voort uit de wens dat de eenheid van de procedure wordt gewaarborgd, zulks teneinde verwarring te vermijden. Een en ander met dien verstande, dat ieders bevoegdheden worden geëerbiedigd.

---

(1) Conseil d'Etat (Reynaud), 9 mei 1913, Recueil, blz. 525.

(2) Conseil d'Etat (Minister van Justitie), 13 april 1907, Recueil, blz. 354.

(3) Conseil d'Etat (Verkiezingen te Yholdy), 16 november 1923, Recueil, blz. 732.

Het schijnt dat in Duitsland in de gewone gevallen van schorsing dezelfde regels worden toegepast. Tegen de vonnissen tot schorsing staan in beginsel de normale rechtsmiddelen open (paragraaf 252 ZPO). Doch er is een belangrijke uitzondering, nl. de schorsing die wordt bevolen krachtens artikel 100 van de Grondwet, bepalende dat ieder lager gerecht een beroep moet doen op het Bundesverfassungsgericht indien het van oordeel is dat een wet, waarvan de te nemen beslissing afhankelijk is, in strijd is met de grondwet, of indien de vraag dient te worden beslist of een regel van het volkenrecht deel uitmaakt van de Duitse rechtsorde en de justitiabelen rechtstreeks bindt. Het merendeel van de schrijvers en, naar het schijnt, alle „Beschwerdegerichte" zijn van oordeel dat de beslissing waarbij de schorsing wordt bevolen in dit geval niet vatbaar is voor beroep (Beschwerde). Deze theorie berust met name op de uitsluitende bevoegdheid van het Bundesverfassungsgericht.

Het is duidelijk, dat er een zekere analogie valt aan te wijzen tussen dit geval en dat van artikel 177, zowel wat betreft het karakter van openbare orde dat de beide procedures onmiskenbaar eigen is als wat betreft het constitutionele aspect dat ook laatstgenoemde procedure in zekere mate vertoont. Het is zeer wel mogelijk dat de Duitse rechters, indien het geval hun wordt voorgelegd, op grond van deze analogie van oordeel zullen zijn, dat door de verwijzing naar het Hof van Justitie niet alleen de procedure voor de rechter die de schorsing beveelt doch ook de rechtsmiddelen tegen het verwijzende vonnis worden geschorst. Doch dit staat uiteraard alleen ter beoordeling van de Duitse rechters zelf.

In Italië ten slotte heeft de wetgever ingegrepen. Hier geldt artikel 3 van de wet no. 204 van 13 maart 1958, tot goedkeuring van de Protocollen betreffende de Voorrechten en Immuniteiten en betreffende het Statuut van het Hof van Justitie, welk artikel als volgt luidt:

> „Ter uitvoering van de artikelen 150 Verdrag E.G.A., 21 Statuut E.G.A., 177 Verdrag E.E.G. en 20 Statuut E.E.G., geven de organen van de gewone en bijzondere rechtspleging een beschikking waarbij zij, onder vermelding van de bewoordingen en middelen van het verzoek betreffende het prejudiciële geschil, de onverwijlde toezending van de stukken aan het

Hof van Justitie bevelen en waarbij het aanhangige geschil wordt geschorst. Door de zorg van de griffie wordt bij aangetekende brief met bewijs van ontvangst aan de griffie van het Hof van Justitie met de processtukken een afschrift van de beschikking op ongezegeld papier toegezonden".

Betekent de uitdrukking „waarbij het aanhangige geschil (in plaats van: de procedure) wordt geschorst" dat de Italiaanse wetgever heeft bedoeld dat het instellen van rechtsmiddelen tegen de beschikking tot verwijzing wordt opgeschort? Ook ten aanzien van deze vraag is alleen de nationale rechter bevoegd. Wellicht is een onderzoek naar deze vraag niet nodig, indien in aanmerking wordt genomen dat de verwijzing bij beschikking wordt bevolen en dat in een dergelijk geval de rechtsmiddelen volgens Italiaans recht automatisch zijn geschorst.

Uit dit korte overzicht blijkt voldoende dat in de zes landen van de Gemeenschap niet een algemeen aanvaarde rechtsregel bestaat volgens welke de aanwending van rechtsmiddelen tegen rechterlijke beslissingen, waarbij in geval van prejudiciële vragen schorsing van de procedure wordt bevolen, van rechtswege wordt opgeschort, welke rechtsregel tot gevolg zou hebben dat het Hof van Justitie van ieder onderzoek naar de stand van de procedure in de nationale rechtsorde zou zijn ontslagen. Met name in Nederland schijnt een dergelijke regel onbekend te zijn. Wij zagen reeds dat ook het Verdrag een dergelijke regel niet bevat, terwijl artikel 20 van het Statuut van het Hof onzes inziens niet op deze wijze kan worden uitgelegd.

Het komt ons dus voor dat dient te worden nagegaan of, op het tijdstip waarop Uw Hof uitspraak doet, daartoe nog een geldige „titel" aanwezig is.

In dit verband gaan wij voorbij aan het argument, dat de beslissing van het Gerechtshof te 's-Gravenhage niet een interlocutoir doch een preparatoir arrest is en derhalve volgens de artikelen 336 jo. 399 van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet vatbaar voor een beroep in cassatie. Deze vraag betreft de

ontvankelijkheid van het bij de Hoge Raad der Nederlanden ingestelde beroep, waarover uiteraard alleen de Hoge Raad bevoegd is te oordelen. Wij kunnen slechts nota nemen van het bestaan van dit beroep en nagaan of daardoor de gevolgen van het arrest van het Gerechtshof voor wat betreft het beroep op ons Hof van rechtswege worden opgeschort.

De moeilijkheid is, dat artikel 398 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bepaalt:

> „Buiten de gevallen, waarin de regter de voorloopige tenuitvoerlegging heeft bevolen, heeft het beroep in cassatie eene schorsende kracht".

