

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT S. ROZÈS
FREMSAT DEN 28. JUNI 1983 ¹

Høje Domstol.

I medfør af EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, har selskabet Demo-Studio Schmidt, Wiesbaden, ved Oswald Schmidt, den 13. juli 1981 anlagt sag ved Domstolen med påstand om annullation af Kommissionens endelige afslag af 11. maj 1981 på Schmidts begæring i henhold til artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17/62 ², om at tilpligte selskabet Revox at indgå en »EØF-forhandleraftale« med sagsøgeren.

I — Sagens faktiske omstændigheder kan i korthed sammenfattes således:

Foruden at arbejde som konstruktør i en maskinfabrik har Oswald Schmidt siden 1975 drevet en forretning i Wiesbaden med underholdningselektroniske artikler. Hans salgsprogram, som i begyndelsen kun omfattede apparater fra selskabet Studer Revox GmbH, Löffingen (her- efter benævnt Revox), der ikke var underkastet selektive distributionskriterier, blev senere udvidet med TV-apparater og højttalere (Aktivlautsprecher) af to andre mærker. Hans forretning var og er åben hver dag mellem kl. 15.45 eller 16.00 til kl. 18.00 samt lørdag formiddag. Lokalet har et areal på omkring 15 kvadratmeter.

Med virkning fra 1. september 1977 indførte Revox en række nye »EØF-salgsbetingelser« for specialhandelen med TV-apparater, radioer og højttaleranlæg inden for fællesmarkedet. Disse betin-

gelses blev ændret med virkning fra den 10. februar 1978 og finder anvendelse på anden generationsprodukter af en høj teknisk kvalitet, den sådaldte »serie B«. Produkterne sælges i henhold til de normalkontrakter, som Revox indgår med udvalgte specialforhandlere. Udvælgelsen sker efter en række kvalitative objektive kriterier bl.a. vedrørende forhandlerens og personalets faglige kvalifikationer, salgslokalernes tekniske udformning, samt en betingelse om, at forhandleren overholder de almindelige åbningstider. Der er forbudt medkontra- henter at sælge de af aftalen omfattede varer til handlende, som ikke er godkendt af Revox (freie Händler).

Efter indførelsen af de ovennævnte »EØF-salgsbetingelser« gjorde Revox over for Oswald Schmidt leveringen af apparater i serie B betinget af, at hans salgslokaler var åbne hele dagen. For at opfylde denne betingelse ansatte Oswald Schmidt en sælger med det forbehold, at han ville få leveret de varer, hvorom der er truffet bestemmelse i salgsbetingel- serne.

På trods af de af Oswald Schmidt trufne foranstaltninger meddelte Revox ham flere gange mundtligt, og siden hen også skriftligt den 27. december 1979, at han ikke kunne godkendes som specialiseret detailhandler og ej heller modtage lever- inger, idet han ikke opfyldte Revox' salgsbetingelser.

Ved skrivelse af 7. juni 1980 indbragte Oswald Schmidt herefter en klage for Kommissionen i medfør af artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17/62, fordi

1 — Oversat fra fransk.

2 — EFT 1959-1962, p. 81.

Revox nægtede ham at levere produkter i »serie B«, og rejste krav om, at Kommissionen pålagde Revox straks at levere.

I medfør af artikel 6 i forordning nr. 99/63 af 25. juli 1963¹ underrettede Kommissionen ved skrivelse af 18. september 1980 Oswald Schmidt om, at den efter en undersøgelse af sagen ikke så sig i stand til at efterkomme hans klage. Kommissionen opfordrede Oswald Schmidt til at tage stilling til dette svar inden en måned.

