

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
J. MISCHO

van 22 maart 2001¹

I — Feiten en procesverloop

1. Deze zaak is voorgelegd door de Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Verenigd Koninkrijk) in een geding tussen Courage Ltd (hierna: „Courage”), verzoekster in het hoofdgeding, en B. Crehan, verweerder in het hoofdgeding. De Court of Appeal stelt vier vragen betreffende de mogelijkheid voor een partij bij een door artikel 81 EG verboden overeenkomst om schadevergoeding te eisen van haar medecontractant.

2. In 1990 kwamen Courage, een brouwerij die een aandeel van 19 % van de markt voor de bierverkoop bezit, en Grand Metropolitan plc (hierna: „Grand Met”), een vennootschap met diverse belangen in het hotel- en restaurantwezen, overeen hun drankgelegenheden samen te voegen. Daartoe werden hun respectieve pubs overgeheveld naar Innentrepreneur Estates Ltd (hierna: „IEL”), een vennootschap die Courage en Grand Metropolitan elk voor de helft in eigendom hebben.

3. Een overeenkomst tussen IEL en Courage bepaalde, dat alle huurders van IEL

hun bier uitsluitend bij Courage moesten betrekken. Deze moest de bestelde hoeveelheden bier leveren tegen de prijzen die waren opgenomen in de door de door IEL verpachte drankgelegenheden geldende prijslijsten.

4. IEL legde haar huurders een standaardpachtovereenkomst op. Over het bedrag van de pacht kon tussen de potentiële huurder en IEL nog worden onderhandeld, maar de exclusieve-afnameverplichting en de andere contractvoorwaarden waren niet vatbaar voor onderhandeling.

5. In 1991 sloot Crehan met IEL twee pachtovereenkomsten met een looptijd van twintig jaar, waaraan een afnameverplichting ten gunste van Courage was verbonden. Het pachtgeld zou om de vijf jaar worden herzien, uitsluitend opwaarts, en zou dan worden gebracht op de hoogste pacht van de voorafgaande periode of de hoogste pacht die volgens de overige voorwaarden van de pachtovereenkomst op een open markt voor de resterende periode kon worden verkregen. De houder van de drankgelegenheid moest een bepaalde minimumhoeveelheid gespecificeerd bier afnemen en IEL verklaarde zich bereid ervoor te zorgen dat de gespecificeerde biersoorten door Courage aan de houder zouden worden geleverd tegen de op de prijslijst van Courage vermelde prijzen.

¹ — Oorspronkelijke taal: Frans.

6. In 1993 stelde Courage beroep in strekkende tot veroordeling van Crehan tot betaling van een bedrag van meer dan 15 000 GBP ter zake van onbetaald gebleven bierleveringen.

7. Crehan voerde hiertegen aan dat de in de pachtovereenkomst neergelegde exclusieve-afnameverplichting voor gespecificeerde biersoorten in strijd was met artikel 81 EG. In reconventie vorderde hij schadevergoeding. Crehan stelde dat Courage haar bier aan de niet door exclusieve afname gebonden pubhouders verkocht tegen aanmerkelijk lagere prijzen dan de prijzen die waren opgenomen op de prijslijst die werd toegepast op de door een exclusieve-afnameclausule gebonden pachters. Volgens hem maakten de door deze clausule gebonden pubhouders ten gevolge van dit prijsverschil minder winst en waren zij genoodzaakt hun activiteit stop te zetten.

8. De volgende overwegingen hebben de Court of Appeal ertoe gebracht haar prejudiciële vragen te stellen.

9. In de eerste plaats had de Court of Appeal in een arrest van eerdere datum geoordeeld, dat artikel 81, lid 1, EG tot doel had derden concurrenten en niet partijen bij de onwettige overeenkomst te beschermen. Deze laatsten zijn immers de veroorzakers en niet de slachtoffers van de beperking van de mededinging.

