

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT K. ROEMER
FREMSAT DEN 13. DECEMBER 1972¹

*Hr. Præsident,
ærede dommere,*

Handelsretten i Liège har i forbindelse med den for denne ret verserende af bryggeriselskabet de Haecht mod restauratørerne Wilkin og Janssen anlagte sag for anden gang anmodet om en præjudiciel afgørelse i henhold til EØF-traktatens artikel 177. Retten ønsker nu svar på følgende spørgsmål:

- »1. Er sag i henhold til artiklerne 2, 3 og 6 i forordning nr. 17 indledt af Kommissionen fra det tidspunkt, hvor denne bekræfter modtagelsen af et andragende om meddelelse af negativattest eller af en anmeldelse med henblik på fritagelse i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 3?
2. Kan anmeldelsen af en standardaftale, der henviser til bestemmelser fastsat i året 1968, gælde som anmeldelse af en i 1963 afsluttet tilsvarende overenskomst?
3. Anses ugyldigheden af de for anmeldelse fritagne aftaler fra fastslået fra det tidspunkt, hvor en af de kontraherende parter forskriftsmæssigt gør den gældende, eller først fra det tidspunkt, hvor der er truffet afgørelse herom af Domstolen eller Kommissionen?»

Der er i den foreliggende sammenhæng ikke meget at sige om baggrunden for sagen ved den nationale ret. Det væsentlige er allerede bekendt fra den omtalte præjudicielle sag nr. 23/67 (Sammlung der Rechtsprechung, 1967, s. 543). Det vil navnlig huskes, at der i april, juli og august 1963 blev afsluttet flere aftaler mellem bryggeriselskabet de Haecht, der har hjemsted i Belgien, og restauratørerne Wilkin og Janssen, der ligeledes driver forretning i Belgien. De består på den ene side i ydelse af lån og overla-

delse af løsøre til restauratørerne og på den anden side i disses forpligtelse til udelukkende at udskænke drikke fra bryggeriselskabet de Haecht. På grund af ikke-opfyldelse af den sidstnævnte forpligtelse har selskabet de Haecht indgivet stævning til handelsretten i Liège med påstand om aftalens ophævelse til skade for sagsøgte, tilbagegivelse af løsøret samt betaling af en kontraktmæssigt fikseret erstatning. Heroverfor har de sagsøgte under henvisning til EØF-traktatens artikel 85 gjort gældende, at de nævnte aftaler på grund af krænkelse af denne bestemmelse ikke kunne anses for gyldige. Denne indsigelse foranledigede handelsretten i Liège til at udsætte sagen og ved dom af 8. maj 1967 at anmode om opklaring af et vist, til EØF-traktatens artikel 85 knyttet problem. Den ønskede oplysning fulgte, efter at jeg havde fremsat mit forslag til afgørelse, i form af en præjudiciel afgørelse af 12. december 1967. Med henblik på en bemærkning i slutningen af det nævnte forslag til afgørelse (hvor jeg sagde, at det i et sådant tilfælde kunne anbefales at udsætte sagen og henvide parterne til at indhente en kartelretlig belysning af sagsforholdet fra Kommissionen) har firmaet de Haecht tilsyneladende besluttet også at forelægge sagen for Kommissionen. Dette er sket i form af en anmeldelse af en ligelydende standardaftale med det formål at opnå en erklæring om ikke-anvendelighed af artikel 85, stk. 1, altså meddelelse af en negativattest. Modtagelsen af denne anmeldelse af 13. januar 1969 er den 27. januar 1969 bekræftet af Kommissionen. Endnu samme år traf Kommissionen den 9. oktober 1969 beslutning om gennemførelse af en generel undersøgelse af bryggerisektoren i henhold til artikel 12 i forordning nr. 17 (Abl. 1962, s. 204). Vigtigt er det desuden, at der endnu samme

¹ — Oversat fra tysk.

år blev truffet yderligere to præjudicielle afgørelser vedrørende samme emne. Det var for det første den under 9. juli 1969 i retssagen 10/69 (Sammlung der Rechtsprechung, 1969, s. 311) afsagte Portelange-dom, der angik gyldigheden af anmeldte aftaler. Den anden var den under 18. marts 1970 i retssagen 43/69 (Bilger/Jehle) (Sammlung der Rechtsprechung, 1970, s. 127) truffne præjudicielle afgørelse, i hvilken det med hensyn til en national, mellem to virksomheder i samme medlemsstat afsluttet aftale om levering af øl blev fastslået, at den ikke skulle anmeldes, og at den var retskraftig, indtil dens ugyldighed udtrykkelig var blevet konstateret.

