

SUPPLERENDE FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA
GENERALADVOKAT G. REISCHL
FREMSAT DEN 24. JUNI 1980¹

Høje Domstol.

Den 22. november 1979 fremsatte jeg forslag til afgørelse i de forenede sager 253/78 og 1-3/79 (Guerlain, Rochas, Lanvin, Nina Ricci), samt i sagerne 37/79 (Estée Lauder) og 99/79 (Lancôme). Ved kendelse af 16. januar 1980 har Domstolen genoptaget den mundtlige forhandling og har forelagt parterne i hovedsagen, medlemsstaterne, Rådet og Kommissionen følgende spørgsmål til besvarelse.

»Forudsat at

- a) den forelæggende ret mener, at de pågældende aftaler falder ind under anvendelsesområdet for artikel 85, stk. 1,
- b) de aftaler, som der er tale om i de forenede sager 253/78 og 1-3/79, samt i sag 99/79, skal betragtes som 'gamle aftaler', som er beskyttet af den 'foreløbige gyldighed',
- c) de skrivelser, som Kommissionen rettede til de enkelte fabrikanter for at give dem meddelelse om, at dens procedure var indstillet, ikke skal betragtes som beslutninger om fritagelse, jf. artikel 8 i forordning nr. 17, eller som negativattester efter betydningen i denne forordnings artikel 2,
- d) det må anses for usandsynligt, at Kommissionen i en overskuelig fremtid vil træffe sådanne beslutninger:

1 — Oversat fra tysk.

1. Hindrer beskyttelsen af de rettidigt anmeldte eller for anmeldelse fritagne 'gamle aftaler', at man på disse aftaler kan anvende en medlemsstats nationale ret, som efter omstændighederne i en vis henseende er strengere end fællesskabsretten?
2. Er de grunde, som hidtil har været gældende med hensyn til den foreløbige beskyttelse af 'gamle aftaler', under de ovennævnte forudsætninger tilstrækkelige til, at beskyttelsen opretholdes af en national ret i ubegrænset omfang over for anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1 og 2?
3. Hvorledes skal man løse situationen med de anmeldte eller fra anmeldelse fritagne 'nye aftaler' under de i spørgsmål 1 og 2 nævnte omstændigheder?»

Som supplement til mit forslag til afgørelse af 22. november 1979, som jeg i øvrigt skal henviser til, skal jeg foretage følgende bedømmelse af de ovennævnte spørgsmål:

I — Første spørgsmål

De tiltalte i hovedsagerne 253/78 og 1-3/79 (herefter benævnt tiltalte) og sagsøgte i hovedsagen 37/79 (herefter benævnt sagsøgte) har med hensyn til dette spørgsmål gjort gældende, at den foreløbige beskyttelse af de såkaldte

»gamle aftaler« hindrer en anvendelse af bestemmelser i en medlemsstats nationale ret, der er strengere end Fællesskabets konkurrenceret. Ifølge de pågældende parter kan Kommissionen altid efter artikel 7 i forordning nr. 17 med tilbagevirkning beslutte, at aftalen ikke falder ind under EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, eller at der skal meddeles fritagelse for den i medfør af artikel 85, stk. 3. De anfører videre, at denne foreløbige beskyttelse er så meget mere begrundet i tilfælde som de foreliggende, i hvilke de inddragne firmaer havde ændret deres aftaler efter forslag fra Kommissionen.

I modsætning hertil antager nedenstående parter og øvrige deltagere i sagerne, at videregående national konkurrenceret kan anvendes, ganske vist med forskellige begrundelser: sagsøgerne i hovedsagerne 1-3/79, sagsøgte i hovedsagen 99/79, og regeringerne i kongeriget Belgien, kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Den franske Republik, kongeriget Nederlandene og Det forenede kongerige Storbritannien og Nordirland, samt Kommissionen.