10. In de tweede plaats is het naar Engels recht een partij bij een onwettige overeenkomst niet toegestaan van de wederpartij schadevergoeding te eisen. Zelfs als het door Crehan aangevoerde middel, namelijk dat zijn huurovereenkomst in strijd met artikel 81 EG, gegrond is, zou zijn schadevordering naar Engels recht niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Blijkens het arrest *Perma Life Mufflers Inc./International Parts Corp.* van de Supreme Court van de Verenigde Staten van Amerika daarentegen kan een partij bij een concurrentievervalsende overeenkomst een schadevordering indienen wanneer zij zich in een economisch zwakke positie bevindt.

11. In deze omstandigheden heeft de Court of Appeal het Hof van Justitie de volgende vragen gesteld.

II — De prejudiciële vragen

„1) Moet artikel 81 EG (ex artikel 85) aldus worden uitgelegd, dat een partij bij een onwettige overeenkomst krachtens welke op een drankgelegenheid een exclusieve-afnameplicht rust, met een beroep op dat artikel in rechte aanspraak kan maken op bescherming („relief“) tegenover de andere contractpartij?

2) Zo ja, kan de partij die aanspraak maakt op bescherming, dan vergoeding vorderen van de schade die zij beweert te hebben geleden omdat zij gebonden

is door de contractuele clausule die krachtens artikel 81 verboden is?

- 3) Is een regel van nationaal recht volgens welke de rechter een partij niet mag toestaan zich ter verkrijging van schadevergoeding op haar eigen onwettige handelingen te beroepen, verenigbaar met het gemeenschapsrecht?
- 4) Indien het antwoord op de derde vraag luidt, dat een dergelijke regel in bepaalde omstandigheden in strijd kan zijn met het gemeenschapsrecht, welke omstandigheden moet de nationale rechter dan in aanmerking nemen?"

rechtsvragen te beslechten, uit van twee hypothesen. Zij veronderstelt in de eerste plaats dat de in de door Crehan gesloten pachtovereenkomst neergelegde exclusieve-afnameverplichting voor bepaalde biersoorten in strijd is met artikel 81 EG. Vervolgens neemt zij aan dat Crehan schade heeft geleden „wegens de handelingen die de andere partij krachtens de overeenkomst heeft verricht”.

13. Ik moet mij bijgevolg uitspreken over de abstracte situatie van schending van artikel 81 EG waardoor een van de partijen bij de overeenkomst schade heeft geleden. De vraag of deze abstracte situatie overeenkomt met de feiten, is een vraag die later door de verwijzende rechter moet worden beantwoord en is voor mijn conclusie niet van belang.

14. Volgens mij dient het Hof echter niet te weigeren de voorgelegde vragen te beantwoorden op grond dat het om hypothetische vragen zou gaan. Volgens vaste rechtspraak² immers is het „uitsluitend een zaak van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van elk geval, te oordelen over de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis alsmede over de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Een verzoek van een nationale rechter kan worden afgewezen, wanneer duidelijk

III — Bespreking

Inleidende opmerking

12. Blijkens de verwijzingsbeschikking gaat de Court of Appeal ter beslechting van het hoofdgeding en kennelijk om eerst de

2 — Zie, met name, arrest van 30 april 1998, Cabour (C-230/96, Jurispr. blz. I-2055, punt 21).

blijkt, dat de gestelde vraag over de uitlegging van het gemeenschapsrecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding”.

15. Maar dat is hier niet het geval.

16. Blijkens de toelichting van de Court of Appeal kan de door Crehan ingediende vordering enkel op basis van Engels recht immers niet worden toegewezen en zal de nationale rechter zijn vordering enkel moeten onderzoeken indien Crehan zich kan beroepen op uit het EG-Verdrag voortvloeiende rechten.

17. De gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht houdt dus kennelijk verband met een reëel geschil en met het voorwerp van het hoofdgeding.

De eerste vraag

18. Met de eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of een partij bij een verboden overeenkomst zich in rechte kan beroepen op artikel 81 EG om van de andere contractpartij schadevergoeding te vorderen.

19. Ik ben het met de Commissie eens, dat deze eerste vraag betrekking heeft op het in mijn inleidende opmerking aangehaalde algemene probleem, namelijk dat „een strikte toepassing van de regel van de onwettigheid naar Engels recht een mede-contractant zou beletten *beroep in te stellen*³, al was het maar om te doen vaststellen dat de betrokken overeenkomst bij ingevolge artikel 81 verboden was en dus krachtens artikel 81, lid 2, van het Verdrag van rechtswege nietig”. Derhalve zal ik de vraag vanuit dit gezichtspunt behandelen.