Efter at Oswald Schmidt havde fremsat sine bemærkninger hertil og fastholdt sin klage, gav Kommissionen ham den 11. maj 1981 et begrundet svar på sit afslag. Kommissionen fremhævede navnlig, at den ikke fandt noget grundlag for at pålægge selskabet Revox at levere til Schmidt, så længe der ikke fandtes holdepunkter for at antage, enten at Revox' leveringsnægtelse udgjorde et misbrug af en dominerende stilling efter EØF-traktatens artikel 86, eller at Revox' salgssystem var i strid med traktatens artikel 85, stk. 1.

Oswald Schmidt har i nærværende sag nedlagt påstand om annullation af denne afgørelse og påstand om, at Kommissionen tilpligtes at træffe en ny afgørelse vedrørende Schmidt's begæring, som er i overensstemmelse med den dom, Domstolen afsiger.

II — 1. Den første del af påstanden

A — *Formaliteten*

Kommissionen bestrider ikke, at den første del af påstanden kan realitetsbehandles, da Kommissionens beslutning har karakter af en endelig retsakt og endvidere er udtømmende begrundet.

1 — EFT 1963-1964, s. 42.

Beslutningen kan imidlertid ikke bebyrde Oswald Schmidt, da denne hverken har mulighed for at påtvinge Kommissionen at gribe ind over for konkurrencebegrænsninger, eller ret til at kræve sin begæring, der er indgivet i henhold til artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17/62, besvaret med en beslutning, som kan anfægtes ved Domstolen. Under alle omstændigheder har Oswald Schmidt ikke lidt noget tab.

Selskabet Revox, som er indtrådt i sagen som intervenient til støtte for Kommissionens påstand om frifindelse, mener, at søgsmålet i det hele må afvises fra realitetsbehandling, fordi Oswald Schmidt ikke har nogen søgsmålsinteresse. Formålet med sagen er nemlig at opnå, at Kommissionen pålægger intervenienten en leveringspligt over for sagsøgeren, som der ikke er grundlag for.

En sådan leveringspligt vil sagsøgeren højst kunne få udvirket ved medlemsstaternes nationale domstole og i medfør af national ret. Så selv om Domstolen annullerede den anfægtede beslutning og tog den anden del af sagsøgerens påstand til følge, ville sagsøgeren ikke opnå, hvad han søger, nemlig at få leveret bestemte varer. Ej heller ud fra et materielretligt synspunkt indeholder Kommissionens meddelelse af 11. maj 1981 altså noget klagepunkt for sagsøgeren. Desuden giver proceduren i en konkurrencesag ikke klageren mulighed for at tvinge Kommissionen til at handle. Derimod må det anerkendes, at det tilkommer Kommissionen inden for rammerne af dens skønsmæssige beføjelse at afslå begæringer, der er åbenbart uberettigede, eller som er indgivet med et andet formål end det angivne.

a) For det første bemærkes, at stævningens genstand udelukkende fremgår af de af Oswald Schmidt påberåbte anbringender og af ham nedlagte påstande. Den første del af stævningens påstand går ikke ud på at pålægge Revox en

leveringspligt, men at annullere den retsakt, hvorved Kommissionen meddelte Schmidt, at den afslog at efterkomme hans formelle klage. Selv om der i klagen, som blev indgivet den 7. juni 1980, blev rejst krav om at tilpligte intervenienten at levere til sagsøgeren med øjeblikkelig virkning, bør den fortolkes som en begæring til Kommissionen om, at denne fastslår, at der foreligger en overtrædelse af traktatens artikler 85 og 86, jfr. herved artikel 3, stk. 1 og 2, litra b), i forordning nr. 17/62, og en begæring om, at Kommissionen udsteder en beslutning, hvorved det pålægges Revox at bringe den konstaterede overtrædelse til ophør.

Det i Kommissionens meddelelse af 11. maj 1981 indeholdte svar på denne begæring kan følgelig kun forstås på den måde, at Kommissionen har afslået at efterkomme begæringen.

Den første af de påstande, som er indeholdt i den i medfør af EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, indgivne stævning, vedrører alene dette afslag.