Sagsøgerne i sag 1-3/79, sagsøgte i sag 99/79, den tyske forbundsregering og Kommissionen er af den opfattelse, at dette kun gælder i de situationer, hvori Kommissionen har besluttet at indstille proceduren. For da kan man efter deres opfattelse ikke længere regne med, at Kommissionen, uden at de faktiske omstændigheder ændrer sig afgørende, vil udstede en negativttest efter artikel 85, stk. 1, eller træffe en beslutning om fritagelse efter artikel 85, stk. 3. I så fald mener de, at der ikke længere er fare

for, at anvendelsen af strengere national ret vil kunne bringe traktatens målsætning på det konkurrenceretlige område i fare.

Den britiske, franske, danske, belgiske og nederlandske regering er derimod af den opfattelse, at den foreløbige gyldighed af de gamle aftaler, isoleret set, på ingen måde kan hindre anvendelsen af strengere nationale konkurrenceregler. Efter den britiske regerings opfattelse kan dette allerede udledes af, at en kontrakt kan være uvirksom i medfør af nationale bestemmelser, som overhovedet ikke har noget med konkurrenceretten at gøre. Regeringen finder det uforståeligt, hvorfor man med hensyn hertil skulle sondre mellem konkurrenceretlige og andre forskrifter i national ret. Den franske regering fremhæver synspunktet under henvisning til dommen i sag 59/77 (*De Bloos mod Bouyer*, dom af 14. 12. 1977, Sml. 1977, s. 2359), som angående retsvirkningerne af en anmeldt eller fra anmeldelse fritaget gammel aftale, lægger vægt på de retsregler, der gælder for de gamle aftaler. Den danske regering henviser i denne sammenhæng til, at selv en negativttest eller en beslutning om fritagelse truffet af Kommissionen ikke kan hindre anvendelse af national konkurrenceret, således at dette i ganske særlig grad må gælde de tilfælde, hvor en bestemt aftale har foreløbig gyldighed, hvis forenelighed med artikel 85 Kommissionen ikke har truffet beslutning om. Den belgiske regering gør endelig opmærksom på, at Fællesskabets konkurrenceret har andre formål end national konkurrenceret. Den efter fællesskabsretten foreløbige gyldighed af en aftale hindrer altså kun en national ret i at anvende EØF-traktatens artikel 85, stk. 1 og 2, så længe Kommissionen ikke har indledt

nogen procedure, hvorimod retten kan anvende eventuelle videregående nationale bestemmelser. Når — som almindeligt antaget — de nationale myndigheder og domstole efter national ret kan tilsidesætte aftaler, som Kommissionen har udstedt negativttest for, er det ulogisk, hvorfor de ikke kan forholde sig på samme måde med aftaler, som i sig selv strider mod artikel 85, stk. 1, men som der i medfør af artikel 85, stk. 3, af Kommissionen er meddelt fritagelse for, skønt aftaler af den sidstnævnte karakter er farligere for konkurrencen end de førstnævnte.

På baggrund heraf har jeg det indtryk, at diskussionen i virkeligheden drejer sig om, hvorvidt og i hvilket omfang man må modificere eller supplere Domstolens hidtidige praksis. Det drejer sig dels om dommen i sag 14/68 (*Walt Wilhelm m.fl.* mod *Bundeskartellamt*, dom af 13. 2. 1969, Sml. 1969, s. 1), dels om de domme, som er afsagt vedrørende den foreløbige gyldighed af såkaldte gamle aftaler, henholdsvis, sag 48/72 (*SA Brasserie de Haecht* mod *Wilkin-Janssen — Haecht II* —, dom af 6. 2. 1973, Sml. 1973, s. 77) og 59/77 (*Ets. A. de Bloos SPRL* mod *Société en commandite par actions »Bouyers*, dom af 14. 12. 1977, Sml. 1977, s. 2359).