20. De Court of Appeal zelf acht het verdedigbaar dat artikel 81 een partij bij een onwettige overeenkomst rechten verleent die door het gemeenschapsrecht worden beschermd, en haalt in dat verband het arrest BRT⁴ aan.

21. Voorts blijkt uit het arrest Delimitis⁵ „dat de artikelen 85, lid 1, en 86 rechtstreekse gevolgen teweegbrengen in de betrekkingen tussen particulieren en voor de justitiabelen rechtstreeks rechten doen ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven” en dat een nationale rechter kan „vaststellen dat de overeenkomst nietig is in de zin van artikel 85, lid 2, wanneer hij de zekerheid heeft verkregen dat de overeenkomst niet in aanmerking komt

3 — Aldus de opmerkingen van de Commissie, cursivering van mij.

4 — Arrest van 30 januari 1974 (127/73, Jurispr. blz. 51).

5 — Arrest van 28 februari 1991 (C-234/89, Jurispr. blz. I-935).

voor een vrijstellingsbeschikking op grond van artikel 85, lid 3".⁶

22. Aangezien, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, nietigheid van rechtswege krachtens artikel 81, lid 2, EG de belangrijkste sanctie is voor krachtens artikel 81, lid 1, verboden overeenkomsten, zou deze bepaling voor een deel haar uitwerking verliezen door enig obstakel dat deze sanctie in de weg staat, in casu het verbod voor de medecontractant om er zich op te beroepen.

23. Dit is echter onaanvaardbaar, aangezien volgens de rechtspraak van het Hof⁷ artikel 81 EG immers „een fundamentele bepaling [is] die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt”.

24. Overigens hadden de reeds aangehaalde arresten BRT en Delimitis ook betrekking op geschillen tussen contractpartijen. De zaak Delimitis betrof precies een exclusieve-afnameovereenkomst tussen een brouwerij en een caféhouder. Zoals door de Commissie is vermeld, heeft het Hof in die zaken niets opgemerkt over de omstandigheid dat een partij bij de overeenkomst zich op artikel 81 EG beriep om te ontkomen aan de van haar gevorderde betalingen.

25. Ook wanneer hij contractpartij is, moet een particulier zich dus tot de nationale rechter kunnen wenden met het verzoek alle gevolgen te trekken die voortvloeien uit de nietigheid van rechtswege van de met artikel 81 EG strijdige contractuele bepalingen. Ingevolge de rechtspraak van het Hof heeft deze nietigheid „terugwerkende kracht”.⁸

26. Indien de toepassing van deze clausule in het verleden voor een van de contractanten nadelige gevolgen heeft gehad, rijst dan ook de vraag van de vergoeding van deze gevolgen. In het kader van de beantwoording van de andere vragen zal ik moeten aangeven, onder welke voorwaarden daartoe een schadevordering kan worden ingediend.

27. Thans reeds dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 81 EG aldus moet worden uitgelegd, dat een partij bij een onwettige overeenkomst tot verpachting van een drankgelegenheid die een exclusiviteitsclausule bevat, in rechte de nietigheid van deze overeenkomst kan inroepen.

De tweede en de derde vraag

28. De verwijzende rechter vraagt in de tweede plaats of de partij die schadevergoe-

6 — Zelfde arrest, punt 55.

7 — Arrest van 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, Jurispr. blz. I-3053, punten 36-39).

8 — Arrest van 6 februari 1973, Brasserie de Haecht (48/72, Jurispr. blz. 77, punt 27).

ding vordert, schadeloos kan worden gesteld voor schade die zou kunnen ontstaan omdat zij gebonden is door de contractuele clausule die in strijd is met artikel 81 EG.