Herefter nåede bryggeriselskabet de Haecht til den opfattelse, at der nu kunne gås ud fra, at den med restauratørerne Wilkin og Janssen truffne aftale var fuldt retskraftig, og at selskabets klage derfor kunne tages tilfølge. Handelsretten i Liège har dog ikke taget en påstand herom tilfølge. Med henblik på nogle indvendinger fra den sagsøgte part, der støtter sig på videnskabelige udtalelser, er den derimod nået til den opfattelse, at der i den verserende sag stadig eksisterer uløste fællesskabsretlige problemer. Derfor anordnede retten ved dom af 27. juni 1972 på ny udsættelse af sagen og forelagde de indledningsvis citerede spørgsmål til præjudiciel afgørelse.

Vi vil nu se på, hvorledes disse spørgsmål bør besvares.

1. Det første spørgsmål går — som De husker — ud på, om en sag efter artiklerne 2, 3 og 6 i forordning nr. 17 indledes af Kommissionen på det tidspunkt, hvor denne bekræfter modtagelsen af et andragende om meddelelse af negativtest eller af en anmeldelse med henblik på opnåelse af dispensation i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 3. Spørgsmålet drejer sig altså om fortolkningen af artikel 9, stk. 3, i forordning nr. 17, hvori det hedder: »Så længe Kommissionen ikke har indledt nogen sag i henhold til artiklerne 2, 3 eller 6, forbliver medlemsstaternes myndigheder kompetente til at anvende artikel 85, stk. 1,

også selv om de for anmeldelsen i henhold til artiklerne 5, stk. 1, og 7, stk. 2, fastsatte frister endnu ikke er udløbet.« Besvarelsen af dette spørgsmål kan vi ganske vist ikke umiddelbart gå ind på, idet sagsøgeren i hovedsagen principalt har indvendt, at spørgsmålet er uden betydning for hovedsagen; i virkeligheden kommer det kun an på, om sagsøgeren har anmeldt den omstridte aftale til Kommissionen. Dette lader sig udlede af Portelange-dommen (retssag 10/69) idet det dog fremgår af præmisserne, at aftaler anmeldt til Kommissionen er gyldige (åbenbart uafhængigt af anmeldelsespligten), indtil Kommissionen, der i den henseende er enekompetent, har truffet beslutning vedrørende anvendeligheden af artikel 85, stk. 3. Når sagen forholder sig således, kan en aftale altså ikke sig i Bilger-dommen erklæres ugyldig af nationale retter, og sådan set må spørgsmålet, om en sag i henhold til forordning nr. 17 er indledt af Kommissionen, i virkeligheden anses for betydningsløst.

Nu står det imidlertid fast, at Domstolen i præjudicielle sager i almindelighed ikke efterprøver sådanne problemer vedrørende relevansen for sagens afgørelse (herom drejer sagen sig i virkeligheden), og i Salgoil-dommen er der for så vidt kun antydning af en undtagelse i tilfælde af en åbenbart forkert påberåbelse af en fællesskabsbestemmelse. Da relevansen for sagens afgørelse imidlertid i det foreliggende tilfælde alene lader sig bedømme ud fra fællesskabsretlige overvejelser, kunne det synes forsvarligt at opgave den omtalte tilbageholdenhed. Lad os altså se på, hvorledes det forholder sig med sagsøgerens indvending. Herved går vi ud fra (idet dog en opklaring heraf først kan opnås i forbindelse med det andet spørgsmål), at den omstridte aftale på korrekt måde er blevet anmeldt til Kommissionen.

Ifølge sagsøgerens bemærkninger er det afgørende spørgsmål, hvilken rækkevidde der i virkeligheden kan tilkendes Portelange-dommen. Det må altså undersøges, om den virkelig uden forskel lader sig anvende såvel på gamle karteller (dvs. de ved ikrafttrædelsen af for-

ordning nr. 17 bestående ordninger) som på nye karteller (dvs. ordninger fra tiden efter forordning nr. 17's ikrafttræden). Holder man sig kun til begrundelsen for den præjudicielle afgørelse, kunne man uden tvivl føle sig foranlediget til at besvare spørgsmålet bekræftende: »Spørgsmålet om, hvorvidt en sådan aftale virkelig er forbudt, forudsætter en vurdering af juridiske og økonomiske forhold, som først kan anses for foretaget, når det udtrykkeligt er konstateret, at den pågældende sag ikke blot rummer de i ovennævnte artikels stk. 1, angivne momenter, men desuden ikke opfylder betingelserne for dispensation i stk. 3, så længe en sådan konstatering ikke har fundet sted, må enhver aftale, der er behørigt anmeldt, betragtes som retskraftig«. Desuden tales der om, at det ville stride mod det almindelige retssikkerhedsprincip »at drage den slutning af det forhold, at de anmeldte aftaler kun har foreløbig retskraft, at de ikke har fuld virkning, så længe Kommissionen ikke har truffet afgørelse i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 3«.