Ej heller i den anden af de nedlagte påstande rejses der krav om, at Kommissionen griber ind over for en påstået overtrædelse af traktatens artikler 85 eller 86, men udelukkende, at Kommissionen på ny overvejer sin stilling på grundlag af en juridisk korrekt bedømmelse af situationen.

b) Når henses til sagens genstand, afhænger spørgsmålet om, hvorvidt sagen kan antages til realitetsbehandling, altså ikke af, om sagsøgeren kan kræve, at Kommissionen iværksætter foranstaltninger til bekæmpelse af en række konkurrencebegrænsninger, eller hvorvidt sagsøgeren er berettiget til at kræve, at der træffes en beslutning vedrørende hans begæring, som kan anfægtes ved Domstolen. Det er fast praksis ved

Domstolen, således som det bl.a. er fastslået i Domstolens dom i IBM-sagen¹, at den første del af påstanden i hvert fald kan realitetsbehandles, såfremt den anfægtede meddelelse har karakter af en foranstaltning med »retlig bindende virkninger, som kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling«. Ifølge samme dom er foranstaltningens form og kvalifikation efter traktatens artikel 189 uden betydning for formalitetsspørgsmålet. Det afgørende er dens indhold.

Efter disse kriterier er det væsentlige altså, ikke blot at skrivelsen af 11. maj 1981 til sagsøgeren, set fra Kommissionens synspunkt, udgjorde en beslutning, som kan anfægtes i den i traktatens artikel 173, stk. 2, forudsatte betydning, men også, at beslutningens adressat i kraft af beslutningens form og indhold var i stand til at forstå, at der forelå en sådan beslutning. Det fremgår bl.a. af nævnte skrivelse, at Kommissionen meddelte sagsøgeren »sin endelige stilling«, efter at denne havde fremsat sine bemærkninger vedrørende den meddelelse, som Kommissionen havde udstedt i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63. Der var altså ikke blot tale om en almindelig administrativ skrivelse fra et generaldirektorat som i Giry- og Guerlain-sagerne². Det er altså uden betydning for formalitetsspørgsmålet, om Kommissionen havde kompetence til at vedtage en retsakt af den nævnte art, hvortil der ikke findes nogen udtrykkelig hjemmel i forordning nr. 17/62, eller om den omstændighed, at der indgives en begæring i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17/62 — således som det var tilfældet i sagen GEMA³ — giver grundlag for at kræve, at Kommissionen

1 — Dom af 11. 11. 1981 i sag 60/81, International Business Machines Corporation mod Kommissionen, Sml. 1981, s. 2639.

2 — Dom af 10. 7. 1980, Procureur de la République m.fl. mod Bruno Giry og Guerlain SA m.fl., sag 253/78, Sml. 1980, s. 2327.

3 — Dom af 18. 10. 1979, GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1979, s. 3173.

træffer en beslutning, som kan indbringes for Domstolen.

c) I modsætning til hvad Kommissionen og intervenienten har anført indeholder Kommissionens afslag på sagsøgernes anmodning et klagepunkt i forhold til denne, hvorfor der synes at være grundlag for at antage sagen til realitetsbehandling. Kommissionen har et vidt skøn ved afgørelsen af, om der bør indledes en procedure i henhold til forordning nr. 17/62, men som jeg tidligere har understreget i mit forslag til afgørelse i sagen FEDIOL¹, kan det retsstatsprincip, som Fællesskabets retsorden er baseret på, ikke forenes med, at der tillægges forvaltningen et fuldstændigt frit skøn. Udøvelsen af et sådant skøn forudsætter nødvendigvis overholdelsen af dets formål. De private, der er berørt deraf, har følgelig krav på, at skønnet udøves korrekt, når den bestemmelse, hvorved beføjelsen henlægges til forvaltningen, ligeledes er udstedt til deres interesse. I denne sag fremgår det med tilstrækkelig klarhed af artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17/62 — i henhold til hvilken fysiske eller juridiske personer, som kan godtgøre en berettiget interesse, kan fremsætte en begæring — at der ved udøvelsen af en sådan beføjelse bør tages hensyn til visse individuelle interesser, og at der i tilfælde, hvor begæringen afslås, skal være mulighed for at lade den korrekte udøvelse af skønnebeføjelsen underkaste domstolskontrol.