29. Met de derde vraag wenst de Court of Appeal te vernemen, of een regel van nationaal recht volgens welke de rechter een partij niet mag toestaan zich ter verkrijging van schadevergoeding op haar eigen onrechtmatig handelen te beroepen, verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

30. Met de Commissie ben ik van mening, dat deze twee vragen samen moeten worden behandeld.

31. Blijkens de verwijzingsbeschikking heeft de Court of Appeal in de zaak Gibbs Mew⁹ reeds geoordeeld, dat „naar Engels recht een partij bij een onwettige overeenkomst geen schadevergoeding mag eisen van de wederpartij wegens schade die zij als partij bij deze onwettige overeenkomst heeft geleden. Dit geldt ongeacht of restitutie dan wel schadevergoeding wordt gevorderd”.

32. De te beslechten vraag is dus, of het gemeenschapsrecht zich tegen deze regel van Engels recht verzet.

33. Alle partijen, behalve Courage, maar ook het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland zijn van oordeel, dat de betrokken regel van Engels recht een probleem vormt ten aanzien van het gemeenschapsrecht. Hun analyse loopt echter niet gelijk en de aan het Hof in overweging gegeven antwoorden zijn evenmin identiek.

34. Ook ik vind, om te beginnen, dat de betrokken regel een probleem vormt. In het bijzonder ben ik van mening dat het gemeenschapsrecht zich ertegen verzet, voorzover de betrokken regel een partij bij een verboden overeenkomst belet van haar medecontractant schadevergoeding te verkrijgen, op de enkele grond dat zij partij is bij de mededingingsregeling.

35. Om tot deze conclusie te komen, ga ik uit van een onderzoek van de gevolgen die voor partijen bij een mededingingsregeling voortvloeien uit de rechtstreekse werking van artikel 81 EG. Vervolgens onderzoek ik op welke wijze de nationale rechter de rechten moet handhaven die ook voor een partij bij een mededingingsregeling uit hoofde van artikel 81 EG kunnen ontstaan.

⁹ — [1998] EuLR 588, blz. 606.

36. In de eerste plaats onderzoek ik dus welke gevolgen de rechtstreekse werking van artikel 81 EG heeft voor partijen bij een mededingingsregeling.

37. Zoals gezegd, brengt artikel 81 EG volgens vaste rechtspraak rechtstreekse gevolgen teweeg in de betrekkingen tussen particulieren en doet het voor justitiabelen rechtstreeks rechten ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven.¹⁰ Dit houdt in dat justitiabelen het recht hebben te worden beschermd tegen de nadelige gevolgen die een van rechtswege nietige mededingingsregeling heeft kunnen veroorzaken.

38. Justitiabelen die deze bescherming kunnen genieten, zijn uiteraard in de eerste plaats derden, dat wil zeggen consumenten en concurrenten die door een verboden mededingingsregeling benadeeld zijn.¹¹

39. Zoals Courage daarentegen terecht opmerkt, mogen de partijen bij een mededingingsregeling normalerwijze niet dezelfde bescherming genieten, aangezien zij de „oorzaak van de mededingingsregeling” zijn. Dit is een toepassing van het in de meeste ontwikkelde rechtsstelsels en ook in de communautaire rechtsorde erkende rechtsbeginsel, dat een partij niet mag

profiteren van haar eigen onoirbaar handelen.¹² In casu betekent dit, dat zij zich niet op haar eigen onrechtmatig handelen mag beroepen om de voor haar nadelige gevolgen daarvan ongedaan te maken.

40. Toch moet de vraag worden gesteld, of het enkele feit partij bij een mededingingsregeling te zijn in alle omstandigheden en automatisch gelijkstaat met „onoirbaar handelen”. Er zijn immers gevallen waarin dit „onwettig handelen” mij niet duidelijk is. De Franse regering vermeldt in dit verband eenzijdige praktijken van de dominerende partij in een verticale mededingingsregeling, zoals de verspreiding van een circulaire waarin de leverancier een minimumverkoopprijs oplegt of een exclusiviteit voor de uitbouw van een leasingactiviteit.