Ved nærmere eftersyn må man imidlertid betvivle, at Domstolen virkelig har villet foretage en generel konstatering. Først og fremmest er det for så vidt væsentligt, at det præjudicielle spørgsmål — som det fremgår af bemærkningerne vedrørende Domstolens kompetence — kun angik såkaldte gamle karteller. I betragtning af denne omstændighed og under hensyn til erkendelsen af, at retspraksis i præjudicielle sager, navnlig ved komplekse problemer med uoverskuelige virkninger, principielt begrænser sig til ubetinget nødvendige udsagn, kan det faktisk næppe antages, at Domstolen i Portelange-sagen uden foranledning har villet drage en slutning af så vidtrækkende betydning. — Som bekræftelse af rigtigheden af denne antagelse kan der desuden henvises til Portelange-dommens ordlyd, der begynder med ordene: »De i Traktatens artikel 85, stk. 1, nævnte aftaler, som er behørigt anmeldt i henhold til forordning nr. 17/62...«. Da der i sagen ikke drøftedes formkrav (hvorfor der heller ikke i dommen findes

henvisninger til de om formspørgsmål handlende kommissionsforordninger), kan det i virkeligheden kun antages, at ordet »behørigt« har sigte på anmeldelsesfristen i artikel 5 i forordning nr. 17. Dermed står det imidlertid fast, at dommens udsagn kun har gyldighed for gamle karteller. — Endelig lader der sig også af Bilger-dommen (retssag 43/69) udlede et indicium for rigtigheden af denne deduktion. I slutningen af denne doms næstsidste afsnit tales der nemlig om samme gyldighed »som anmeldte overenskomster fra tiden før 13. marts 1962«, dvs. der henvises til gamle karteller. Denne begrænsning forekommer særdeles oplysende. Stod det nemlig faktisk ifølge retspraksis fast, at Portelange-dommens udsagn også gjaldt for nye karteller, således at der for deres vedkommende på samme måde var tale om fuld gyldighed fra anmeldelsen til Kommissionen, kunne begrænsningen i slutningen af Bilger-dommen have været udeladt og erstattet af en almen udtalelse om virkningerne af *anmeldte* overenskomster. At den nævnte begrænsning forekommer i slutningen af Bilger-dommen, kan altså kun forstås som en klargørelse af Portelange-dommen. — Jeg vil herefter mene, at det første spørgsmåls betydning for sagens afgørelse ikke kan bestrides under henvisning til rækkevidden af Portelange-dommen.

Hertil skal yderligere bemærkes, at en udstrækning af Portelange-dommens grundsætninger til såkaldte nye karteller, i hvilken forbindelse der har rejst sig mange kritiske stemmer, i virkeligheden støder på væsentlige betænkeligheder. Da der ikke er spurgt herom, vil jeg ikke uddybe dette nærmere i enkeltheder, men lad mig dog i det mindste anstille nogle betragtninger.

Det er min opfattelse, at teorien om, at anmeldte nye karteller er fuldt gyldige, indtil der er truffet afgørelse om dispensation, og skal behandles i overensstemmelse hermed af de nationale retter, ikke er forenelig med Traktatens system. Dette system hviler klart på det princip, at ordninger, der strider mod artikel 85, stk. 1, er forbudt og i mangel af særlig

bestemmelse ugyldige. En almengørelse af Portelange-dommens synspunkter ville derimod erstatte det af Traktaten tilsigtede forbudssystem med dispensationsmulighed med et system beroende på misbrugshensigt, netop fordi en aftales ugyldighed først følger af Kommissionens beslutning i henhold til artikel 85, stk. 3. At dette ikke kan forsvares, følger klart af ordlyden af artikel 1 i forordning nr. 17. Desuden kan der henvises til artikel 6 i forordning nr. 17, hvorefter Kommissionen fastsætter det tidspunkt, hvor en erklæring i henhold til artikel 85, stk. 3, træder i kraft. I virkeligheden ville denne bestemmelse være overflødig, hvis anmeldte aftaler uden videre var gyldige, indtil der var truffet afgørelse i henhold til artikel 85, stk. 3. Det samme kan siges med hensyn til straffebestemmelsen i artikel 15 i forordning nr. 17. Dens stk. 5, hvorefter der ikke må fastsættes pengebøder for handlinger, som er begået efter den til Kommissionen foretagne anmeldelse, men før Kommissionens afgørelse i henhold til artikel 85, stk. 3, måtte, såfremt man antog, at anmeldte aftaler uden videre var fuldt gyldige, ligeledes forekomme overflødig. — Efter min overbevisning kan det heller ikke antages, at Domstolen kunne godkende en så vidtgående ændring af systemet til ugunst for de konkurrence-retlige regler, når den dog i anden sammenhæng gentagne gange har understreget den store betydning, som konkurrencereglerne eksistens har for Fællesmarkedets funktion. Navnlig ville det som begundelse for en sådan ændring — lad mig tilføje det — ikke være tilstrækkeligt at henvise til varigheden af kartelsagens behandling for Kommissionen eller at påberåbe sig retssikkerhedsprincipperne (altså overvejelser som de, der i Portelange-dommen blev anstillet for retfærdiggørelsen af en særlig, for gamle karteller gældende overgangsregulering). For at indse dette, behøver man kun at erindre om de muligheder, som parterne i denne forbindelse råder over (det være sig i form af anke i udeblivelsessager eller erstatningsøgsmål, såfremt Kommissionen ikke efterkommer sin særlige,