Wij geloven evenwel niet dat de verwijzing naar het Hof van Justitie tot het vragen van een prejudiciële beslissing ingevolge artikel 177 van het Verdrag kan worden beschouwd als een „maatregel van tenuitvoerlegging" in de processuele zin van dit woord, derhalve uit het oogpunt van partijen. In dit geval is de medewerking van partijen niet vereist en de stand van het geding blijft ongewijzigd; er zou trouwens geen sprake kunnen zijn van een voorlopige tenuitvoerlegging. Het betreft hier een procedure die door de openbare orde wordt beheerst, waaraan partijen niet actief deelnemen en die niet van invloed is op hun vermogen of op hun rechtsbetrekkingen. Doch zelfs indien er enige twijfel bleef hangen, zou het niet op de weg van Uw Hof liggen zich uit te spreken over een vraag die tot het interne recht behoort. Gij kunt dit recht alleen dan toepassen indien deze toepassing voor de hand ligt en geen aanleiding geeft tot kritiek. In casu zijn bij het beroep op het Hof de voorschriften in acht genomen; het Hof is gehouden uitspraak te doen indien het zich zelf bevoegd acht ten aanzien van de gestelde vraag. Eerst indien het arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage zou worden gecasseerd en derhalve met terugwerkende kracht vernietigd zou Uw Hof zich dienen te onthouden, daar in dat geval de „titel" die nodig is opdat Gij uitspraak kunt doen, nl. het arrest tot verwijzing, niet meer zou bestaan.

Ongetwijfeld bestaat het risico dat een dergelijk feit plaatsgrijpt na het wijzen van Uw arrest, dat dan voor de beslissing van het geschil in de hoofdzaak van generlei waarde zou zijn. Doch

onzes inziens dient dit risico op de koop toe te worden genomen, althans in een zaak als deze waar de principiële betekenis van de interpretatie die van Uw Hof wordt verwacht ongetwijfeld veel verder gaat dan de belangen van partijen, wier rechten in de interne rechtsorde trouwens volledig worden gewaarborgd, evenals de prerogatieven van de nationale rechters.

B) *IS HET HOF BEVOEGD ZICH OVER DE GESTELDE VRAAG OF VRAGEN UIT TE SPREKEN EN, ZO JA, IN HOEVERRE?*

Wij herhalen de bewoordingen van de vraag die het Gerechtshof te 's-Gravenhage in het dictum van zijn arrest heeft gesteld:

> „Verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Economische Gemeenschap uitspraak te doen over de vraag of het door Robert Bosch G.m.b.H., gevestigd te Stuttgart in de Bondsrepubliek Duitsland, aan zijn afnemers opgelegde en door deze bij contract geaccepteerde verbod tot exporteren krachtens artikel 85, lid 2, van het E.E.G.-Verdrag nietig is voor zover de export naar Nederland betreft".

Indien dit verzoek letterlijk zou worden opgevat, zou het Hof zich ongetwijfeld onbevoegd moeten verklaren.

Artikel 85, lid 2, bepaalt:

> „De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig".

De vraag komt dus hierop neer of de litigieuze overeenkomsten al dan niet onder de verbodsbepaling van het eerste lid vallen. Doch aan het Hof van Justitie wordt ter zake geen enkele bevoegdheid toegekend.

Immers, gedurende de overgangsperiode, dus tot aan de afkondiging van de eerste Verordening, kon alleen een beroep worden gedaan op het Hof tegen een met redenen omklede beschikking van de Commissie krachtens artikel 89, lid 2, van het Verdrag, waarin werd vastgesteld dat inbreuk was gemaakt op de in de artikelen 85 en 86 gestelde beginselen, zulks na een op verzoek van een Lid-Staat of ambtshalve ingesteld onderzoek. Dit was de enige bevoegdheid die was toegekend aan het uitvoerend orgaan en bijgevolg aan

het Hof, dat krachtens artikel 173 bevoegd is de wettigheid na te gaan van de beschikkingen van de Commissie.

De op grond van artikel 87 afgekondigde verordening diende:

„de taak van de Commissie onderscheidenlijk van het Hof van Justitie bij de toepassing van de in dit lid bedoelde bepalingen vast te stellen" (sub d),

alsmede

„de verhouding vast te stellen tussen de nationale wetgeving enerzijds en de bepalingen van deze afdeling, alsmede de uitvoeringsbepalingen van dit artikel anderzijds" (sub e).

Doch wij vinden in de Verordening geen bijzondere aan het Hof toegekende bevoegdheid buiten de normale controle op de wettigheid van de beschikkingen van de Commissie. Laatstgenoemde beschikt thans over de volgende bevoegdheden voor de toepassing van artikel 85: 1e. de afgifte van „negatieve verklaringen" waaromtrent het volgende is bepaald:

„Op verzoek van de betrokken ondernemingen of ondernemersverenigingen kan de Commissie vaststellen dat, op grond van de gegevens die haar bekend zijn, voor haar geen aanleiding bestaat tegen een overeenkomst, besluit of gedraging, krachtens artikel 85, lid 1, of artikel 86 van het Verdrag op te treden";

2e. de bevoegdheid, op verzoek of ambtshalve vast te stellen dat inbreuk is gemaakt op de artikelen 85 of 86; 3e. een uitsluitende bevoegdheid ten aanzien van de „buiten-toepassing-verklaringen", d.w.z. de opheffingen van het verbod op grond van artikel 85, lid 3.

Hieronder zullen wij zien of en in welke mate de nationale rechters na de afkondiging van de Verordening bevoegd blijven uitspraak te doen over het verbod van artikel 85, lid 1, en over de gevolgen van de nietigheid van rechtswege die op grond van het tweede lid uit dit verbod voortvloeit. Doch het staat vast dat het Hof van Justitie ten aanzien van geen van deze vragen enigerlei bevoegdheid heeft zolang niet tegen een beschikking van de Commissie beroep is ingesteld.

In haar opmerkingen over de onderhavige zaak heeft de Franse Regering op het voorgaande de nadruk gelegd en daaruit de conclusie getrokken, dat het Hof onbevoegd is om zich over het ingediende verzoek uit te spreken.

Doch hoewel het Hof ongetwijfeld onbevoegd is uitspraak te doen over het verzoek zoals dit volgens de letterlijke bewoordingen van het dictum van het arrest tot verwijzing luidt, d.w.z. over het onderhavige geval, is het krachtens artikel 177 wèl bevoegd uitspraak te doen over de uitlegging van het Verdrag. De vraag rijst dan of Uw Hof niet in de eerste plaats moet trachten het arrest tot verwijzing uit te leggen en daaraan datgene te ontlenen dat betrekking heeft op Uw eigen bevoegdheid, d.w.z. op de abstracte moeilijkheden betreffende de uitleg van het Verdrag die door het geding worden opgeworpen en aan het verzoek ten grondslag liggen. Het komt ons voor dat een dergelijke poging kan en moet worden ondernomen, gezien de rechtsoverwegingen van het arrest, waaruit duidelijk blijkt van welke abstracte vragen het Gerechtshof te 's-Gravenhage uitlegging wenst.