Det er min opfattelse, at de her relevante centrale passager om *forholdet mellem Fællesskabets konkurrenceret og national ret* i dommen i sag 14/68 (*Walt Wilhelm*) ikke skal modificeres. Ifølge dommen kan national ret kun anvendes, såfremt denne anvendelse ikke hæmmer den uindskrænkede og ensartede anvendelse af fællesskabsretten og virkningerne af

foranstaltningerne til dennes gennemførelse. Der mindes endvidere om, at fællesskabsretten tillader Fællesskabets myndigheder at udøve en vis positiv, om end indirekte virksomhed med henblik på at fremme en harmonisk udvikling af det økonomiske liv i Fællesskabet i overensstemmelse med EØF-traktatens artikel 2, hvilket utvivlsomt skal forstås som en henvisning til, at der kan træffes beslutninger om fritagelse i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3. Endelig gøres der også opmærksom på, at hvis det under behandlingen af en national sag viser sig, at Kommissionen muligvis vil afslutte en verserende undersøgelse vedrørende det samme kartel med en afgørelse, der ikke er forenelig med virkningerne af de nationale myndigheders afgørelse, må det påhvile disse at træffe egnede foranstaltninger.

Ovenstående principper er uforenelige med den opfattelse, at den foreløbige gyldighed af gamle aftaler ikke hindrer en vidtgående anvendelse af national ret, også i det omfang den må henføres til konkurrenceretten, altså sigter mod samme mål og bestræbelser som den fælles konkurrenceret. Dette kan heller ikke begrundes med, at det på trods af delvis forskellige målsætninger eller i betragtning af, at nationale beslutninger har et særligt virkeområde og har begrænset territorial gyldighed, er ubetænkeligt, at der foregår en sådan parallel anvendelse. Når alt kommer til alt, må det i nærværende sag ikke overses, at dersom et salgssystem i én medlemsstat tilsidesættes i henhold til national ret, kan det ikke undgå at have virkninger på dets beståen i andre medlemsstater. Tilsvarende forekommer det mig ikke i denne sammenhæng — modsat den danske regerings opfattelse

— tilstrækkeligt at henvise til, at der er pligt til at ændre nationale afgørelser, hvis der senere træffes beslutninger om fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3; for en negativ national afgørelse ophæver med sikkerhed den fællesskabsretlige virkning af den foreløbige gyldighed, og det ses ikke, hvorledes der skulle kunne foretages en rimelig tilbagevirkende korrektion af den nationale retstilstand, hvis der senere træffes en beslutning i medfør af artikel 85, stk. 3.

Med hensyn til retspraksis vedrørende den *foreløbige gyldighed af såkaldt gamle aftaler* på den anden side — det udtales i ovennævnte to domme i sagerne 48/72 (*Haecht II*) og 59/77 (*De Bloos*) som bekendt, at gyldigheden må bestå, *indtil Kommissionen træffer en beslutning* ville jeg anse det for uholdbart at afvige herfra nu med den begrundelse, at den oprindeligt forudsete overgangsperiode i mellemtiden er udløbet. En sådan begrundelse ville sikkert allerede ved afsigelsen af dommen i sag 59/77 (14. december 1977) have været tænkelig, men man valgte den åbenbart ikke. Hvis begrundelsen nu pludselig bliver anvendt, ville det retssikkerhedsprincip, som netop i denne dom så ofte fremhæves, blive bragt i fare. Det må desuden heller ikke overses, at det endnu ikke er kommet til en fuldstændig afklaring af alle retlige problemer i Kommissionens beslutningspraksis og i retspraksis og hermed en rettidig tilpasning hertil fra parterne i en aftale. Kommissionen har tværtimod udtalt, at der endnu verserer nogle sager, for hvilke der stadig kan tænkes en anvendelse med tilbagevirkning af artiklerne 6 og 7 i forordning nr. 17. Hermed ville det være uforeneligt at træffe modstående nationale beslutninger — jeg

skal herved mindre om principperne i dom 14/68 (*Walt Wilhelm*).