af Domstolen understregte forpligtelse til at træffe en afgørelse i henhold til artikel 85, stk. 3, »inden en rimelig friste«.

Kan vi således efter denne gennemgang, som de af sagsøgeren i hovedsagen fremsatte indvendinger har gjort nødvendig, slå fast, at det første spørgsmåls betydning for sagens afgørelse ikke kan betvivles, må vi imidlertid, når vi herefter går over til besvarelsen af selve spørgsmålet, indledningsvis erkende, at mangfoldigheden i indtagne standpunkter ikke just letter behandlingen heraf. — Sagsøgeren i hovedsagen er som bekendt af den opfattelse, at en sag i henhold til artikel 9 i forordning nr. 17 principielt allerede må anses for indledt af Kommissionen, når denne har bekræftet modtagelsen af et andragende i medfør af artikel 2 i forordning nr. 17 eller af en anmeldelse i den i forordningens artikel 6 forudsatte betydning. Dette bestrides kraftigt af de andre parter i sagen, forbundsregeringen, den franske regering og sagsøgte i hovedsagen. De førstnævnte forlanger en positiv viljeserklæring fra Kommissionen, der viser hensigt til at træffe en afgørelse i henhold til artiklerne 2, 3 eller 6 i forordning nr. 17; eller mere nøjagtigt: en formelig beslutning om at indlede proceduren. Sagsøgte i hovedsagen hævder, at Kommissionen i det mindste må have truffet en undersøgelsesforanstaltning. Dette tilslutter sagsøgeren sig subsidiært, idet han henviser til, at Kommissionen faktisk i oktober 1969 med hjemmel i artikel 12 i forordning nr. 17 har truffet bestemmelse om gennemførelse af en undersøgelse vedrørende bryggeri-sektoren. — Lad os se på, hvad man skal mene om alt dette.

Idet jeg går ud fra ordlyden af artikel 9 i forordning nr. 17, forekommer det mig fremfor alt vigtigt, at der klart sondres mellem *anmeldelsen* af en aftale og *indledningen* af en sag, som berøver medlemsstaternes myndigheder deres kompetence. Dette var sikkert ikke sket, hvis allerede anmeldelsen eller indgivelsen af andragendet skulle opfattes som indledning af en procedure (hvilket tilsyneladende — som Deringer hævder i sin

kommentar til EØFs konkurrenceret — var hensigten med et første forslag fra Kommissionen, som imidlertid ikke blev antaget af Rådet). — Dernæst er også valget af ordet »indlede« (der måske endog er stærkere end det franske udtryk »engager«) betegnende. Det omfatter bestemt mere end den passive modtagelse af ansøgninger, der automatisk følges af forsyning med aktnummer, afgivelse af en bekræftelse af modtagelsen og — som det hedder i artikel 10 i forordning nr. 17 — den omgående fremsendelse af en afskrift til medlemsstaternes kompetente myndigheder. Med andre ord har ordet »indlede« (»engager«) en aktiv mening; med dette ord er klart forbundet den association, at Kommissionen må have udfoldet en vis aktivitet med henblik på behandlingen af et tilfælde. — Derfor taler i øvrigt også bestemmelsens ånd og mening: Den skal forhindre gennemførelsen af dobbeltprocesser, dels for Kommissionen og dels for de nationale myndigheder. Men en sådan fare foreligger utvivlsomt først, når Kommissionen er indtrådt i den konkrete behandling af et tilfælde.

Det første spørgsmål må herefter, når man holder sig til dets ordlyd, besvares således, at en sag i henhold til artiklerne 2, 3 og 6 i forordning nr. 17 ikke indledes af Kommissionen fra det tidspunkt, hvor denne bekræfter modtagelsen af et andragende om meddelelse af negativitet eller en anmeldelse med henblik på dispensation i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 3.