Het lijkt ons gewenst deze rechtsoverwegingen hieronder volledig weer te geven:

„Overwegende, dat de tweede grief aldus luidt: Ten onrechte heeft de rechtbank beslist dat op de onderhavige exportverboden niet toepasselijk zijn de artikelen 85 t/m 90 van het Verdrag tot Oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (E.E.G.-Verdrag);

dat een aldus geformuleerde beslissing in het vonnis der Rechtbank niet voorkomt, doch het blijkens de toelichting van appellante duidelijk is, dat haar grief gericht is tegen de beslissing der Rechtbank, dat op dit ogenblik de nietigheid van de onderhavige conventie ex artikel 85, lid 2, van het E.E.G.-Verdrag niet aanwezig is, welke beslissing de Rechtbank doet steunen op de overweging, dat de gemeenschappelijke markt niet met de inwerkingtreding van het E.E.G.-Verdrag eo ipso is verwezenlijkt, doch integendeel in het kader van de bepalingen van dit Verdrag nog als in statu nascendi is gekenschetst;

dat appellante hiertegen heeft aangevoerd dat het stelsel van het E.E.G.-Verdrag is, dat de overeenkomsten bedoeld in artikel 85, lid 1, eo ipso nietig zijn, dat wel krachtens artikel 88 voorlopig de nationale autoriteiten bevoegd zijn te beslissen over de toelaatbaarheid van mededingingsrege-

lingen, doch naar het hier toepasselijke Duitse recht de onderhavige overeenkomsten nietig zijn, zolang er niet een goedkeuring is krachtens genoemd artikel 88;

dat geïntimeerden hiertegenover in de eerste plaats hebben betoogd, dat de artikelen 85 t/m 90 van het E.E.G.-Verdrag niet direct toepasselijk zijn op de burgers van de staten die het Verdrag hebben ondertekend en voorts dat, ook al zou men uitgaan van directe binding, dan nog de onderhavige regelingen met het exportverbod rechtsgeldig zijn op grond der in het vonnis der rechtbank voorkomende hierboven vermelde overwegingen;

Overwegende, dat uit het bovenstaande blijkt, dat een vraag is opgeworpen betreffende de uitlegging van het E.E.G.-Verdrag waarover een beslissing noodzakelijk is en het Hof daarom alvorens nader op de grieven in te gaan het Hof van Justitie van de E.E.G. overeenkomstig artikel 177 van meergenoemd Verdrag zal verzoeken over deze vraag een uitspraak te doen".

Uit deze rechtsoverwegingen kunnen de volgende twee vragen betreffende de uitlegging van het Verdrag worden afgeleid: de eerste vraag betreft de toepasselijkheid *ratione temporis:* zijn de artikelen 85 en volgende, althans op het huidige tijdstip, rechtstreeks van toepassing op de onderdanen van de Lid-Staten? De tweede vraag betreft de gevolgen van de nietigheid bedoeld in artikel 85, lid 2: treden de aan deze nietigheid verbonden rechtsgevolgen in zolang geen ontheffing is verleend op grond van artikel 85, lid 3, — of liever, meer in overeenstemming met de tekst: zolang het verbod van artikel 85, lid 1, niet „buiten toepassing is verklaard" met inachtneming van de bepalingen van het derde lid?

Uw Hof dient op deze beide vragen te antwoorden, zulks met inachtneming van de bepalingen van de Verordening die thans van kracht is. Het betreft hier nl. regels betreffende bevoegdheid en betreffende de toepassing van het Verdrag die terstond van toepassing zijn, zelfs voor wat betreft aanhangige gedingen waarin nog geen uitspraak is gedaan.

Daarentegen is het veel minder zeker, dat Uw Hof dient te antwoorden op een derde vraag, die ten processe is opgeworpen, en wel of clausules houdende een exportverbod onder het verbod van

artikel 85, lid 1, vallen en in het bijzonder of zij „de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden". Om twee redenen is dit minder zeker: in de eerste plaats omdat deze vraag, gelijk wij zagen, in het dictum van het arrest tot verwijzing uitsluitend in concrete vorm is gesteld en, in tegenstelling met de andere vragen, niet in de rechtsoverwegingen voorkomt; en vervolgens omdat men zich kan afvragen of het mogelijk is, met behulp van verdragsuitlegging op deze vraag een zuiver abstract antwoord te geven. Wij zullen niettemin in deze richting een poging doen, daar dit het enige middel is om zich rekenschap te geven of het in dit geval mogelijk is onderscheid te maken tussen interpretatie van het Verdrag in abstracto en toepassing van het Verdrag op de feiten van het litigieuze geval.

Ten slotte is er nog een laatste vraag die – doch dit is niet zeker – door het arrest tot verwijzing wordt opgeroepen, nl. de vraag in hoeverre Duits recht van toepassing is: in dit geval staat voor ons vast, dat het Hof van Justitie onbevoegd is, onverschillig of het de toepassing van de Duitse wet zelf betreft ofwel de vraag of deze wet op de feiten van het geding van toepassing is, d.w.z. een vraag van wetsconflict. Het komt ons voor dat in dit verband geen vraag rijst waaraan de uitlegging van het Verdrag te pas komt.

C) *ANTWOORD OP DE GESTELDE VRAGEN*

1. *Zijn de artikelen 85 en volgende, althans op het huidige tijdstip, rechtstreeks van toepassing op de onderdanen van de Lid-Staten?*

Tegen de theorie van de rechtstreekse toepasselijkheid zijn twee soorten tegenwerpingen aangevoerd; in de eerste plaats de stelling dat de anti-kartelbepalingen van het Verdrag eerst kunnen worden toegepast zodra de gemeenschappelijke markt een feit is, hetgeen nog niet het geval is, daar de voorgeschreven fasen, ondanks bepaalde „versnellingen", nog geenszins volledig zijn doorlopen. Deze theorie, die de rechtbank te Rotterdam in het onderhavige geding tot de hare heeft gemaakt, verdient op die grond vermelding.

Dit standpunt dient o.i. te worden verworpen: de toepassing van de artikelen 85 en volgende vormt een van de belangrijkste factoren die nodig zijn voor de geleidelijke instelling van de ge-

meenschappelijke markt en komt niet eerst aan de orde wanneer de gemeenschappelijke markt geheel zal zijn verwezenlijkt. Bovendien zijn de bepalingen van het Verdrag in dit verband volkomen ondubbelzinnig: alleen met betrekking tot de overgangsperiode, d.w.z. het tijdperk tussen de inwerkingtreding van het Verdrag en de afkondiging van de eerste verordening is — of juister gezegd: was — een vraag gerezen, nl. de in het nationale recht welbekende vraag van zuiver juridisch-technische aard of een wet (in casu het Verdrag) van toepassing is, zolang de ter uitvoering daarvan bedoelde regelingen ontbreken. Deze vraag is thans vervallen: de verdragswetgeving is sedert de afkondiging van de Verordening volledig van toepassing, uiteraard met inachtneming van de overgangsbepalingen die deze Verordening bevat. De eerste tegenwerping is derhalve niet gegrond en de tweede is komen te vervallen.