Efter min opfattelse kan man herefter højst forstå de i begge de nævnte domme anvendte udtryk »indtil ... Kommissionen træffer beslutning« således, at det ikke nødvendigvis skal være *formelle* beslutninger, men at det er tilstrækkeligt med skrivelser, som i de foreliggende sager, der giver meddelelse om indstilling af proceduren. I sin praksis er Domstolen nemlig åbenbart gået ud fra, at Kommissionen, i det mindste hvor der foretages behørig anmeldelse af konkurrenceaftaler, i hvert fald træffer en beslutning. Nu er det blevet tydeligt, at dette — på grund af det overordentligt store antal sager — ikke svarer til virkeligheden. I adskillige tilfælde, hvor artikel 85, stk. 1, efter Kommissionens opfattelse ikke længere griber ind, efter at der er sket en ændring af aftaler på foranledning af Kommissionen, blev der ikke truffet nogen formelle beslutninger i form af negativattester, fordi dette belaster Kommissionen for meget på grund af den i nogen grad tunge procedure og ville have hindret dens relativt lille, for konkurrencespørgsmål kompetente apparat i at beskæftige sig med vigtigere opgaver. I vidt omfang nøjedes man med de skrivelser om henlæggelse, som vi kender fra de foreliggende sager, og som var underskrevet af en højtstående tjenestemand ved Kommissionen. Under sådanne omstændigheder forekommer det at være absolut holdbart, at der ikke kun i forbindelse med den foreløbige gyldighed af gamle aftaler, lægges afgørende vægt på formelle kommissionsbeslutninger. Tværtimod kan det antages, at det også er tilstrækkeligt med en stillingtagen fra Kommissionen, hvis virkning f.eks. må siges at være den samme som en negativattest, idet en sådan på en vis måde også binder Kommissionen, eftersom tilkendegivelsen kun tillader, at

fællesskabskompetencen udøves efter ændrede omstændigheder, og da vel nok kun med virkning *ex nunc*. Når der foreligger en sådan stillingtagen tør det, af retssikkerhedsgrunde men også *kun* da — ren passivitet fra Kommissionen side vil det ikke kunne betragtes som en *stiltiende* udstedelse af en negativttest — altså antages, at en sådan aftale ud fra et fællesskabsretligt synspunkt er gyldig, og at også Kommissionens beslutning om fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3, eller udstedelse af en formel negativttest ikke længere er sandsynlig. Hermed ligger vejen fri for at anvende national ret, også selv om den er strengere.

I de situationer, som ligger til grund for hovedsagerne, er der således — da Kommissionen, selv om det ikke skete ved formelle beslutninger, har fastslået, at EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, efter en ændring af aftalerne ikke griber ind — slet ikke indvendes noget mod, at f.eks. den franske ret anvender reglerne om »*refus de vente*«, såfremt dette endnu er begrundet under hensyn til den nyeste udvikling i retspraksis i parfumesektoren. Noget sådant forekommer så meget mere ubetænkeligt, som det faktisk ikke kan forventes, at i hvert fald den franske ret — noget andet synes at gælde for forelæggelsen fra Nederlandene — modsat Kommissionen, som dog normalt råder over mere virkningsfulde oplysningsmuligheder og har bedre overblik, går ud fra, at artikel 85, stk. 1, kan anvendes på de for retten verserende sager. Skulle den nationale ret imidlertid komme til det resultat, at de materielle regler i artikel 85, stk. 1, dækker de faktiske forhold, kunne resultatet i hvert fald ikke blive et andet hvad angår anvendelsen af national ret, hvis retsinstansen skulle komme frem til denne bedømmelse under hensyn til, at afta-

lerne blev ændret, nemlig i retning af en begrænsning, fordi man ved et sådant sagforhold ikke længere ville kunne gå ud fra, at der forelå en foreløbigt gyldig gammel aftale.