Vil man herudover også tage positiv stilling til den opkastede problematik, altså afgøre, hvornår en sag i henhold til artikel 9 er indledt (allerede ved anordningen af en undersøgelsesforanstaltning eller først ved afsigelsen af en formel indledningsbeslutning, som tilstilles medlemsstaterne), må hertil bemærkes følgende.

Man må utvivlsomt indrømme, at en formelig indledningsbeslutning og dennes meddelelse til medlemsstaterne besidder fordelen ved absolut klarhed med hensyn til anvendelsen af artikel 9 i forordning nr. 17. Heroverfor står imidler-

tid erkendelsen af, at en sådan beslutning ikke forlanges eller forudsættes, hverken i artikel 9 eller i andre bestemmelser i forordning nr. 17. Desuden kan man ikke — mod Kommissionens opfattelse — sige, at dommen i retssag 48/69 stiltiende har bekræftet nødvendigheden af en indledningsbeslutning. Bortset fra, at den i denne retssag omhandlede kartelsag blev indledt *ex officio*, er det nemlig uden for al tvivl, at et problem som det, der nu skal undersøges, slet ikke forelå i denne sag, og at Domstolen derfor heller ikke havde nogen anledning til at stille krav om en udtrykkelig beslutning om sagens indledning. — Holder man sig på den anden side reglernes ånd og formål, som de er påvist ovenfor, for øje, må det forekomme fuldt forsvarligt at hævde, at en procedure i medfør af artikel 9 allerede anses for indledt, når der foreligger en entydig udefra erkendelig akt vedrørende behandlingen af et tilfælde. Hertil kan imidlertid også regnes anordningen af en bestemt undersøgelsesforanstaltning. Anvendt på det foreliggende tilfælde betyder dette: Man kan i virkeligheden — hvad sagsøgeren i hovedsagen anser for rigtig — antage, at der med Kommissionens beslutning om gennemførelse af en undersøgelse af bryggerisektoren er blevet indledt en procedure i artikel 9's forstand. Det er tilmed ubestrideligt, at der er tale om en *almindelig* undersøgelse af en hel branche. Det må imidlertid ikke glemmes, at det i den første præjudicielle afgørelse vedrørende de Haecht udtrykkelig blev erklæret, at det ved bedømmelsen af sådanne aftaler kommer an på *samlige* ledsagende omstændigheder. Følgelig er på dette område netop almene undersøgelser af den anstillede slags utilstrækkelige for en tilfredsstillende vurdering af enkelttilfælde. Desuden kan man uddrage af det af sagsøgeren forelagte notat over en forhandling mellem repræsentanter for Kommissionens generaldirektorat for konkurrence og repræsentanter for Kommissionens generaldirektorat for konkurrence og repræsentanter for Communauté de Travail des Brassiers du Marché Commun, at det »eu

égard à l'affaire Haecht/Wilkin et à l'arrêt par la Cour de Luxembourg« er »indispensable de procéder à une enquête portant sur le contrat de brasserie afin de déterminer s'il tombe sous le coup de l'article 85, par. 1^{er}. du Traité de la CEE...«. Hvis man altså forudsætter, at artikel 9, stk. 3, i forordning nr. 17 også gælder for medlemsstaternes domsmyndigheder (hvilket i almindelighed ikke anses for rigtigt), er den opfattelse fuldt ud berettiget, at den forelæggende ret fra tidspunktet for indledningen af den nævnte undersøgelse, hvortil der i øvrigt har sluttet sig videre, til bestemte bryggerier rettede konkrete forespørgsler, ikke længere var kompetent til at anvende artikel 85, stk. 1, på den mellem parterne i hovedsagen indgåede aftale.

Dermed er der formentlig gjort rede for alt, hvad der kan anføres som fortolkningsbidrag fra den forelæggende ret inden for grænserne af det første spørgsmål.

2. Med sit andet spørgsmål vil den forelæggende ret dernæst vide, om anmeldelsen af en standardaftale kan gælde som anmeldelse af en ligelydende tidligere aftale.

Dertil er ikke meget at bemærke; som bekendt har alle sagens parter udtalt sig for en bekræftende besvarelse af dette spørgsmål, og det må vi vel tilslutte os.