Wat Nederland betreft is een aan dit land eigen bezwaar ook vervallen: dit vloeide voort uit de wet van 5 december 1957, waarbij de toepassing van de artikelen 85 en 86 afhankelijk werd gesteld van een voorafgaand ingrijpen van de bevoegde instanties, handelend binnen het kader van de nationale wetgeving; het tweede artikel van deze wet bepaalt nl.:

> „Zij vervalt op het tijdstip, waarop de krachtens artikel 87 van dit Verdrag vast te stellen voorschriften in werking treden".

Dit is thans het geval.

2. *Treden de aan de „nietigheid van rechtswege" bedoeld in artikel 85, lid 2, verbonden rechtsgevolgen voor de afspraken die op grond van het eerste lid verboden zijn in, zolang het verbod krachtens het derde lid niet is opgeheven?*

Wij hadden reeds gelegenheid op te merken dat het Verdrag ter zake aan het Hof van Justitie geen bijzondere bevoegdheid toekent, daar het Hof slechts zijn gewone bevoegdheden uitoefent ter controle op de rechtsgeldigheid van de beschikkingen van het uitvoerend orgaan. Voor zover dus artikel 85, lid 1, van toepassing is, zijn de nationale rechters bevoegd de geldigheid van afspraken aan dit eerste lid te toetsen en de consequenties te trekken uit de nietig-

heid van rechtswege die de verboden overeenkomsten aankleeft. Artikel 1 van de Verordening bepaalt dat het verbod van artikel 85, lid 1, geldt

„zonder dat daartoe enige voorafgaande beschikking is vereist".

Daar het Verdrag ten gevolge van de ratificatie deel uitmaakt van de wetgeving in de verschillende landen, berust de toepassing van het Verdrag bij de nationale rechters, behoudens bepalingen waarbij aan de gemeenschapsorganen bevoegdheden worden toegekend. Zulke bepalingen zijn in het Verdrag niet te vinden, doch wel in de Verordening.

In de eerste plaats artikel 9, lid 1, dat betrekking heeft op de opheffing van het verbod als bedoeld in artikel 85, lid 3:

„Onverminderd het toezicht van het Hof van Justitie op de betreffende beschikking, is uitsluitend de Commissie bevoegd om de bepalingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag overeenkomstig artikel 85, lid 3, buiten toepassing te verklaren".

Op dit punt is de situatie duidelijk: de toekenning van een uitsluitende bevoegdheid aan de Commissie heeft noodzakelijkerwijs tot gevolg dat de nationale rechters onbevoegd zijn. Een dergelijke maatregel was trouwens ongetwijfeld in overeenstemming met de zeer ruime delegatie van wetgevende bevoegdheid die met het oog op de vaststelling van verordeningen in artikel 87 is neergelegd.

Daarentegen voorziet de Verordening niet in een uitsluitende bevoegdheid voor de toepassing van artikel 85, lid 1. Hieruit vloeien tweeërlei moeilijkheden voort, in de eerste plaats wegens het bestaan van concurrerende bevoegdheden ten aanzien van dit punt, in de tweede plaats wegens de nauwe samenhang die op in het oog springende wijze tussen de toepassing van het eerste lid en die van het derde lid van artikel 85 bestaat. Artikel 86, dat handelt over machtsposities, blijft dan nog buiten beschouwing.

a) *Moeilijkheden wegens het bestaan van conrurrerende bevoegdheden*

Wij zeiden reeds dat in de Verordening aan de Commissie drie bevoegdheden worden toegekend: die tot afgifte van een „negatieve verklaring" in verband met artikel 85, lid 1, of artikel 86, die tot

vaststelling van inbreuken op artikel 85 of artikel 86 en die betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3.

Dit laatste punt, het geval van uitsluitende bevoegdheid waarover wij zojuist spraken, kan buiten beschouwing blijven.

Wat de negatieve verklaringen betreft, is het artikel dusdanig geredigeerd („. . . . kan de Commissie vaststellen dat, op grond van de gegevens die haar bekend zijn, voor haar geen aanleiding bestaat tegen een overeenkomst, besluit of gedraging, krachtens artikel 85, lid 1, of artikel 86 van het Verdrag op te treden") dat de gedachte postvat dat de afgifte van een negatieve verklaring zich niet verzet tegen de uitoefening door de nationale rechters van hun bevoegdheid, te oordelen over de vraag of een bepaalde overeenkomst in overeenstemming is met artikel 85, lid 1, (of over het bestaan van een machtspositie in verband met artikel 86).

Wat de bevoegdheid tot vaststelling van inbreuken betreft, is hier inderdaad sprake van concurrerende bevoegdheden die tot gevolg kunnen hebben dat beslissingen van een nationale rechter en van de Commissie (of eventueel het Hof van Justitie indien beroep wordt ingesteld tegen een beschikking van de Commissie) met elkaar in strijd zijn.

Het is waar dat de auteurs van de Verordening getracht hebben dergelijke gevolgen te vermijden door de volgende bepaling, die voorkomt in het derde lid van artikel 9:

> „Zolang de Commissie geen procedure heeft ingeleid krachtens de artikelen 2, 3 of 6 blijven de autoriteiten van de Lid-Staten overeenkomstig artikel 88 van het Verdrag bevoegd artikel 85, lid 1, en artikel 86 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".

