

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JOSEPH GAND
FREMSAT DEN 3. JUNI 1969

Høje Ret.

Den af Oberlandesgericht i München indgivne anmodning om fortolkning af Romtraktatens artikel 85 giver Domstolen lejlighed til at præcisere den retspraksis, der er kommet til udtryk i dommene i sagerne Société Technique Minière (LTM) af 30. juni 1966 (sag 56/65, Samling af Domstolens Afgørelser 1965 — 1968, s. 211) og Grundig af 13. juli 1966 (forenede sager 56 og 58/64, Samling af Domstolens Afgørelser 1965 — 1968, s. 245) især vedrørende eneforhandlingsaftaler med absolut områdebeskyttelse.

I

Jeg gengiver først sagens faktiske omstændigheder i det omfang, dette er nødvendigt for forståelsen af det stillede spørgsmål.

Det tyske firma Joseph Erd & Co., der indehaves af hr. Völk, fabrikkerer vaskemaskiner og centrifuger, der sælges under mærket »Konstant«. Dets markedsandel for disse maskiner er yderst ringe, den udgjorde 2361 enheder i 1963 og 861 enheder i 1966, dvs. henholdsvis ca. 0,2 % og 0,05 % af produktionen i Forbundsrepublikken. Den 15. september 1963 indgik det en kontrakt med firmaet Vervaecke — der sælger elektriske husholdningsapparater i Belgien — ifølge hvilken det overdrog denne virksomhed eneforhandlingsretten for de omhandlede maskiner i Belgien og Luxembourg. Kontrakten blev indgået for en varighed af tre år med den klausul, at den automatisk blev forlænget for to år, hvis den ikke opsagdes mindst ni måneder før datoen for dens udløb.

Blandt kontraktens klausuler skal følgende nævnes:

- Firmaet Erd overlader firmaet Vervaecke enesalget af sine produkter i Belgien og Luxembourg. Kun for så vidt sidstnævnte firma ikke sælger visse apparater fra firmaet Erd's produktionskatalog, forbeholder dette sig retten til at levere sådanne apparater til andre.

- Firmaet Vervaecke forpligter sig til månedligt, efter en tilpasningsperiode på seks måneder, at aftage en bestemt antal apparater (80 ifølge kontrakten) og til ikke at sælge konkurrerende apparater, der bærer de for firmaet Erd karakteristiske konstruktionskendetegn.

- Det koncessionsgivende firma forpligter sig til at beskytte firmaet Vervaecke inden for det indrømmede eneforhandlingsområde; det lader imidlertid til, at det eneforhandlende selskab var berettiget til at levere i de områder, hvor firmaet Erd endnu ikke var repræsenteret, specielt til at opbygge et forhandlernet i Nederlandene, men denne ret blev ikke udnyttet.

Hverken kontrakten af 15. september 1963 eller dens senere tillæg blev anmeldt til Kommissionen.

I øvrigt blev kontrakten kun yderst delvist opfyldt, for på et år blev der kun solgt 200 vaskemaskiner i Belgien. Derpå krævede firmaet Erd, at firmaet Vervaecke betalte et beløb på 11 560 DM mod levering af 20 vaskemaskiner såvel som erstatning for de omkostninger, det var blevet påført som følge af den unødvendige levering af 50 vaskemaskiner.

Ved den tyske domstol opstod der spørgsmål om kontraktens gyldighed i forhold til Romtraktatens artikel 85, hvilket førte Oberlandesgericht i München til at forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

»Skal der ved afgørelsen af, om den omstridte kontrakt af 15. september 1963 med tillæg af 1. januar 1964 og 11. marts 1964 er omfattet af forbudet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, tages hensyn til den af sagsøgeren faktisk opnåede eller tilstræbte markedsandel i EØF's medlemsstater, særlig i det salgsområde hvor sagsøgte nyder absolut beskyttelse, Belgien og Luxembourg?«

II

Der må naturligvis ses bort fra, at den forelæggende dommer ønsker Domstolens stiltingtagen til anvendelsen af traktatens be-

stemmelser på den kontrakt, hvis gyldighed diskuteres i den sag, han behandler, men med dette forbehold er spørgsmålet klart stillet.

1. I modsætning til, hvad der undertiden hævdes, forekommer det mig ikke at fremgå af dommen i sagen Grundig, at en eneforhandlingsaftale med absolut områdebeskyttelse nødvendigvis er omfattet af forbudet i artikel 85, stk. 1. Det tilfælde, Domstolen dengang skulle afgøre, var for specielt til, at der kan udledes så absolutte virkninger heraf.