I denne forbindelse skal der især henvises til dommen i den præjudicielle sag 1/70 (Sammlung der Rechtsprechung, 1970, s. 515). Dengang fremhævede Domstolen med hensyn til et lignende spørgsmål og som begrundelse for et bekræftende svar, at Kommissionen i henhold til artikel 24 i forordning nr. 17 har beføjelse til at fastsætte gennemførelsesbestemmelser vedrørende enkeltheder i anmeldelsen. Af bestemmelserne i de herom handlende forordninger nr. 27/62 (Abl. 1962, s. 1118) og 1133/68 (Abl. 1968, nr. L 189, s. 1) samt de vedføjede formularer kunne det udledes, at det i tilfælde af standardkontrakter var tilstrækkeligt at vedlægge en standard, og angivelse af navn og adresse på de i

aftalen deltagende virksomheder kunne undlades. Dette forekom af hensyn til nødvendigheden af at forenkle forvaltningsproceduren fuldtud acceptabelt. Desuden kunne man slå sig til ro med den tanke, at Kommissionens opmærksomhed også således i tilstrækkelig grad henledes på de relevante ledsagende omstændigheder, og at det står Kommissionen frit for gennem forespørgsler at skaffe sig den fornødne supplerende viden.

Nu gjaldt denne erkendelse ganske vist et tilfælde, hvor standardkontrakten var blevet afsluttet og anmeldt tidligere end den under hovedsagen drøftede tilsvarende aftale. Fornuftigvis vil man imidlertid ikke kunne lade andet gælde i det modsatte tilfælde, dvs. i et sagsforhold, hvor anmeldelsen af standardkontrakten først sker efter afslutningen af den omstridte enkeltaftale. Dette kan hævdes, fordi de i dommen 1/70 anstillede overvejelser (lettelse af forvaltningsproceduren ved tilstrækkelig informationsmulighed for Kommissionen) også slår til her; mening og formål med en anmeldelse nås altså også, selv om det kun er en standardkontrakt, der anmeldes.

Endvidere skal det med henblik på de af sagsøgeren i hovedsagen fremsatte betragtninger bemærkes, at anmeldelsens gyldighed naturligvis ikke påvirkes af, at der med anmeldelsen gives en henvisning til den for sådanne aftaler i Belgien siden 1968 gældende retstilstand, hvilken retstilstand tilsyneladende ændrer sig fra tid til anden (hvert tredje år) efter forhandlinger med de pågældende erhvervs-kredse, og som afviger fra den i året 1963 (altså ved indgåelsen af den omstridte aftale) gældende. En sådan henvisning kan synes helt berettiget, fordi standardkontrakten intet siger om varigheden af pligten til udelukkende at aftage varer fra én leverandør, idet den tværtimod skal bestemmes ved hjælp af de til enhver tid gældende arrêts royaux og under hensyn til lånets størrelse. I virkeligheden udgør den foretagne henvisning altså ikke andet end en fuldstændiggørelse af anmeldelsen med hensyn til

et væsentligt element, dvs. meddelelse af en oplysning, som skal gøre det muligt for Kommissionen ved fremdragning af de tilgrundliggende arrêtés royaux nøje at fastslå indholdet af de heraf omfattede aftaler.

Til det andet spørgsmål kan det således sammenfattende fastslås, at anmeldelse af en standardkontrakt er tilstrækkelig til opnåelse af de i forordning nr. 17 opstillede mål, og dette gælder, selv når der tages hensyn til de særlige omstændigheder ved det foreliggende tilfælde.

3. Med sit tredje spørgsmål vil den forelæggende ret endelig gerne vide, om ugyldigheden af de for anmeldelse fritagne aftaler anses for fastslået på det tidspunkt, hvor en af aftalens parter forskriftsmæssigt gør den gældende, eller først på det tidspunkt, hvor Domstolen eller Kommissionen træffer en afgørelse, der bekræfter ugyldigheden.

Dette spørgsmål angår åbenbart den allerede nævnte Bilger-dom (retssag 43/69), hvorfor det måske kunne være passende først at genkalde sig denne doms indhold i erindringen. — Som bekendt drejede det sig i denne sag (ligesom i den foreliggende hovedsag) om en mellem to, i samme medlemsstat hjemmehørende virksomheder indgået aftale om levering af øl med udelukkende aftagerforpligtelse for restauratøren. Indledningsvis blev det fastslået, at sådanne aftaler i henhold til artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 17 er fritaget for anmeldelse (en kendsgerning, som i øvrigt heller ikke drages i tvivl i Haecht/Wilkin/Janssen-aftalen). Dernæst — og det er særlig vigtigt — blev det udtalt, at man ikke kan antage, at aftaler, der er undtaget fra anmeldelse, bliver ugyldige med tilbagevirkende kraft, når nationale domsmyndigheder kommer til det resultat, at artikel 85, stk. 1, kommer til anvendelse, og at virkningen af artikel 85, stk. 2, således indtræder. Sådanne aftaler er derimod udsat for risiko for ugyldighed, som »først vil kunne få virkning fra den dag, den konstateres«, de har »fuld virksomhed, så længe deres ugyldighed ikke er fastslået«.