II — Andet spørgsmål

De tiltalte i de forenede sager 253/78 og 1-3/79, sagsøgte i sag 37/79, samt den britiske og franske regering er af den opfattelse, at den foreløbige beskyttelse af de såkaldte »gamle aftaler« også skal bestå for fremtiden. De tiltalte og sagsøgte fremfører som begrundelse artikel 7 i forordning nr. 17. Den britiske regering nærer ganske vist tvivl om denne bestemmelses relevans men mener imidlertid, at opretholdelsen af den foreløbige beskyttelse af de gamle aftaler er berettiget, allerede fordi traktaten indeholder nogen overgangsregel til artikel 85, stk. 2, med hensyn til de pågældende gamle aftaler, og fordi der ville opstå betydelige forsinkelser, dersom Kommissionen måtte behandle de enkelte sager. Efter den franske regerings opfattelse udgør stykkerne 1 og 3 i EØF-traktatens artikel 85 en uadskillelig enhed, hvoraf følger, at Kommissionen er den eneste, der kontrollerer tingelserne for de gamle aftalers gyldighed. Som følge heraf kan private ifølge regeringen ikke rejse indsigelse mod denne gyldighed, så længe Kommissionen ikke har truffet en beslutning herom.

Modsat gør den belgiske, danske og tyske regering, Kommissionen samt de sagsøgte i sag 99/79 den opfattelse

gældende, at opretholdelsen af den foreløbige beskyttelse af de gamle aftaler ikke længere kan begrundes. Den danske regering finder, at den fremtidige opretholdelse af beskyttelsen af de gamle aftaler vil føre til en retsfor nægtelse over for de ved aftalen krænkede tredjemænd. Det anføres videre, at EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, er umiddelbart anvendelig, og at den ved artikel 177 foreskrevne forelæggelsesprocedure sikrer den ensartede anvendelse af fællesskabsretten. Endelig siges det, at parterne i de gamle aftaler har haft tilstrækkelig tid til at bringe deres aftaler i overensstemmelse med fællesskabsretten.

Den belgiske regering mener, at de anmeldte gamle aftaler, som er genstand hverken for et forbud eller en særlig fritagelse, henholdsvis gruppefritagelse, må behandles helt på samme måde som aftaler, med hensyn til hvilke der er udstedt negativattest. Det anføres, at på ganske samme måde som Kommissionen til hver en tid i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, kan træffe en beslutning om forbud, der gælder for fremtiden, og hvis grundlag er den økonomiske eller retlige udvikling, vil medlemsstatens myndigheder eller retsinstanser kunne gøre det.

Den tyske forbundsregering gør gældende, at opretholdelsen af den foreløbige beskyttelse af de gamle aftaler ikke længere kan begrundes, dersom Kommissionen tilkendegiver, at den ikke vil træffe beslutning om fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3.

Efter Kommissionens opfattelse gælder de gamle aftalers foreløbige gyldighed kun fra anmeldelsen og indtil Kommissionen har truffet en beslutning. I samme

øjeblik det står fast — såsom ved indstilling af proceduren — at Kommissionen ikke vil træffe nogen beslutning om fritagelse, er det ikke længere begrundet af opretholde den foreløbige beskyttelse. I så fald vil de gamle aftaler kunne behandles på akkurat samme måde som nye aftaler (jf. præmisserne 11 og 12 i dommen af 6. 2. 1973 — sag 48/72 — *Haecht II* — Sml. 1973, s. 77). Kommissionen anfører, at den nationale ret i dette tilfælde kan erklære en aftale for ugyldig i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 2, såfremt det er utvivlsomt, at aftalen strider mod artikel 85, stk. 1.

Efter Domstolens faste praksis er såd kaldt gamle aftaler, som bestod ved ikrafttrædelsen af forordning nr. 17 den 13. marts 1962 og rettidigt er anmeldt, fuldt ud gyldige (jf. dom af 14. 12. 1977 i sag 59/77 — *De Bloos mod Bouyer* — Sml. 1977, s. 2359). Som jeg allerede anførte i mit forslag til afgørelse af 22. november 1979, kan en national ret kun tage stilling til sådanne aftalers gyldighed i medfør af artikel 85, efter at Kommissionen har truffet en beslutning i henhold til forordning nr. 17.