Moet hieruit nu a contrario worden afgeleid dat, zodra de Commissie „een procedure heeft ingeleid krachtens de artikelen 2, 3 of 6", de „autoriteiten van de Lid-Staten" met inbegrip van de rechters in deze landen, niet meer bevoegd zijn? Het antwoord luidt ongetwijfeld bevestigend voor artikel 6, dat handelt over het

geval van uitsluitende bevoegdheid betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3. Het antwoord luidt o.i. ontkennend voor artikel 2, dat handelt over de „negatieve verklaring". Voor artikel 3, dat betrekking heeft op de vaststelling van inbreuken, is een bevestigend antwoord uiterst gewenst, doch tamelijk twijfelachtig. In elk geval mag worden aangenomen dat de nationale rechter, aan wie een vraag betreffende de toepassing van artikel 85, lid 1, of artikel 86 is voorgelegd, het geding schorst indien hij verneemt dat de Commissie, wellicht gewaarschuwd door het bestaan van het proces, heeft besloten harerzijds een procedure in te leiden als bedoeld in artikel 9, lid 3, van de Verordening. Indien een negatieve verklaring wordt afgegeven of de afgifte van een dergelijke verklaring wordt geweigerd, is dit voor deze rechter een belangrijke aanwijzing. Indien er een beschikking betreffende de vaststelling van een inbreuk bestaat, vooral indien daarover een proces is gevoerd dat heeft geleid tot een arrest van het Hof van Justitie, dan behoort hij zich daaraan te houden, op juridische gronden indien in een dergelijk geval het gezag van gewijsde wordt aangenomen, of anders op morele gronden. Naar onze mening is het overigens in het onderhavige geding niet nodig deze vraag te beantwoorden.

b) *Moeilijkheden voortvloeiende uit de tussen de leden 1 en 3 van artikel 85 bestaande samenhang*

Wij stuiten hier op het voornaamste zwakke punt in het bij de artikelen 85 e.v. van het Verdrag ingevoerde systeem, nl. het gebrek aan overeenstemming tussen de materiële wetgeving en de toepassing daarvan.

Deze materiële wetgeving berust op de samenhang die op in het oog springende wijze bestaat tussen de regels van artikel 85, lid 1, betreffende de aard van de verboden overeenkomsten, en de regels van artikel 85, lid 3, welke de voorwaarden bevatten voor de opheffing van het verbod: enkele lezing van het derde lid, sub a en b, is voldoende om zich hiervan rekenschap te geven. Logischerwijze zouden dezelfde bestuurlijke of rechterlijke organen in de loop van dezelfde procedure bevoegd moeten zijn, ten aanzien van dezelfde overeenkomsten te oordelen, zowel over de vraag of deze in over-

eenstemming zijn met het eerste lid als over de „buiten-toepassing-verklaring" van het verbod op grond van het derde lid.

De woorden van artikel 88, volgens hetwelk gedurende de overgangsperiode de nationale wetgeving van toepassing is naast de verdragswetgeving van de artikelen 85 en 86, bewijzen trouwens dat bovenbedoelde samenhang bestaat en dat de auteurs van het Verdrag zich daarvan bewust waren, daar dit artikel uitdrukkelijk bepaalt dat bij deze gelijktijdige toepassing met name op het derde lid van artikel 85 dient te worden gelet. Het zou trouwens in strijd zijn geweest met de meest elementaire begrippen van billijkheid, indien het verbod van het eerste lid, met de daaraan verbonden nietigheid van rechtswege en met alle gevolgen die de rechters daaraan kunnen en zelfs moeten toekennen, zou worden toegepast zonder dat de ondernemingen zich eventueel op de bepalingen van het derde lid konden beroepen.

Om deze reden kwam de zgn. theorie van de „wettelijke uitzondering", die aan het Franse systeem ten grondslag ligt, uitstekend tegemoet aan de vereisten die de toepassing van het Verdrag stelde, ook voor zover het de overgangsperiode betrof. Deze theorie houdt in, dat éénzelfde bestuursorgaan en in voorkomend geval éénzelfde rechter zowel oordeelt over de vraag of een bepaalde overeenkomst in beginsel is verboden als over de eventuele opheffing van dit verbod: de toepassing van het voorschrift omtrent de nietigheid van rechtswege levert dan geen moeilijkheden op.

Eveneens om deze reden was o.i. alleen op grond van deze theorie de rechtstreekse toepassing van artikel 85 in de landen die nog geen anti-kartelwetgeving bezaten gerechtvaardigd: de gewone rechter was daardoor automatisch bevoegd zowel het derde als het eerste lid toe te passen.

In de tegenovergestelde opvatting, waarbij voor de toepassing van het derde lid een beslissing met constitutieve werking wordt vereist, welke theorie voornamelijk uit Duitsland afkomstig is en steeds door de Commissie is verdedigd, is het duidelijk dat rechtstreekse toepassing van artikel 85 onmogelijk was zolang niet een

bepaalde nationale instantie bevoegd was tot het nemen van de beslissingen die volgens deze theorie voor de toepassing van het derde lid vereist waren. De Duitse Regering heeft dit trouwens in haar memorie uitdrukkelijk erkend:

> „Toepassing van artikel 85, lid 3, van het E.E.G.-Verdrag is overeenkomstig artikel 88 voorlopig toevertrouwd aan de autoriteiten van de Lid-Staten der Europese Economische Gemeenschap. Daarbij is het nationale recht in de verschillende Lid-Staten bepalend voor de vraag, welke autoriteiten hiertoe bevoegd zijn".

In de landen die geen anti-kartelwetgeving kenden diende de overheid dus de ter zake vereiste voorschriften uit te vaardigen, doch waar dit niet was geschied kan, nog steeds volgens deze theorie, van toepassing van artikel 85 gedurende de overgangsperiode geen sprake zijn, daar, het zij herhaald, toepassing van het eerste lid ondenkbaar is zonder de – eventuele – gelijktijdige toepassing van het derde lid. Sommige schrijvers hebben zelfs de stelling verdedigd dat, nu wegens het ontbreken van de benodigde voorschriften het Verdrag in enige van de Lid-Staten niet kon worden toegepast, toepassing in de gehele Gemeenschap was uitgesloten: dit ging naar onze mening te ver. Het lag in de lijn van het Verdrag dat dit werd toegepast zodra zulks mogelijk was, en wel naast de nationale wetgeving.

Dit twistpunt is thans beslist, daar de auteurs van de Verordening hebben gekozen voor de tweede theorie, die trouwens – het dient erkend – meer dan de andere in overeenstemming was met de redactie van het derde lid:

> „De bepalingen van lid 1 van dit artikel kunnen echter buiten toepassing worden verklaard voor elke overeenkomst, enz.".

De theorie van de wettelijke uitzondering zou een andere formulering hebben vereist, zoals: „de bepalingen van lid 1 worden geacht niet van toepassing te zijn", of eenvoudig: „zijn niet van toepassing". Onder deze omstandigheden kan er geen plaats zijn voor de stelling, dat de Verordening in dit opzicht onwettig zou zijn wegens in strijd met het Verdrag: een bewering van zo ernstige aard zou door het Hof alleen dan mogen worden aanvaard indien

de onwettigheid van de Verordening een vaststaand feit was, maar dit is allerminst het geval.