41. Dat een partij bij een afspraak zich automatisch onoirbaar gedraagt en dus van de bij artikel 81 EG ingestelde bescherming wordt uitgesloten, is blijkens deze voorbeelden een te formalistische redenering, die geen rekening houdt met de bijzonderheden van elk geval. Gevallen waarin dit feit niet met onoirbaar gedrag gelijkstaat, zullen uiteraard uitzonderlijk en bij hori-

10 — Zie, met name, arresten BRT en Delimitis, reeds aangehaald.

11 — Zie, in deze zin, de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven in de zaak Banks (arrest van 13 april 1994, C-128/92, Jurispr. blz. I-1209, punten 43 e.v. van de conclusie).

12 — Zie, voor een concrete toepassing van dit beginsel, arrest van 7 februari 1973, Commissie/Italië (39/72, Jurispr. blz. 101, punt 10). Zie ook, betreffende het beginsel „nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, de conclusie van advocaat-generaal Cosmas van 23 maart 2000 in de zaak Ampafrance et Sanofi (arrest van 19 september 2000, C-177/99 en 181/99, Jurispr. blz. I-7013, punten 49 en 83 van de conclusie), alsmede mijn conclusie van 19 maart 1991 in de zaak Crispoltoni (arrest van 11 juli 1991, C-386/89, Jurispr. blz. I-3695, punt 46 van de conclusie).

zontale afspraken zelfs onbestaande zijn, maar toch zijn zij niet uit te sluiten.

42. Het criterium om te bepalen of een partij bij een mededingingsregeling zich in een situatie van „onoirbaar gedrag” bevindt, is volgens mij te vinden in de verantwoordelijkheid van de partij voor de vervalsing van de mededinging. Indien die verantwoordelijkheid reël is, mag de partij niet profiteren van haar „onoirbaar handelen” en, zoals in het geval van een derde, tegen de afspraak worden beschermd.

43. Indien een van de partijen daarentegen geen aanzienlijke verantwoordelijkheid heeft voor de vervalsing van de mededinging, rekening houdende met de context waarin deze partij zich bevindt — het Verenigd Koninkrijk vermeldt als voorbeeld de partij die niet in staat is de economische druk van een sterkere onderneming te weerstaan — bestaat er geen reden om deze partij de bescherming van artikel 81 te ontzeggen. In dat geval kan immers worden gezegd, dat de betrokken partij de mededingingsregeling veeleer ondergaat dan dat zij eraan meewerkt. Ten opzichte van de mededingingsregeling is zij veeleer een derde dan een deelnemer.

44. Mijns inziens kan dus worden aangenomen dat artikel 81 EG niet alleen derden tegen de gevolgen van een mededingingsregeling beschermt maar, in uitzonderlijke omstandigheden, ook een partij, te weten de partij die niet in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de vervalsing van de mededinging.

45. In een tweede fase van mijn redenering wil ik onderzoeken, op welke wijze de nationale rechter het recht moet beschermen dat artikel 81 EG in bepaalde omstandigheden aan een partij bij een mededingingsregeling verleent.

46. Blijkens de reeds aangehaalde arresten BRT en Delimitis moet de nationale rechter de rechten die de justitiabelen aan artikel 81 EG verlenen, handhaven. Volgens vaste rechtspraak dient de nationale rechter immers op grond van het in artikel 10 EG neergelegde samenwerkingsbeginsel immers de rechtsbescherming te verzekeren welke voor de justitiabelen voortvloeit uit de rechtstreekse werking van bepalingen van gemeenschapsrecht.¹³

47. Daartoe mogen zowel de materiële als de formele voorwaarden die in de nationale wettelijke regelingen zijn vastgelegd, voor vorderingen naar gemeenschapsrecht niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen naar nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en niet van dien aard zijn — een probleem dat hier aan de orde is — dat zij de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).¹⁴

13 — Zie, bijvoorbeeld, arresten van 16 december 1976, Rewe (33/76, Jurispr. blz. 1989, punt 5) en 19 juni 1990, Factortame e.a. (C-213/89, Jurispr. blz. I-2433, punt 19).

14 — Zie, met name, arresten van 9 november 1983, San Giorgio (199/82, Jurispr. blz. 3595, punt 12); 19 november 1991, Francovich e.a. (C-6/90 en C-9/90, Jurispr. blz. I-5357, punt 43) en 17 juli 1997, Texaco en Olie-selskabet Danmark (C-114/95 en C-115/95, Jurispr. blz. I-4263, punt 45).