d) At sagen bør antages til realitetsbehandling støttes endvidere af den næstsidste betragtning til forordning nr. 17/62, hvori det hedder, at »alle beslutninger, som Kommissionen træffer i henhold til denne forordning, er under

de i traktaten angivne vilkår underkastet Domstolens kontrol«.

e) Disse betragtninger har Domstolen åbenbart ladet sig inspirere af i dommen i sagen Metro², hvori Domstolen statuere, at det tjener såvel retssikkerheden som en korrekt anvendelse af traktatens artikler 85 og 86, at de fysiske eller juridiske personer, som kan fremsætte begæring i medfør af artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17/62, med henblik på at beskytte deres interesser kan anlægge sag ved Domstolen, såfremt deres begæring ikke helt eller delvis tages til følge. Heraf har Domstolen draget den slutning, at den, som har indgivet begæringen, i henhold til traktatens artikel 173, stk. 2, er umiddelbart og individuelt berørt af de beslutninger, der er rettet til en anden person. En tilsvarende retlig beskyttelse trænger sig i hvert fald på, når afslaget er rettet til den, som har indgivet begæringen.

Følgelig må det antages, at søgsmålet til prøvelse af Kommissionens skrivelse af 11. maj 1981 kan antages til realitetsbehandling.

B — Realiteten

Til støtte for sine påstande har Oswald Schmidt gjort gældende, at Kommissionens afvisning af at træffe foranstaltninger over for Revox for tilsidesættelse af konkurrencereglerne er en overtrædelse af traktaten og af retsregler vedrørende dennes gennemførelse og endvidere indebærer magtfordrejning. Schmidt hævder at være blevet udelukket fra den gældende forhandlerordning for produkter af mærket Revox på en sådan måde, at det begrænser konkurrencen, og finder, at Kommissionen burde have truffet foranstaltninger til at bekæmpe

1 — Sag 191/82, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (FEDIOL) mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber*, Sml. 1983, s. 2913.

2 — Dom af 25. 10. 1977 i sag 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mod Kommissionen*, Sml. 1977, s. 1875.

et sådant brud på konkurrencereglerne og herunder i særdeleshed burde have pålagt Revox en leveringspligt over for sagsøgeren.

Den anfægtede beslutning vil imidlertid kun kunne kendes ulovlig og annulleres, såfremt Kommissionen har anvendt sin skønsbeføjelse i medfør af artikel 3 i forordning nr. 17/62 fejlagtigt. For at kunne fastslå dette, må det imidlertid først konstateres, at der foreligger en overtrædelse af traktatens artikler 85 eller 86.

a) Som anført har sagsøgeren gjort gældende, at det er i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, at han ikke er blevet anerkendt som specialforhandler, eller at han ikke har modtaget leverancer fra Revox på grund af dets selektive salgssystem. Han anfægter ikke den principielle gyldighed af et sådant salgssystem, idet det gør det muligt for producenterne på grundlag af bestemte selektive kriterier at udvælge bestemte forhandlere til at distribuere deres produkter, men afviser, at betingelsen som forretningens åbningstid er gyldig. Det må derfor først afgøres, om Revox' selektive salgssystem på dette punkt er foreneligt med traktatens artikel 85, stk. 1.