Jeg anser det for uholdbart at forlade teorien om denne foreløbige gyldighed alene ud fra et tidsmæssigt synspunkt, og jeg mener heller ikke, at en harmonisering, slet og ret, af reglerne for gamle og nye aftaler, med hensyn til hvilke der gælder fundamentalt forskellige udgangspunkter og forskellige retsvirkninger (jf. artiklerne 6 og 7 i forordning nr. 17) er hensigtsmæssig. Jeg er heller ikke glad for i den situation, at prøvelsen af en gammel aftale fører til det resultat, at den — uden ændring af omstændighederne — ikke kan forenes med artikel

85, stk. 1, at måtte erklære den for ugyldig ex nunc.

Med hensyn til den nationale rets anvendelse af artikel 85, stk. 1, må det ikke glemmes, at i tilfælde som de foreliggende, om hvilke Kommissionen havde den opfattelse, at artikel 85, *stk. 1*, ikke griber ind, blev der ovenhovedet ikke foretaget en undersøgelse efter artikel 85, *stk. 3*. Dersom det nu, eventuelt efter, at Domstolen har foretaget en afklaring af artikel 85, stk. 1, skulle vise sig, at Kommissionens opfattelse vedrørende artikel 85, stk. 1, er ukorrekt, kan det stadig tænkes, at der ville kunne træffes en beslutning i medfør af artikel 85, stk. 3, fordi der jo der begæring herom, som Kommissionen selv ikke har truffet afgørelse om; endvidere kunne Kommissionen ved beslutning kræve en sådan ændring i aftalerne i henhold til artikel 7 i forordning nr. 17, at de, endda med tilbagevirkning, ikke længere omfattes af artikel 85, stk. 1.

Det afgørende spørgsmål for den nationale ret er følgende, om sådanne tilkendegivelser er sandsynlige. Ved spørgsmålets besvarelse kan den hente hjælp i den hidtidige administrative praksis og retspraksis, ikke mindst de fortolkningsbidrag der i nærværende sag skal gives til artikel 85, stk. 3. Kommer den herefter til det resultat, at der hverken må regnes med en fritagelse eller med en negativtest, og at der heller ikke kan rejses fornuftig tvivl om, at en aftale er uforenelig med artikel 85, stk. 1, kan retten erklære aftalen for ugyldig i medfør af artiklens stk. 2. Nærer retten efter hidtidig praksis ingen tvivl om, at der kan meddeles fritagelse for en aftale, bliver det udelukket at anvende artikel 85, stk. 2, fordi aftalen da må betragtes

som gyldig. Hvis den nationale ret imidlertid stadig, fordi der endnu ikke er sket en afklaring af alle problemer vedrørende artikel 85, stk. 3, og altså heller ikke vedrørende problemerne om selektivt salg baseret på kvantitative kriterier, har sine tvivl og betænkeligheder, må den vel — som det i så fald gælder ved nye aftaler — beslutte sig for at udsætte sagen med henblik på, at en af parterne kan indhente en udtalelse fra Kommissionen vedrørende artikel 85, stk. 3.

III — Tredje spørgsmål

Efter opfattelsen hos tiltalte i de forenede sager 253/78 og 1-3/79 og hos de sagsøgte i sag 37/79 skal anmeldte nye aftaler behandles på ganske samme måde som de såkaldt gamle aftaler. For også de kan til hver en tid blive genstand for en tilvirkende fritagelse fra Kommissionen.