48. Hoe moet deze rechtspraak in casu worden begrepen?

hiervoor aangehaalde rechtspraak, dat de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk wordt.

49. Het Engelse rechtstelsel kent, zoals zovele andere rechtstelsels, de vordering tot schadevordering tussen particulieren.

50. Zoals de Commissie in haar opmerkingen vermeldt, achten de Britse rechters de indiening van deze vordering toelaatbaar wanneer hiermee vergoeding wordt gevorderd van schade die aan een derde is berokkend door een met het gemeenschapsrecht strijdige gedraging.

51. Deze schadevordering staat naar Engels recht evenwel niet open voor partijen bij een verboden overeenkomst. De door de communautaire rechtsorde verleende rechten worden stellig niet gediscrimineerd in die zin dat, als ik het goed begrijp, een partij bij een onwettige overeenkomst van de wederpartij nooit vergoeding kan vorderen van de door haar ten gevolge van haar deelneming aan een onwettige overeenkomst geleden schade, ongeacht of deze onwettigheid uit het interne dan wel uit het gemeenschapsrecht voortvloeit.

53. Zoals gezegd, verleent artikel 81 EG de contractpartij die slechts in geringe mate verantwoordelijk is voor de vervalsing van de mededinging, volgens mij een recht op bescherming tegen de schadelijke gevolgen die zij ervan heeft ondervonden. Voornoemde regel van Engels recht staat naar mijn mening evenwel aan een doeltreffende bescherming van dit recht in de weg.

54. Niemand betwist immers, dat een schadevordering een doeltreffend middel is om de rechten van een particulier te beschermen. De in artikel 81, lid 2, EG neergelegde nietigheid is stellig een fundamentele sanctie, maar volstaat niet altijd om de geleden schade te vergoeden. Indien een partij die niet in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de vervalsing van de mededinging, belet wordt in rechte op te treden om schadevergoeding te verkrijgen, kan de wederpartij, zoals de Britse regering opmerkt, ten onrechte van haar onrechtmatig handelen profiteren ten nadele van haar medecontractant.

52. Evenwel rijst de vraag, of deze absolute onmogelijkheid om een schadevordering te laten gelden de materiële of formele voorwaarden van de betrokken rechtsvordering niet zodanig wijzigt, in de zin van de

55. Naar mijn mening maakt de betrokken regel van nationaal recht de bescherming die een partij bij een onwettige overeenkomst onder bepaalde voorwaarden geniet, in de praktijk dus onmogelijk, zodat moet

worden aangenomen dat het gemeenschapsrecht zich ertegen verzet.

56. Hieraan kan worden toegevoegd, dat partijen in het hoofdgeding en verschillende regeringen die in de loop van deze procedure opmerkingen hebben ingediend, van mening hebben gewisseld over de vraag of de mogelijkheid voor de partij bij de verboden overeenkomst om een schadevordering in te dienen, de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht zou verkleinen of vergroten.

57. Courage stelt, dat deelneming aan onrechtmatig handelen aantrekkelijker zou worden indien schadeloosstelling mogelijk was. Particulieren zouden immers weten, dat zij zich altijd van het onwettige contract kunnen bevrijden en schadevergoeding kunnen vorderen indien het contract hun niet de verwachte voordelen oplevert. Ik sluit mij echter aan bij het betoog van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie, dat het vooruitzicht schadevergoeding te kunnen vorderen zwakkere partijen niet alleen aanzet met artikel 81 strijdige overeenkomsten op te zeggen maar, wat wellicht belangrijker is, ook een doeltreffend middel vormt om de dominerende partij te ontmoedigen, een concurrentiebeperkende overeenkomst op te leggen.

58. Hierbij merk ik evenwel op, dat het er mijns inziens niet om gaat de wederpartij, ter wille van een doeltreffende werking van het gemeenschapsrecht, als het ware een sanctie op te leggen die vergelijkbaar is met

de geldboete die de Commissie krachtens verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag¹⁵, kan opleggen. Het gaat er alleen om, de gevolgen uit de rechtstreekse werking van artikel 81 EG te trekken.