Heller ikke forordningerne til gennemførelse af traktaten byder på nogen løsning. Thi ved vurderingen af, om en kontrakt er omfattet af artikel 85, stk. 1, er det ikke afgørende, at den ikke er blevet anmeldt, eller at den ikke opfylder de nødvendige betingelser for at blive fritaget (for eksempel de betingelser som Kommissionens forordning nr. 67/67 fastsætter for visse grupper). Som det hedder i dommen i sagen Den italienske Republiks regering mod Rådet og Kommissionen for EØF (sag 32/65, 13. juli 1966, Samling af Domstolens Afgørelser 1965 — 1968, s. 293); »Beskrivelsen af en kategori er imidlertid kun en ramme og betyder ikke, at de aftaler, som falder inden for denne ramme, alle er underlagt forbudet; beskrivelsen medfører heller ikke, at en aftale, som hører til den fritagne kategori, men ikke opfylder alle betingelserne i den nævnte beskrivelse, nødvendigvis må falde ind under forbudet.«

2. Det er altså nødvendigt at gå ud fra ordene i artikel 85, stk. 1, der lyder således: »Alle aftaler mellem virksomheder . . . der kan påvirke handelen mellem Medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarkedet og er forbudt.«

Bestemmelsen kræver altså, at der er opfyldt to betingelser, som Kommissionen undersøger i sine indlæg i lyset af Domstolens retspraksis, idet den begynder med den, hvorefter aftalens uforenelighed med fællesmarkedet afhænger af konstateringen af, at den har til formål eller til følge at fordreje konkurrencen. Som regel er dette netop *formålet* med en

eneforhandlingsaftale, der indeholder en klausul om absolut områdebeskyttelse. For hvis salgsmulighederne for andre handlende i det beskyttede område vanskeliggøres eller udelukkes, hvis forbrugerne i dette område kun kan anskaffe sig de samme produkter hos eneforhandleren og således må se deres valgmuligheder begrænset på forhandlerniveauet, er dette netop de ved aftalen tilsigtede følger.

Kan man lade det blive herved? Vel har Domstolen i dommen i sagen Grundig fastslået, at man ved anvendelsen af artikel 85, stk. 1 ikke behøver at have hensyn til en aftales faktiske følger, såfremt det viser sig, at den har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, og dette synes at medføre et benægtende svar på det forelagte spørgsmål; men det forekommer mig, at rækkvidden af denne konstatering bør begrænses til dommens grundlæggende sagsforhold. Thi ifølge dommen i sagen Société Technique Minière må der ses på selve formålet med aftalen, »hvored der må tages hensyn til den økonomiske sammenhæng, hvori den skal gælde«, og for at artikel 85, stk. 1 skal kunne anvendes, må denne undersøgelse afsløre en begrænsning af konkurrencen, der er »tilstrækkelig skadelig«. Alt i alt vil dette altså sige, at fordrejningen af konkurrencen ikke kun må være rent teoretisk men skal antage et vist omfang, og så er man ikke langt fra den »mærkbare« indskrænkning, som nævnte dom kræver, når det ikke så meget er aftalens formål som dens virkninger, der tages i betragtning.

I øvrigt skal konkurrencen betragtes inden for de faktiske rammer, hvor den ville foregå, hvis aftalen ikke bestod; men denne aftales følger for de andre virksomheder eller for forbrugerne kan være meget forskellige, alt efter hvilken markedsandel industrivirksomheden kontrollerer eller søger at kontrollere. Hermed genfinder man det spørgsmål, som den tyske dommer har forelagt.

Domstolen har allerede antydnet dette aspekt af problemet, når den har undersøgt, under hvilke betingelser en eneforhandlingsaftale må betragtes som forbudt, og har opregnet en række faktorer, der skal tages hensyn til. Foruden strengheden af de klausuler, der har til formål at beskytte eneforhandlingen, eller

modsat de muligheder, der står åbne for andre afsætningsmåder, og aftalens isolerede karakter eller dens placering i en helhed, har Domstolen især nævnt arten af de produkter, der er genstand for aftalen, og den omstændighed, om der er tale om en begrænset eller ubegrænset mængde heraf, såvel som koncessionsgiverens og eneforhandlerens stilling på markedet for de berørte produkter. Der må især lægges vægt på dette sidste punkt.