Doch dan treedt de tegenstelling aan het licht waarop wij wezen doordat, anders dan in het Verdrag E.G.K.S. (artikel 65), de Commissie wel bij uitsluiting bevoegd is om een bepaald verbod op te heffen, doch niet om vast te stellen dat een bepaalde overeenkomst onverenigbaar is met het Verdrag en derhalve van rechtswege nietig.

Daarom bevat de Verordening een reeks bepalingen die bestemd zijn om een zo evenwichtig mogelijke toepassing van artikel 85 in zijn geheel te verzekeren, alsmede van artikel 86. De hoeksteen van het stelsel is de verplichting van de ondernemingen, die een „buiten-toepassing-verklaring" wensen te verkrijgen ingevolge artikel 85, lid 3, hun overeenkomsten aan te melden bij de Commissie, die in geval van een gunstige beslissing de gevolgen daarvan met terugwerkende kracht kan doen ingaan op een tijdstip, dat niet voor de dag der aanmelding kan liggen (artikel 4, lid 1, en 6, lid 1). Deze „aanmelding" vertoont overigens veel overeenkomst met een verzoek om goedkeuring, en de „buiten-toepassing-verklaring" met een verleende goedkeuring („de bepalingen van lid 1 *kunnen* buiten toepassing worden verklaard"): ondanks de verschillende bewoordingen is dit stelsel kennelijk ontleend aan artikel 65, lid 2, van het Verdrag E.G.K.S..

In dit systeem (wij spreken hier alleen over het definitieve stelsel, dat geldt voor de afspraken die na de inwerkingtreding van de Verordening tot stand komen, en over het stelsel in zijn normale vorm, daar er, gelijk Gij weet, ook een overgangssysteem bestaat en tevens een soepeler regeling voor bepaalde categorieën van afspraken) — in dit systeem dus lijkt een juist evenwicht te zijn bereikt. Ten overstaan van de nationale rechters kan steeds een beroep worden gedaan op de nietigheid van een met artikel 85, lid 1, strijdige overeenkomst. Zelfs indien tijdens de procedure een „aanmelding" plaatsvindt, kan de rechter uitspraak doen en eventueel de consequenties trekken uit de nietigheid van rechtswege die een overeenkomst, welke hij in strijd acht met artikel 85, lid 1, aankleeft, althans voor wat betreft het tijdvak voorafgaande aan de aanmelding, daar

een latere „buiten-toepassing-verklaring" in geen geval verder kan terugwerken dan tot het tijdstip van aanmelding. Daarentegen zal deze zelfde rechter er goed aan doen het resultaat van de procedure bij de Commissie af te wachten alvorens de gevolgen van de nietigheid van rechtswege vast te stellen voor het tijdvak nà de aanmelding. Dat hij hiertoe rechtens ook is verplicht mag o.i. wegens het ontbreken van enige uitdrukkelijke bepaling in deze zin, niet worden aangenomen. In het bijzonder het reeds geciteerde artikel 9, lid 3, van de Verordening laat dit niet toe. Bovendien kan het in een dergelijk geval gewenst zijn zich te verlaten op het oordeel van de rechter, daar zich omstandigheden kunnen voordoen waar het overduidelijk is dat de bepalingen van het derde lid niet van toepassing zijn en dat de „aanmelding", welke plaatsvindt nadat de feiten zijn ontdekt en de procedure bij de rechter aanhangig is gemaakt, slechts ten doel heeft de zaak te rekken. Uit juridisch oogpunt doet zich eigenlijk eerst een probleem voor ingeval de rechter een overeenkomst in strijd acht met artikel 85, lid 1, terwijl de Commissie (of eventueel het Hof), waarvan de beslissing daarna valt, op dit punt een andere mening is toegedaan en bijgevolg van oordeel is dat een „buiten-toepassing-verklaring" in de zin van het derde lid irrelevant en derhalve onmogelijk is; doch dit is een onvermijdelijk gevolg van het bestaan van concurrerende bevoegdheden.

Ook indien het gaat om afspraken die vallen onder de „gunstiger regeling" bedoeld in artikel 4, lid 2, is bijzondere terughoudendheid van de nationale rechter gewenst ingeval deze afspraken bij de Commissie zijn aangemeld: immers voor deze afspraken kan een buiten-toepassing-verklaring van de Commissie ex artikel 85, lid 3, terugwerken tot een vrijelijk door de Commissie vastgesteld tijdstip, dat vroeger kan liggen dan de aanmelding (artikel 6, lid 2, van de Verordening).

Rest ten slotte het geval van de bij de inwerkingtreding van de Verordening bestaande afspraken, waaraan in de artikelen 5 en 7 van deze Verordening enige bijzondere bepalingen zijn gewijd. Indien deze afspraken voor 1 augustus 1962 (of 1 januari 1964 voor de afspraken die onder de gunstigere regeling vallen) worden aangemeld, „is het verbod van artikel 85, lid 1, slechts van toepassing

gedurende de periode die de Commissie vaststelt", indien de overeenkomsten door de ondernemingen beëindigd worden „of zodanig gewijzigd worden dat zij hetzij niet meer onder het verbod van artikel 85, lid 1, vallen hetzij voldoen aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3". Dit betekent dat de beschikking van de Commissie kan inhouden, dat het verbod geen terugwerkende kracht heeft, d.w.z. dat de gevolgen van de overeenkomst voor het verleden geheel in stand blijven en zelfs ook voor de toekomst, indien aan de belanghebbenden termijnen zijn toegekend om zich aan te passen: in dit geval komen de gevolgen van de nietigheid van rechtswege, die van nature terugwerkende kracht heeft (ex tunc), geheel te vervallen.

Ook hier is er geen enkele bepaling van het Verdrag of van de Verordening die de rechter de verplichting oplegt het geding te schorsen, zelfs indien de aanmelding reeds heeft plaatsgehad of tijdens de procedure wordt gedaan, doch uiteraard dienen de nationale rechters in zodanig geval de grootst mogelijke terughoudendheid aan de dag te leggen gezien de gevolgen die een latere gunstige beschikking van de Commissie kan hebben. Wel dienen de nationale rechters in voorkomend geval rekening te houden met onderstaande bepaling van de Verordening (artikel 7, lid 1, in fine):

> „Op een beschikking van de Commissie krachtens de vorige zin (waarbij haar de bevoegdheid wordt toegekend, de periode vast te stellen gedurende welke het verbod van toepassing is) kan geen beroep worden gedaan tegenover ondernemingen of ondernemersverenigingen die niet uitdrukkelijk hun toestemming tot de aanmelding hebben gegeven".