Det er navnlig med hensyn til varige og teknisk højt udviklede forbrugsgoder, såsom underholdningselektroniske artikler, at de selektive salgssystemer som én blandt flere distributionskanaler er en konkurrenceform, som er i overensstemmelse med traktatens artikel 85, stk. 1, således som Domstolen statuerede i ovennævnte sag Metro, forudsat »udvælgelsen af [forhandlerne] sker på grundlag af objektive kvalitetskriterier for [forhandlerens] og hans personales faglige dygtighed og hans salgsløkalers beskaffenhed, og såfremt disse kriterier fastsættes ens for alle ... [forhandlere], og anvendes uden forskelsbehandling«.

Alle de kriterier, der er lagt til grund for de i sagen omhandlede aftaler om selektiv distribution, beror, som Kommissionen med rette har gjort gældende, på objektive kriterier, som er af kvalitativ og ikke kvantitativ art, og som følgelig ikke har nogen konkurrencebegrænsende virkning. Dette gælder navnlig med hensyn til kriteriet, om, at salgsløkalet skal være åbent inden for de sædvanlige åbningstider, hvilket udgør et væsentligt led i driften af en detailforretning. Det er netop for de dyre varer — som kræver rådgivning og service, hvilket er tilfældet med de varer, som omfattes af de i sagen omtvistede salgsaftaler — at kunderne har forventning om, at den pågældende forretning er åben hele dagen, uden at dette krav kan antages i urimelig grad at begrænse adgangen til salgssystemet.

Selv om man måtte være af en anden opfattelse, vil samhandelen mellem medlemsstaterne i hvert fald ikke blive væsentligt påvirket af en bestemmelse herom, hvilket også Kommissionen har anført, idet den kun udelukker et begrænset antal af den kreds af forhandlere, som har den fornødne faglige dygtighed.

Da Oswald Schmidt kun har åbent i sin forretning to timer om dagen og lørdag formiddag, opfylder han ikke alle de objektive og kvalitative udvælgelseskriterier. Følgelig kan selskabet Revox ikke antages at have anvendt sit salgssystem på en diskriminerende måde. Selv om Oswald Schmidt, således som han har gjort gældende, i oktober 1977 traf foranstaltning til at holde sin forretning åben hele dagen, og selv om han i fremtiden også måtte være rede til at holde sin forretning åben inden for de almindelige åbningstider, bliver dog den afgørende kendsgerning tilbage, at han ikke på noget tidspunkt har opfyldt de for

specialforretningerne opstillede kriterier. Fabrikanten er ikke forpligtet til forud at levere sine varer, såfremt forhandleren endnu ikke opfylder et af disse kriterier. Ellers ville fabrikanten komme til at bære risikoen for, at forhandleren ikke opfylder kriterierne, hvilket er i modstrid med selve formålet med en selektiv salgsaftale.

Såfremt en fabrikant godkendte en forhandler, som ikke eller endnu ikke opfylder de selektive kriterier, kan dette indebære diskrimination over for specialforretningerne, som normalt har flere omkostninger, og spørgsmålet er, om en sådan anvendelse af en selektiv salgsaftale er i strid med forbudet i traktatens artikel 85, stk. 1.

I modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, kan man endelig ikke af den omstændighed, at sagsøgers af selskabet Revox' rettergangsfuldmægtig på selskabet Sony's vegne blev godkendt som specialiseret forhandler af Sony-apparater, udledes, at der skulle være udvist en modstridende og diskriminerende adfærd ved anvendelsen af de pågældende kriterier. Bortset fra, at kriteriet vedrørende åbningstiderne ikke er udtrykkeligt nævnt i den version af Sony's salgssystem, som er fremlagt under sagen, er det en betingelse for at antage, at der foreligger forskelsbehandling, at den samme person uden objektiv begrundelse behandler ensartede situationer forskelligt, hvilket klart ikke er tilfældet i denne sag.