Hvis fabrikanten kontrollerer en forholdsvist stor del af markedet og har en stærk stilling m. h. t. de produkter, der er genstand for aftalen, er der al mulig grund til at antage, at konkurrencen på en mærkbar måde bliver berørt på forhandlerniveau gennem en eneforhandlingsaftale med absolut områdebeskyttelse. Dette kan imidlertid ikke hævdes med samme sikkerhed, når producentens stilling er meget svag. En lignende kontrakt kan give sidstnævnte mulighed for at markedsføre sine produkter på et salgsmåde, men den forringer ikke på nogen mærkbar måde hverken forbrugernes valg eller andre handlendes salgsmuligheder. Uden at tage stilling indenfor rammerne af artikel 177 til den tvist, der er forelagt den tyske dommer, kan man f. eks. tænke sig, at de ovennævnte produktionstal i forhold til den samlede produktion i Forbundsrepublikken og til det belgiske og luxembourgiske marked dog kun udgør en dråbe i havet.

Endelig skal det vedrørende dette punkt fastslås, at der i dommen i sagen Grundig ved bedømmelsen af den indflydelse, som en aftale der tilsigter at isolere det franske marked for produkter af dette mærke og kunstigt oprettholde adskilte markeder, har på konkurrencen på det fælles marked, især lægges vægt på, at dette mærke er *meget udbredt*. Det kan heraf udledes, at Domstolen ikke ville have bedømt en aftale af samme art, der vedrørte produkter af et næsten ukendt mærke, på samme måde og med samme strenghed.

3. Kommissionen tilføjer i slutningen af sine indlæg, at aftalen for at kunne påvirke handelen mellem medlemsstater — en anden betingelse efter artikel 85, stk. 1 — må være af en sådan art, at den er i stand til at true den frie handel mellem disse medlemsstater, og

skade virkeliggørelsen af et mellemstatsligt enhedsmarked, hvilket forudsætter, at handelens omlægning er af et mærkbart omfang. De to betingelser har altså en tendens til at falde sammen, og derfor er det ikke let at skelne dem fra hinanden.

Man kan imidlertid spørge sig selv, om det ikke ville være fordelagtigt at efterprøve dette aspekt først. For spørgsmålet, om en aftale kan påvirke handelen mellem medlemsstater, er ikke kun en nødvendig betingelse for, at aftalen er forbudt i henhold til artikel 85, stk. 1, men et forudgående spørgsmål. Dette er udtrykt således i dommen i sagen Société Technique Minière: »Kun for så vidt aftalen kan påvirke handelen mellem medlemsstater, er den herigennem opståede forstyrrelse af konkurrencen underkastet det fællesskabsretlige forbud i artikel 85, og i modsat fald falder den ikke ind under denne bestemmelse«.

Her er det bedst at holde sig til de redegørelser, som findes i ovennævnte dom. Heri bedømmes den omstridte bestemmelse som indeholdende en betingelse, der skal udelukke at der kan opstå en hindring for virkeliggørelsen af et enhedsmarked. I almindelighed må eneforhandlingsaftalen for at være omfattet af artikel 85, stk. 1 være af en sådan art, at der på grundlag af en flerhed af objektive, retlige eller faktiske omstændigheder er rimelig grund til at frygte, at den kan udøve en eventuel, direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indflydelse på handelen mellem medlemsstaterne. Mere nøjagtigt må det især efterprøves, om den kan rejse handelsskranker på markedet for visse produkter.

Men hvad dens sande formål end måtte være, kan en kontrakt, der indgås med en producent, som kun har en yderst ringe markedsandel, ikke hindre virkeliggørelsen af et internationalt enhedsmarked; koncessionsgiverens svage stilling forhindrer enhver virkelig indflydelse på hans del af markedet. Et realistisk syn på tingene fører således til den opfattelse, at handelen mellem medlemsstater ikke kan »påvirkes« af en aftale, der er truffet under lignende omstændigheder som den kontrakt, der har ført til forelæggelsen fra Oberlandesgericht i München.

Som resultat af ovenstående kan Domstolen svare på grundlag af følgende overvejelser:

- Selv om en eneforhandlingsaftale med absolut områdebeskyttelse normalt er omfattet af forbudene i artikel 85, stk. 1, er dette dog ikke tilfældet, når den ikke kan påvirke handelen mellem medlemsstater og ikke på mærkbar måde hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen inden for fællesmarkedet.
- For at bedømme om det forholder sig således, må der i det enkelte tilfælde tages hensyn til den stilling, som koncessionsgiveren har eller søger at opnå på markedet for de pågældende produkter.
- Hvis denne markedsandel er ubetydelig, og hvis den mængde, der er garanteret eneforhandleren, kun udgør en yderst ringe del af den mængde af tilsvarende produkter, der som helhed sælges af de handlende i dette område, kan man formode, at aftalen ikke falder ind under de begrænsende bestemmelser i traktatens artikel 85.

Således lyder mit forslag til afgørelse.