

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. REISCHL FREMSAT DEN 1. JUNI 1983 ¹

Høje Domstol.

Sagsøgeren i den sag, som jeg i dag skal behandle, driver sammen med sit datterselskab Telefunken-Fernseh- und Rundfunk-GmbH (TFR), som siden 1. juni 1979 udgør et selvstændigt virksomhedsområde hos AEG, virksomhed på markedet for underholdningselektronik med fremstilling og salg af fjernsyns-, radio-, lydbands-, grammofon- og audiovisuelle apparater.

I 1973 blev det besluttet, at en bestemt del af distributionen, nemlig for så vidt angår produkterne under det såkaldte »fem-stjernede program«, skulle afvikles selektivt, dvs. kun varetages af udvalgte forhandlere. Denne selektive distribution blev den 6. november 1973 anmeldt til Kommissionen i medfør af artikel 4 i forordning nr. 17/62. Under nogle i forbindelse hermed førte drøftelser blev der på forlangende af Kommissionen foretaget visse ændringer i distributionssystemet. Endelig erklærede generaldirektøren for konkurrence i en skrivelse af 17. maj 1976 om affattelsen af Telefunken's »EF-forpligtelsesattest«, som han havde modtaget den 16. marts 1976, at der ikke forelå indvendinger i relation til EØF-traktatens artikel 85, stk. 1.

Distributionssystemet anvendtes på den måde, at der med specialgrossister og specialdetailhandlere, som opfyldte bestemte betingelser, blev indgået aftaler, hvorefter AEG-Telefunken var forpligtet til kun at levere kontraktsvarene til forhandlere i den nævnte »forpligtelsesattests« forstand, og forhandlerne var

forpligtet til inden for kontraktssområdet — De europæiske Fællesskaber — kun at overdrage kontraktsvaren til forhandlere, som forinden havde dokumenteret at have underskrevet den nævnte »forpligtelsesattest«. De nævnte kontrakter blev indtil slutningen af 1978 indgået af AEG, der samtidig optrådte på TFR's vegne. Derefter optrådte i standardkontrakterne som forhandleres medkontrahent »AEG-Telefunken-Konsumgüter Aktiengesellschaft«, i AEG's navn og for dennes regning, og samtidig på vegne TFR. Distributionen foretages i Forbundsrepublikken Tyskland gennem AEG's salgskontorer eller -afdelinger, i andre medlemsstater gennem de for salget ansvarlige AEG-datterselskaber, således eksempelvis gennem AEG-Telefunken France SA (herefter benævnt ATF) og gennem AEG-Telefunken SA Belge (herefter benævnt ATBG).

I tidens løb modtog Kommissionen klager fra forskellige forhandlere, som mente at have indsigelser mod anvendelsen af AEG's distributionssystem. Dette fik Kommissionen til i juni 1979 at foretage kontrolbesøg hos TFR, ATBG og ATF, i lighed med hvad Kommissionen — i øvrigt på samme tid — gennemførte også hos andre virksomheder inden for underholdningselektronik, der anvendte selektive distributionssystemer. På grundlag af det fremkomne indledte Kommissionen ved beslutning af 29. maj 1980 en procedure i medfør af artikel 9 i forordning nr. 17 mod sagsøgeren i denne sag. Kommissionens kritik af den praktiske anvendelse af distributionssystemet blev sammenfattet i en meddelelse af klagepunkter af 2. juni 1980. Hertil tog sagsøgeren stilling i et

1 — Oversat fra tysk.

svar af 5. august 1980, under en den 19. august 1980 afholdt høring samt i yderligere skrivelser.

Min stillingtagen til denne sag er som følger:

Den 6. januar 1982 traf Kommissionen sin endelige beslutning. Efter en udførlig begrundelse, der indeholder en kritisk gennemgang af den faktiske anvendelse af distributionssystemet i Tyskland, Frankrig og Belgien tillige med en vurdering i relation til artikel 85, udtales det i beslutningens artikel 1, at den af sagsøgeren indførte salgsbinding for Telefunken-mærkevarer i den anvendte form, hvorved a) forhandlere, selv om de opfyldte kriterierne for autorisering, ikke havde adgang til disse produkter, og b) de autoriserede forhandleres salgspriser fastsattes direkte eller indirekte af AEG, udgjorde en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab. I artikel 2 blev det pålagt AEG omgående at bringe de i artikel 1 nævnte overtrædelser til ophør. I artikel 3 pålagdes AEG en bøde på 1 million ECU (= DM 2 445 780), som inden tre måneder fra meddelelsen af beslutningen skulle indbetales på en Kommissionen tilhørende konto.