59. Ik ben het derhalve volledig eens met het Verenigd Koninkrijk waar dit te kennen geeft, dat het „geen voorstander is van de gedachte, dat een contractpartij meer zou moeten verkrijgen dan wat zij ten gevolge van de onwettige overeenkomst heeft verloren. Ofschoon de verzoeker zich in sommige gevallen in een zwakkere onderhandelingspositie bevindt, kan hij ook voordelen hebben gehaald uit een onwettige contractuele bepaling, welke voordelen bij de raming van de schade in beginsel in aanmerking worden genomen om te voorkomen dat hij zich ongerechtvaardigd verrijkt en de verweerder een strafrechtelijke sanctie krijgt opgelegd. De nauwkeurige raming van de schade is uiteraard een taak van de nationale rechter”.

60. Op grond van de voorgaande beschouwingen geef ik het Hof in overweging op de tweede en de derde vraag te antwoorden, dat het gemeenschapsrecht zich verzet tegen een regel van nationaal recht die een partij die gebonden is door een met artikel 81 EG strijdige contractuele bepalingen, belet vergoeding te vorderen van door haar geleden schade, op de enkele grond dat zij partij is bij deze overeenkomst.

¹⁵ — PB 1962, 13, blz. 204.

De vierde vraag

61. Ingeval op de derde vraag moet worden geantwoord dat de betrokken regel van nationaal recht in bepaalde omstandigheden in strijd kan zijn met het gemeenschapsrecht, wenst de Court of Appeal met de vierde vraag te vernemen, welke omstandigheden de nationale rechter dan in aanmerking moet nemen.

62. Dienaangaande zijn in de loop van deze procedure verschillende door de nationale rechter in aanmerking te nemen omstandigheden voorgesteld.

63. Courage wijst op het gevaar van verstoring van het evenwicht van het normale commerciële en contractuele risico, maar stelt voor rekening te houden met omstandigheden als de context waarin de overeenkomst is gesloten, de doorzichtigheid, de verantwoordelijkheid van de verweerder en de verzoeker en de juridische analyse van de betrokken clausule.

64. Volgens Crehan vormt de verantwoordelijkheid van de contractant voor de vervalsing van de mededinging het voornaamste gegeven. Een partij moet schadevergoeding kunnen eisen indien zij niet in

even sterke mate verantwoordelijk („equally responsible”) kan worden geacht voor de vervalsing van de mededinging.

65. De Commissie deelt in wezen dit standpunt. Volgens haar moeten de omstandigheden waarin het onrechtmatig handelen van een partij kan worden aangetoond om haar het recht op schadevergoeding te ontzeggen, beperkt blijven tot gevallen waarin de partij die schadevergoeding vordert zich daadwerkelijk in pari delicto bevindt, dat wil zeggen dat zij een op zijn minst gelijke verantwoordelijkheid draagt voor de concurrentiebeperking waarvoor zij schadevergoeding eist.

66. De Italiaanse regering is van mening dat de schadevordering moet openstaan voor de benadeelde partij die zich ten opzichte van haar medecontractant in een uiterst zwakke positie bevond en daardoor geen reële vrijheid had in het kiezen van de medecontractant en de contractvoorwaarden.

67. Volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk moet de nationale rechter hoofdzakelijk oog hebben voor de meest doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht, waartoe deze vorderingen kunnen bijdragen. In dit verband kan de nationale rechter in het bijzonder rekening houden met de onderhandelingspositie van elk der partijen alsmede hun respectievelijke verantwoordelijkheid en gedragingen.

68. Zoals gezegd, kent ook het gemeenschapsrecht het „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”-beginsel.

69. Het gemeenschapsrecht staat er bijgevolg niet aan in de weg, dat het nationale recht een partij ten aanzien waarvan is vastgesteld dat zij daadwerkelijk verantwoordelijk is voor de vervalsing van de mededinging, verhindert van haar medecontractant schadevergoeding te verkrijgen.

70. De door artikel 81 EG verleende bescherming vervalt volgens mij indien deze partij in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de vervalsing van de mededinging.