Den britiske, danske, belgiske, franske og tyske regering finder, at man også på anmeldte nye aftaler kan anvende eventuelt strengere nationale konkurrenceregler. Den britiske, danske og tyske regering henviser til dommen i sag 48/72 af 6. februar 1973 (*Haecht II*, Sml. 1973, s. 77 ff), hvorefter de nye aftaler slet ikke nyder særlig beskyttelse. Efter den franske regerings opfattelse bør der for nye aftaler i det mindste gælde en vis beskyttelse i form af den »foruddiskonteret gyldighed« indtil Kommissionen træffer en beslutning. Den belgiske regering mener, at den nationale ret kan anvende artikel 85, stk. 1, på nye aftaler, så længe Kommissionen ikke indleder nogen procedure. Det er Kommissionens

opfattelse, at den nationale ret først skal prøve, om den forelagte aftale eventuelt kunne være gyldig, enten på grund af en gruppefritagelse eller på grund af en individuel fritagelse. Er det tilfældet, så må aftalen efter Kommissionens opfattelse anses for gyldig, fællesskabsretligt set. I det modsatte tilfælde kan den nationale ret erklære aftalen for ugyldig, såfremt dens uforenelighed med artikel 85, stk. 1, er uden for enhver tvivl og det står fast, at betingelserne i artikel 85, stk. 3, ikke var opfyldt. Kommissionen anfører videre, at hvis den nationale ret ikke kan bortrydde tvivlen om aftalens forenelighed med artikel 85, har den den mulighed at udsætte sagen for at give parterne lejlighed til at afæske Kommissionen en udtalelse, som herefter kan tjene som grundlag for dens beslutning. Medlemsstatens retsinstant kan altid anvende strengere national ret, dersom aftalen er ugyldig efter fællesskabsretten. Kommer retten derimod til det resultat, at aftalen definitivt er gyldig, kan den ikke anvende strengere national konkurrenceret.

1. Hvad for det første anvendelsen af *national ret* angår bør man også i denne sammenhæng fastholde de principper, der blev udmøntet i dom 14/68 (*Walt Wilhelm m.fl. mod Bundeskartellamt*, dom af 13. 2. 1969, Sml. 1969, s. 3 ff). Det må altså stå fast, at det kun er lovligt at anvende national ret, »i det omfang, den ikke skader den ensartede anvendelse — i hele fællesmarkedet — af fællesskabsreglerne vedrørende karteller og den fulde virkning af de retsakter, som udstedes i henhold til disse regler«. Med hensyn til de nationale konkurrence-regler i bredeste forstand kan der herved

ikke arbejdes med den antagelse, at de kun angår en sags internretlige aspekter.

I tilfælde som de foreliggende, i hvilke der efter Kommissionens undersøgelse er afsendt en skrivelse med nogenlunde samme virkning som en negativttest, kan intet imidlertid være til hinder for, at en national ret anvender sin efter omstændighederne strengere nationale ret. Her kan retten gå ud fra, at den ensartede anvendelse af Fællesskabets konkurrenceregler ikke hindres, fordi den kompetente fællesskabsmyndighed — selv om dens bedømmelse ikke binder den nationale ret — har tilkendegivet, at fællesskabsretten ikke længere griber ind efter en ændring af aftalerne. Her kan den fulde virkning af foranstaltningerne til dens gennemførelse heller ikke hindres, for en sådan foranstaltning foreligger med sikkerhed ikke ved en meddelelse, som oplyser adressaterne om Kommissionens opfattelse, om, at fællesskabsretten ikke finder anvendelse i deres sag. Desuden er der her ej heller — fordi det jo ikke er sandsynligt, at Kommissionen vil afslutte sagen med en beslutning, hvis retsvirkninger kan hindres ved en afgørelse på nationalt plan — anledning til at træffe »egnede foranstaltninger« efter betydningen i dom 14/68, nemlig ved at udsætte sagen på en eventuel beslutning om fritagelse med tilbagevirkende kraft.