Meningen med ordene i denne dom er efter min opfattelse fuldstændig klar: Ifølge dommen gælder den grundsætning, at ugyldigheden af en aftale, når en national domsmyndighed fastslår, at aftalen falder ind under artikel 85, stk. 1, først indtræder *ex nunc*. På denne måde bliver det også klart, at det os forelagte spørgsmål ikke blot sigter på en supplerende præcisering af Bilger-dommen, men eventuelt på en ændring af den, hvilket må ses i sammenhæng med det af sagsøgte i hovedsagen fremførte argument, at man af hensyn til kravet om retssikkerhed, altså under iagttagelse af et almindeligt retsprincip, må gå ud fra, at ugyldigheden i sådanne tilfælde allerede indtræder på det tidspunkt, hvor en af aftaleparterne påberåber sig ugyldigheden. Vi må altså spørge os selv, om dette kan tiltrædes, ja vi må af hensyn til andre parters stillingtagen endog spørge, om man ikke kan gå endnu videre, nemlig at acceptere den tilbagevirkende krafts udstrækning til dagen for aftalens indgåelse. Dette er som bekendt den franske og den tyske regerings opfattelse, medens Kommissionen, der i øvrigt støtter sig på Bilger-dommens standpunkt, kun går ind for et sådant resultat med hensyn til det endnu ikke afgjorte tilfælde, at det i en kommissionsbeslutning fastslås, at artikel 85, stk. 1, kommer til anvendelse.

Vi vil nu se på, hvad der kan udledes af denne dybtgående uenighed.

For det første må man indrømme, at det ikke er uforståeligt, når der øves kritik mod Bilger-dommens opfattelse. I virkeligheden går den jo med hensyn til ikke anmeldelsespligtige aftaler ud på at erstatte forbudsprincippet med et system, der hviler på misbrugshensigt på samme måde som de i tysk kartellet for visse situationer gældende regler. Heroverfor henvises der ikke uden berettigelse til de tanker, som jeg allerede har nævnt i forbindelse med omtalen ovenfor af Portelange-dommen, og som især støtter sig på udformningen af de to første stykker i artikel 85 og gentagelsen af denne grundsætning i artikel 1 i forordning nr. 17. Ej heller kan man uden videre afvise

de slutninger, der — som allerede påvist — udledes af artiklerne 6 og 15 i forordning nr. 17. Endvidere må man betænke, at kun artikel 7 i forordning nr. 17 kender en begrænsning i grundsætningen om ugyldighed for visse, ej heller anmeldelsespligtige gamle karteller, og at artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 17 tilsyneladende går ud fra den deklaratoriske virkning af konstateringen af, at en aftale falder ind under artikel 85, stk. 1. Imidlertid er ingen af disse argumenter nye. De forekom så at sige fra begyndelsen i den kartelretlige strid, som interesserer os i den foreliggende sag, og man kan derfor ikke antage, at Domstolen ikke har vurderet dem ved afsigelsen af Bilger-dommen. At Domstolen imidlertid alligevel er nået til den bekendte slutning, kan man kun forklare med, at hele Fællesskabets kartelretlige system, således som det fremtræder i forskellige tekster, ikke er ganske frit for modsigelser, huller og uklarheder. Stillet over for denne situation har Domstolen åbenbart følt sig kaldet til retsuddybende klarlægning og videreopbygning af systemet. Derved har ikke mindst det motiv været afgørende, at fritagelsen for anmeldelse, hvilken mulighed foreligger inden for rammerne af et system, der endog hjemler fuldstændig *dispensation* fra forbudet i artikel 85, stk. 1, kun i betragtning af, at ikke anmeldelsespligtige overenskomster kun i ringe grad kan »påvirke samhandelen mellem medlemsstater«, og med henblik på restssikkerhedskravet kan have den konsekvens, at ugyldigheden først får virkning fra den dag, det konstateres, at artikel 85, stk. 1, finder anvendelse.

Hvis det imidlertid forholder sig således, kan jeg ikke forestille mig, at Domstolen på grund af de i dag i den foreliggende sag fremførte overvejelser finder anledning til at ændre sin tidligere opfattelse, der — som man stadig må betone — kun gælder for ikke anmeldelsespligtige aftaler.

Dette er så meget mindre sandynligt, som Rådet efter Bilger-dommens afsigelse og med kendskab til den deri udtrykte retsopfattelse har givet hjemmel

for yderligere fritagelser for anmeldelsespligten. Dette ville vel egentlig ikke være sket — det kan man vist roligt sige — såfremt Rådet havde anset Domstolens mening for simpelthen stridende mod systemet.