Hiermede hebben wij aangegeven, op welke wijze naar onze mening de concurrerende bevoegdheid van de nationale rechters en van de Commissie ten aanzien van de toepassing van artikel 85, lid 1 en 2, en de uitsluitende bevoegdheid van de Commissie ten aanzien van de toepassing van artikel 85, lid 3, van elkaar dienen te worden onderscheiden. Het resultaat is weliswaar niet geheel bevredigend, doch dit is het gevolg van het tweeledige juridische compromis dat (volgens onze interpretatie) aan het Verdrag ten grondslag ligt: 1e. een compromis tussen de theorie van de „wettelijke uitzondering", de enige theorie die volkomen aansluit bij het

begrip nietigheid van rechtswege in artikel 85, lid 2, en de theorie van de „constitutieve werking" die, gelijk in het Duitse systeem, logischerwijze gepaard dient te gaan met een bevoegdheid van de kartelinstanties, de met de wet strijdige overeenkomsten „onverbindend te verklaren" (für unwirksam erklären), hetgeen neerkomt op een volkomen verschillend begrip nietigheid van rechtswege, 2e. een compromis betreffende de bevoegdheid, die in het Verdrag niet wordt geregeld en die de auteurs van de Verordening niet bij uitsluiting wilden of meenden te kunnen opdragen aan de bestuursorganen en aan de rechterlijke instantie van de Gemeenschap, zoals in het Verdrag E.G.K.S. is geschied.

De auteurs van de Verordening hebben zich veel moeite gegeven om de uit dit dubbele compromis voortvloeiende moeilijkheden zoveel mogelijk te verkleinen. Voor de overblijvende moeilijkheden zal naar onze mening het vinden van een oplossing, evenals waar het prejudiciële vragen betreft, zeer veel eenvoudiger zijn indien een werkelijke geest van samenwerking gaat heersen tussen de nationale rechterlijke instanties en de autoriteiten van de Gemeenschap. Wij weten allen dat deze geest van samenwerking, waarop in het Verdrag van Rome voortdurend een beroep wordt gedaan, de noodzakelijke voorwaarde is voor het welslagen van dit Verdrag. Wat ons betreft, wij zijn ervan overtuigd dat deze geest op het terrein van de rechtspraak aan de dag zal treden, zoals reeds het geval is geweest op politiek, economisch en sociaal terrein, zowel in de betrekkingen tussen de Staten als in die tussen particulieren. Zo en niet anders behoort het leven in een Gemeenschap te zijn.

3. *Worden clausules houdende een exportverbod door artikel 85, lid 1, verboden?*

Met inachtneming van de hierboven genoemde bepalingen zullen wij deze vraag zo kort mogelijk behandelen, er daarbij zorgvuldig van afziende ons uit te spreken over de toepassing op het onderhavige geval, waarover het Hof in het kader van de onderhavige procedure niet bevoegd is te oordelen.

In de eerste plaats staat voor ons vast – hetgeen trouwens ten processe niet is bestreden – dat artikel 85 zowel voor „verticale" als „horizontale" afspraken is geschreven, d.w.z. zowel voor overeenkomsten welke het uitsluitende belang van één verkoper dienen als voor die welke door verschillende verkopers of fabrikanten worden gesloten met het oog op een gemeenschappelijk belang. In dit verband verwijzen wij naar de opmerkingen van de Duitse Regering sub B, 1, die ons juist voorkomen. In de Duitse wetgeving, die zeer volledig en gedetailleerd is, zijn verticale afspraken wel bij de wet geregeld, doch gelden daarvoor bijzondere, minder strengere regelingen. De wetgeving van het Verdrag E.E.G. kent dergelijke regelingen niet, doch het spreekt vanzelf dat met de bijzondere aard van verticale afspraken ten aanzien van de inbreuk op de vrije concurrentie rekening moet worden gehouden bij de eventuele toepassing daarop van artikel 85, lid 3.

Wat de overeenkomsten betreft welke een exportverbod bevatten, gaat de Verordening er inderdaad blijkbaar van uit, dat deze vallen onder het verbod van artikel 85, althans indien wordt gelet op artikel 4, lid 2, waarbij een gunstigere regeling is getroffen voor de „overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, voorzover daaraan slechts ondernemingen uit één Lid-Staat deelnemen en zij geen betrekking hebben op de invoer of de uitvoer tussen de Lid-Staten". Zulks is ook in overeenstemming met het Verdrag; immers, als eerste vereiste voor de bij het Verdrag in het leven geroepen gemeenschappelijke markt dienen de belemmeringen voor het ruilverkeer tussen de deelnemende Staten te worden opgeheven.

De vraag die ons bezighoudt kan evenwel bezwaarlijk worden losgemaakt van de andere clausules van de overeenkomsten, bijv. in casu de bepalingen waarbij de verkoop op de binnenlandse markt in beginsel wordt toegedacht aan die afnemers die zich hebben verbonden niet te exporteren, alsmede de clausule waarbij aan bepaalde afnemers het alleen-vertegenwoordigingsrecht voor de afzet van het produkt in het buitenland wordt toegekend, bijv. aan van Rijn voor Nederland: deze clausule is onderdeel van een volledige afzetorganisatie. Doch wij betreden dan noodzakelijkerwijs het terrein van het litigieuze geval en overschrijden daarmede onze bevoegdheid.

Een ander punt, waarover tijdens de procedure strijd is gevoerd, betreft de vraag wat dient te worden verstaan onder de zinsnede in de Franse tekst van artikel 85, lid 1: „accords qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres" (overeenkomsten welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden). Bosch heeft de stelling verdedigd, dat haar afzetsysteem slechts kon bijdragen tot de ontwikkeling van de handel in koelkasten tussen de Lid-Staten en bijgevolg deze handel niet kon „affecter". In dit verband rijst een abstracte vraag betreffende de uitleg van het Verdrag, nl.: welke betekenis dient te worden toegekend aan het woord „affecter"? Het staat vast dat deze term in het Frans betekent „beinvloeden", „gevolgen hebben voor", onverschillig of deze gevolgen voor- of nadelig zijn: de betekenis van het woord is niet noodzakelijkerwijs ongunstig.

Doch de in de vier talen gebruikte uitdrukkingen verschillen onderling vrij sterk in betekenis: de Italiaanse tekst geeft „pregiudicare", hetgeen misschien niet ongunstiger is dan „affecter"; dat kan wel gezegd worden van de in het Duits gebruikte uitdrukking „beeinträchtigen"; in de Nederlandse tekst ten slotte vinden wij de uitdrukking „ongunstig beïnvloeden". Alle vier de talen zijn, zoals Gij weet, van kracht, hetgeen er dus op neerkomt dat zij geen van alle van kracht zijn....