2. Hvad for det andet angår nationale retters anvendelse af artikel 85, stk. 1 og 2, på sager, i hvilke Kommissionen allerede har undersøgt, om den nævnte bestemmelse kan gribe ind og herved er nået til et klart udtrykt negativt resultat i

en afgørelse om indstille proceduren, er dette efter min opfattelse ingen hindring for, at en national ret anvender artikel 85. Nationale retter er nemlig ikke bundet af sådanne afgørelser; endvidere er der heller ingen hindring herfor ved artikel 9 i forordning nr. 17, i hvilken forbindelse jeg for det første skal henvise til dommen i sag 127/73 (*Belgische Radio en Televisie og Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs* mod *SV/SABAM og NV Fonior*, dom af 30. 1. 1974, Sml. 1974, s. 51) og for det andet til den omstændighed, at sagerne ved Kommissionen — for så vidt de er blevet indledt — netop blev afsluttet ved de nævnte afgørelser.

I sådanne tilfælde, hvor det er muligt at foretage en forskellig bedømmelse af, om artikel 85, stk. 1, kan anvendes, er det helt afgørende — netop fordi Kommissionen ikke har fundet anledning til at prøve muligheden for en fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3 — hvorledes den nationale ret bedømmer sådanne fritagelsesmuligheder. Dersom retten herved — Kommissionens beslutnings-

praksis og Domstolens praksis kan, som nævnt, være til nogen hjælp — kommer til den antagelse, at der sandsynligvis må regnes med en fritagelse, skal den anse aftalen for gyldig, hvorved anvendelsen af sådanne strengere nationale retsfor-skrifter naturligvis falder væk, som kunne berøre karakteren af en eventuel fritagelse. Antager den nationale ret derimod, at der på ingen måde er udsigt til, at der vil blive truffet en beslutning om fritagelse — og har den således ingen tvivl om aftalens uforenelighed med Fællesskabets konkurrenceregler, kan den med sikkerhed — jf. praksis i sag 48/72 (*Haecht II*, Sml. 1973, s. 77) — anvende artikel 85, stk. 1 og 2, og det ikke blot med virkning *ex nunc*. Er der derimod tvivl om en sådan uforenelighed, er den eneste rimelige løsning at udsætte sagen for indhentning af en udtalelse fra Kommissionen, der afklarer, om man skal opretholde beslutningen om at henlægge sagen, eller om aftalerne — eventuelt efter at Domstolen har fremlagt yderligere fortolkningssspøenker med hensyn til artikel 85, stk. 1 og 3 — skal bedømmes anderledes.

3. Med hensyn til de yderligere problemer, som blev rejst i de den 16. januar 1980 stillede spørgsmål, kan der herefter — og der sker herved en vis modifikation af de svar, som blev foreslået i de indledningsvis nævnte forslag til afgørelse — sammenfattende udtales følgende:

- a) Når der foreligger sådanne gamle aftaler, der er anmeldt rettidigt til Kommissionen eller er fritaget for anmeldelse, og med hensyn til hvilke Kommissionen efter en undersøgelse hverken udsteder negativattest eller træffer nogen beslutning om fritagelse, men blot fastslår i en administrativ skivelse, at den ikke finder anledning til at skride ind i medfør af artikel 85, stk. 1, kan der — såfremt det er ganske usandsynligt, at Kommissionen senere vil træffe beslutning om fritagelse — ikke rejses indven-

dinge imod, at der anvendes en national lovgivning, som efter omstændighederne muligvis er strengere i en bestemt henseende.

- b) I så fald kan den nationale ret fastslå, at sådanne aftaler er ugyldige i henhold til artikel 85, stk. 1 og 2.
- c) Foreligger der anmeldte eller fra anmeldelse fritagne nye aftaler, med hensyn til hvilke Kommissionen efter en undersøgelse hverken udsteder negativattest eller træffer beslutning om fritagelse men udtaler, at der ikke er anledning til at gribe ind i medfør af artikel 85, stk. 1, er der — dersom en beslutning om fritagelse må anses for usandsynlig — intet til hinder for, at national ret anvendes på de pågældende aftaler, eller at det fastslås af den nationale ret, at de er ugyldige i henhold til artikel 85, stk. 1 og 2.