Nu kan man navnlig også gå ud fra, at det argument ikke holder, at nationale retters domme i fastsættelsessøgsmål ifølge et almindeligt retsprincip kun har deklaratorisk virkning, dvs. virkning *ex tunc*, og at derfor den antagelse, at ugyldighedsvirkningen først intræder ved afsigelsen af dom, medfører et systembrud, nemlig anerkendelse af, at de nationale domsmyndigheder har en *rets-skabende* beføjelse. I virkeligheden er denne overvejelse kun tilsyneladende tvingende. Vigtigt er det, at den af Domstolen udviklede, retsuddybende grundsætning ikke hjælper anmeldelsespligtige aftaler til en fortrinsstilling. Når i denne sammenhæng, hvad systemet ifølge Domstolens opfattelse kræver, ugyldighedens indtræden gøres afhængig af en myndighedsakt, så er der ikke her ved, selv ikke i tilfælde af domstolsafgørelser, tale om konstitutive akter, men alene om konstateringer af, at forudsætningerne i artikel 85, stk. 1, er opfyldt med hensyn til indholdet. Dertil slutter sig som en *refleksvirkning* den af europæisk ret umiddelbart følgende ugyldighed. Der ændres altså i virkeligheden ikke noget i karakteren af en sådan domstolsakt, hvorom Domstolen ikke selv har sagt, at den tilsigter annullering. Videre vil man efter det her fremførte ikke kunne antage, at Domstolen billiger den af sagsøgte i hovedsagen udtrykte opfattelse, hvorefter ugyldigheden indtræder på det tidspunkt, hvor en af aftalens parter *påberåber* sig den. Bortset fra, at der allerede i Bilger-sagen forelå et sådant sagsforhold, uden at Domstolen dertil knyttede de af sagsøgte fordrede virkninger, kan de sagsøgte i den foreliggende sag ikke påvise, at den af dem opstillede grundsætning har gyldighed i medlemsstaterne. Herudover er det også afgørende, at selv en således begrænset tilbagevirkende kraft ville betyde en krænkelse af den væsentlige rets-

sikkerhedsgrundsætning, netop fordi ugyldighedens indtræden ikke alene afhænger af en konstatering ved myndighedsakt, men også af en af parternes subjektive vurdering og hans — ofte ikke særlig let konstaterbare — påberåbelse.

Dermed er der kun det spørgsmål tilbage, om der, hvad Kommissionen mener, for *kommissions*beslutninger, der fastslår ugyldigheden af ikke-anmeldelsespligtige aftaler, gælder noget andet, nemlig ugyldighedens indtræden med tilbagevirkende kraft. Til dette endnu ikke i Bilger-dommen behandlede problem kunne det måske bemærkes, at dens betydning for sagens afgørelse er tvivlsom, fordi det i hovedsagen klart kun drejer sig om en *rets*afgørelse. Vil man imidlertid alligevel behandle problemet, findes der efter min overbevisning kun det svar,

at der faktisk ikke er noget grundlag for den af Kommissionen forsvarede differentiering. Dette kan siges, selv om den retlige situation ikke er helt den samme, idet Kommissionen jo også dømmer i henhold til artikel 85, stk. 3. Det væsentlige er imidlertid ikke denne forskel, hvorimod kravet om retssikkerhed — som Bilger-dommen klart viser — står i forgrunden sammen med den kendsgerning, at ikke-anmeldelsespligtige aftaler i almindelighed er konkurrenceretligt uskadelige. Med hensyn til karakteren af de omdiskuterede aftaler må det herefter, også med hensyn til kommissionsbeslutninger, der konstaterer tilstedeværelsen af forudsætningerne i artikel 85, stk. 1, anerkendes, at de kun virker *ex nune*. Dermed skulle også det tredje spørgsmål være tilstrækkeligt besvaret.

4. Lad mig endnu engang sammenfatte min mening i form af et forslag til afgørelse. Til de af handelsretten i Liège stillede spørgsmål må der efter min mening svares følgende:

- a) En procedure i henhold til artiklerne 2, 3 og 6 i forordning nr. 17 skal ikke anses for indledt på det tidspunkt, hvor Kommissionen bekræfter modtagelsen af et andragende om meddelelse af negativattest eller en anmeldelse med henblik på dispensation i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 3. Derimod kræves der mindst, at Kommissionen anordner en undersøgelsesforanstaltning.
- b) Anmeldelsen af en standardkontrakt gælder som anmeldelse af en indholdsmæssigt ligelydende, tidligere afsluttet kontrakt.
- c) Ugyldigheden af ikke anmeldelsespligtige aftaler indtræder på det tidspunkt, hvor der af Domstolen eller Kommissionen træffes en afgørelse, som fastslår ugyldigheden.