Bijgevolg dient een beroep te worden gedaan op de „context" of de „geest" van deze bepaling, zoals ook in het interne recht geschiedt indien bepaalde wetsvoorschriften duister zijn of elkaar tegenspreken.

Wij zijn geneigd ook hier de mening van de Duitse Regering te volgen, uit wier memorie wij het volgende citeren:

> „De letterlijke interpretatie biedt derhalve geen uitkomst; daartoe dient een beroep te worden gedaan op zin en doel van artikel 85. Dit voorschrift berust op het in artikel 3, sub f, neergelegde beginsel van het Verdrag, volgens hetwelk de Gemeenschap een regime dient in te voeren, waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst. Artikel 85 heeft dus ten doel, de vrije concurrentie binnen de gemeenschappelijke markt te beschermen. Dit

doel wordt geschonden of – hetgeen voor artikel 85 voldoende zou zijn – althans in gevaar gebracht, indien een concurrentiebeperking in de zin van artikel 85, lid 1, de goederenstroom van zijn normale, natuurlijke weg doet afwijken; immers, een daarmede gepaard gaande bevordering van de goederenstroom in de ene richting zal gewoonlijk een ongunstige beïnvloeding van de goederenstroom in de andere richting ten gevolge hebben. Daardoor is reeds iedere niet geheel te verwaarlozen beïnvloeding van het economische verkeer een ongunstige beïnvloeding in de zin van artikel 85, lid 1.

Voorts verlangt deze bepaling niet, dat een concurrentiebeperking de handel tussen de Lid-Staten feitelijk benadeelt, doch slechts dat deze een benadeling ten gevolge „kan" hebben. De mogelijkheid van ongunstige beïnvloeding is echter inhaerent aan elke concurrentiebeperking, waarvan de invloed op het handelsverkeer tussen de Lid-Saten niet geheel te verwaarlozen is.

Bij het onderzoek van de vraag of een concurrentiebeperking binnen de gemeenschappelijke markt de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden, mag dus niet worden uitgegaan van eventuele „schadelijke" of „gunstige" invloeden op het handelsverkeer, daar „gunstige" invloeden gewoonlijk gepaard gaan met „schadelijke" invloeden. Slechts in het kader van artikel 85, lid 3, van het E.E.G.-Verdrag kan worden beoordeeld, of de gunstige invloeden zozeer overwegen, dat buiten-toepassing-verklaring van het verbod van artikel 85, lid 1, van het E.E.G.-Verdrag gerechtvaardigd is.

Voorts is betwist of iedere, zij het ook onbelangrijke concurrentiebeperking, die het economische verkeer tussen Lid-Staten raakt, de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden, of dat aan dit vereiste alleen is voldaan, indien de gevolgen van de concurrentiebeperking een zekere omvang aannemen.

Inderdaad dient een dergelijk kwantitatief element te worden aanvaard. Weliswaar vindt de opvatting, dat de mogelijkheid van benadeling van de handel tussen de Lid-Staten slechts dan bestaat, indien de concurrentiebeperking een belangrijk deel van het feitelijke of potentiële handelsvolume betreft, geen steun in artikel 85, lid 1, van het E.E.G.-Verdrag. Doch een concurrentiebeperking kan slechts dan de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden, indien de gevolgen voor de markt niet geheel te verwaarlozen zijn".

Het komt ons voor, dat door deze theorie een bevredigende uitleg wordt gegeven aan de woorden „welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden" in artikel 85, lid 1. Deze interpretatie kan in abstracto, los van een waardering van het litigieuze geval, worden gegeven.

Toch durven wij Uw Hof deze oplossing niet voor te stellen daar, zoals wij reeds opmerkten, deze vraag in feite door het verwijzingsarrest niet aan de orde wordt gesteld.

Wat de andere vragen betreffende de uitleg van artikel 85 betreft die in dit geding zouden kunnen rijzen, deze zijn niet te scheiden van het onderzoek van het onderhavige geval en zijn bovendien door het Gerechtshof te 's-Gravenhage niet aan de orde gesteld.

Wat ten slotte de proceskosten betreft, deze vraag levert enige moeilijkheden op, daar wij hier niet te maken hebben met „partijen" in de processuele zin van het woord. Immers, de procedure van artikel 177 is uitsluitend van openbare orde.

Derhalve zijn verschillende oplossingen mogelijk: het Hof kan of wel de uiterste consequentie trekken uit het feit dat het geding van openbare orde is, door te beslissen dat alle kosten ten laste komen van het Hof; of wel beslissen dat de kosten zullen worden gedragen door de partij die uiteindelijk in het ongelijk wordt gesteld (doch o.i. kan de regeling van de kosten in een voor ons Hof gevoerde procedure bezwaarlijk afhankelijk worden gesteld van de afloop van een proces dat bij de nationale rechter wordt voortgezet); of wel aan de hand van de door partijen in de hoofdzaak verdedigde stellingen nagaan, van welke van beide de rechtsopvattingen worden verworpen: in dit geval behoren Bosch en van Rijn in de kosten te worden veroordeeld; of wel beslissen dat iedere partij haar eigen kosten draagt. Wij zijn geneigd deze laatste oplossing te verkiezen.

III – Conclusie

Met inachtneming van bovenstaande opmerkingen dient artikel 85 van het Verdrag E.E.G. als volgt te worden geïnterpreteerd:

1) De bepalingen van artikel 85 van het Verdrag zijn, althans sedert de inwerkingtreding van de Verordening ex artikel 87, in de Lid-Staten volledig en rechtstreeks van toepassing.

2) De aan de nietigheid van rechtswege bedoeld in artikel 85, lid 2, verbonden rechtsgevolgen voor de krachtens artikel 85, lid 1,

verboden overeenkomsten of besluiten treden in zolang het 2e lid niet buiten toepassing is verklaard door de Commissie, die krachtens artikel 9 van de Verordening ter zake bij uitsluiting bevoegd is, onverminderd het toezicht van het Hof van Justitie op haar beschikkingen, of zolang de Commissie met betrekking tot de overeenkomsten, besluiten en gedragingen welke ten tijde van de inwerkingtreding van de Verordening bestonden niet gebruik heeft gemaakt van de haar in artikel 7 van de Verordening verleende bevoegdheden.

Voor het overige dient het Hof zich met betrekking tot de door het Gerechtshof te 's-Gravenhage gestelde vraag onbevoegd te verklaren.

Iedere partij dient haar eigen kosten te dragen.