Endvidere er det en forudsætning for at antage, at der foreligger en diskriminerende anvendelse af et selektivt salgssystem, enten at producenten ikke anvender de selektive kriterier på samme måde over for alle forhandlere, eller ikke trækker godkendelsen tilbage fra de forhandlere, som ikke længere opfylder kriterierne. Den omstændighed, at et

andet selskab, som ikke er godkendt af firmaet Revox som specialforhandler, sælger dennes produkter, er følgelig ikke i sig selv nok til at antage, at der foreligger en overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1.

Også selv om det antages, at der på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning skulle have foreligget en overtrædelse af artikel 85, kan dette ikke påberåbes af sagsøgeren som støtte for dennes krav om at blive godkendt som specialforhandler eller hans krav om, at der pålægges intervenienten en leveringspligt. Sagsøgeren overser i den forbindelse, at forbudet mod aftaler, der begrænser den frie konkurrence, ikke i sig selv giver hjemmel til at gribe ind i de erhvervsdrivendes kontraktfrihed. Den omstændighed, at et selektivt salgssystem eller en diskriminerende anvendelse af et sådant system, er i strid med traktatens artikel 85, bevirker altså ikke — som sagsøgeren har rejst krav om — at selskabet Revox i det foreliggende tilfælde dermed forpligtes til at godkende sagsøgeren som specialforhandler.

Af disse grunde kan Kommissionen ikke kritiseres for at have undladt at drage de nødvendige følger af forbudet i traktatens artikel 85, stk. 1, og af denne grund at skulle have gjort sig skyldig i magtfordrejning.

b) Traktatens artikel 86 giver Kommissionen hjemmel til at træffe foranstaltninger for at bekæmpe misbrug af en dominerende stilling. Ifølge stævningen, som ud fra en simpel meddelelse i et privat tidsskrift vurderer selskabet Revox' markedsandel i specialhandelen med radio- og TV-apparater i Tyskland, Østrig og Schweiz, til ca. 13 %, kan selskabet og dets produkter imidlertid ikke antages at have nogen dominerende stilling på det nævnte marked. Ifølge Kommissionens og selskabets egne angi-

velser udgør selskabets markedsandel for pladespillere, forstærkere, radioer og højttalere imidlertid kun ca. 1 % af dette marked.

Selv om man i øvrigt skulle antage, at der foreligger en dominerende stilling, kan Revox imidlertid ikke, som selskabet også selv har gjort gældende, antages at have misbrugt denne stilling, eftersom virksomheden anvender et teknisk begrundet salgssystem og ikke forskelsbehandler nogen.

Ej heller med grundlag i traktatens artikel 86 kan Kommissionens beslutning altså anfægtes.

2. Den anden del af påstanden

a) Da der med andre ord ikke kan gives sagsøgeren medhold i hans påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 11. maj 1981, er det som følge af denne påstand opstillede krav om, at Kommissionen tilpligtes at træffe en ny

afgørelse, uden genstand, og kræver følgelig ikke yderligere stillingtagen.

b) Skulle Domstolen alligevel give sagsøgeren medhold i den første del af hans påstand og som følge heraf annullere den anfægtede beslutning, må det konstateres, at der ikke i EØF-traktaten — som det også er gjort gældende både af Kommissionen og af intervenienten — findes hjemmel til at pålægge intervenienten den af sagsøgeren påståede forpligtelse, eller til at fastslå eksistensen af en sådan forpligtelse. Følgelig må denne påstand afvises. Herom behøver jeg blot at henvise til, at en dom afsagt i medfør af traktatens artikel 173 i sin virkning begrænser sig til en annullation af den anfægtede retsakt. I henhold til traktatens artikel 176 er den institution, hvorfra den annullerede retsakt hidrører, herefter forpligtet til at gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger. Disse bestemmelsers ånd og formål udelukker, at artikel 173, stk. 2, skulle kunne fortolkes på den måde, sagsøgeren har gjort gældende.

Sammenfattende skal jeg derfor foreslå, at Kommissionen frifindes, og at sagsøgeren tilpligtes at afholde sagens, herunder intervenientens, omkostninger.