71. Die verantwoordelijkheid is uiteraard aanzienlijk indien de partij zich ten opzichte van de wederpartij in *pari delicto* bevindt, dat wil zeggen indien zij in gelijke mate verantwoordelijk („*equally responsible*”) is voor de vervalsing van de mededinging.

72. De verantwoordelijkheid is daarentegen niet aanzienlijk in het door de Italiaanse regering aangehaalde geval waarin de benadeelde partij zich ten opzichte van haar medecontractant in een uiterst zwakke positie bevindt.

73. Om de verantwoordelijkheid van de schadevergoeding eisende partij te kunnen beoordelen moet rekening worden gehouden met de economische en juridische context waarin de partijen zich bevinden alsmede, zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk voorstelt, met de respectieve onderhandelingspositie en gedragingen van de twee partijen.

74. In het bijzonder moet worden nagegaan of de ene partij zich ten opzichte van de wederpartij in een positie van duidelijke ondergeschiktheid bevond. Deze ondergeschiktheid moet zodanig zijn, dat de vrijheid van deze partij om haar contractvoorwaarden te kiezen ernstig in het gedrang komt.

75. Ten slotte vermeld ik nog dat ook van een partij die in niet aanzienlijke mate verantwoordelijk is, kan worden verlangd dat zij de noodzakelijke zorgvuldigheid betracht om de omvang van de schade te beperken.

76. Zoals Courage terecht opmerkt, bestaat dit beginsel in het gemeenschapsrecht.¹⁶ Dit kan dus moeilijk een overeenkomstige regel van nationaal recht in de weg staan.

16 — Arresten van 19 mei 1992, Mulder e.a./ Raad en Commissie (C-104/89 en C-37/90, Jurispr. blz. I-3061, punt 33) en 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029, punt 85).

77. De omstandigheid dat de partij niet heeft besloten, de overeenkomst niet te sluiten, kan op zich evenwel niet worden beschouwd als een gebrek aan zorgvuldigheid. Zoals de Commissie terecht opmerkt, kan dit beginsel de afwijzing van een eis ab initio niet rechtvaardigen: het kan enkel aanleiding geven tot een beperking van het bedrag van de daadwerkelijk verschuldigde vergoeding.

78. Op de vierde vraag moet dus worden geantwoord, dat het gemeenschapsrecht

zich niet verzet tegen een regel van nationaal recht volgens welke de rechter een persoon niet mag toestaan, zich ter verkrijging van schadevergoeding op zijn eigen onrechtmatig handelen te beroepen, wanneer vaststaat dat deze persoon meer dan in niet aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de vervalsing van de mededinging. Die verantwoordelijkheid is niet aanzienlijk indien de ene partij zich ten opzichte van de wederpartij in een zodanige positie van ondergeschiktheid bevindt, dat zij de contractvoorwaarden niet werkelijk vrij kon kiezen.

IV — Conclusie

79. Ik geef het Hof in overweging, de door de Court of Appeal gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 81 EG moet aldus worden uitgelegd, dat een partij bij een onwettige overeenkomst tot verpachting van een drankgelegenheden die een exclusiviteitsclausule bevat, zich voor de nationale rechter van een lidstaat op de nietigheid van die overeenkomst kan beroepen.

- 2) Het gemeenschapsrecht verzet zich tegen een regel van nationaal recht, die een partij bij een met artikel 81 EG strijdige overeenkomst belet, vergoeding te vorderen van door haar geleden schade, op de enkele grond dat zij partij is bij die overeenkomst.

- 3) Het gemeenschapsrecht verzet zich evenwel niet tegen een regel van nationaal recht, volgens welke de rechter een persoon niet mag toestaan, zich ter verkrijging van schadevergoeding op zijn eigen onrechtmatig handelen te beroepen, wanneer vaststaat dat deze persoon meer dan in niet aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de vervalsing van de mededinging. Die verantwoordelijkheid is niet aanzienlijk indien de ene partij zich ten opzichte van de wederpartij in een zodanige positie van ondergeschiktheid bevindt dat zij de contractvoorwaarden niet echt vrij kon kiezen.”