Den 24. marts 1982 anlagde AEG-Telefunken sag ved Domstolen med påstand om annullation af denne beslutning.

Ved særskilt processkrift blev samtidig fremsat begæring om udsættelse af tvangsfuldbyrdelsen af den anfægtede afgørelse. Efter at sagsøgeren — som krævet af Kommissionen — den 17. marts 1982 havde stillet bankgaranti, afsagdes den 6. maj 1982 en kendelse, hvorved gennemførelsen af artikel 3 i beslutningen blev udsat mod opretholdelse af den over for Kommissionen afgivne garanti.

I — Indledningsvis skal jeg kort rede-gøre for *indholdet af AEG-Telefunken's »EF-forpligtelsesattest«*, som Kommissionen ikke havde indvendinger imod, og i kortfattet oversigtsmæssig form gennemgå, på hvilke punkter Kommissionen har set sig foranlediget til at kritisere den praktiske anvendelse af distributionssystemet.

1. I den nævnte »forpligtelsesattest« fastlægges det, hvilke betingelser specialdetail- og -engrosforhandlerne skal opfylde for at få adgang til distributionen af Telefunken-mærkevarer.

a) For detailhandlernes vedkommende kræves hovedsagelig, at de opretholder en specialforretning eller en specialafdeling inden for radio-, TV- og fonobranschen, at de er i stand til at foretage en faglig korrekt fremvisning af kontraktsvaren og yde sagkyndig rådgivning af kunderne i et repræsentativt salgsslokale, at de kan yde en upåklagelig garanti- og kundeservice ved hjælp af et sagkyndigt værksted, at de fører et komplet register over serienumre, samt at de overholder konkurrencereglerne.

b) For specialgrossisterne gælder, at de skal indkøbe kontraktsvaren for egen regning og principielt ikke med henblik på videresalg, og at de skal bistå både producenten og detailhandelen ved at foretage regelmæssige indkøb og tilsvarende sørge for at levere i passende omfang til specialdetailhandlerne. Også specialgrossisterne er forpligtet til at føre et komplet register over serienumre, samt til at overholde konkurrencereglerne.

2. Kommissionen mener, at sagsøgeren i praksis har stillet betingelser herudover, og at det om sagsøgeren derfor kan hævdes, at selskabet ved den faktiske anvendelse af distributionssystemet har tilsidesat EØF-traktatens artikel 85, stk. 1.

a) Således har sagsøgeren principielt fulgt den politik kun at betjene den *traditionelle* specialdetail- og -engroshandel, men ikke nye salgsformer, der er kendetegnet ved en aggressiv prispolitik, såsom lavprisvarehuse. Dette hævdes at være dokumenteret ved hjælp af forskellige konkrete tilfælde i Forbundsrepublikken Tyskland, Belgien og Frankrig, hvoraf det også fremgår, at der for optagelse i distributionssystemet har været stillet supplerende betingelser, der ikke kan anses som kvalitative udvælgelseskriterier.

b) Endvidere skulle sagsøgeren i Frankrig have tilstræbt at sikre autoriserede forhandlere *områdebeskyttelse*, hvilket må karakteriseres som anvendelse af *kvantitative* udvælgelseskriterier.

c) Endelig skulle sagsøgeren i forbindelse med salgsbindingen have forfulgt den politik at holde stabile detailhandelspriser og at fremkalde et ensartet, højt prisniveau. I dette øjemed — hævder Kommissionen — er der truffet aftale med aftagerne om overholdelse af et bestemt prisniveau, etableret prisaftaler mellem franske forhandlere, rettet opfordring til forhandlere om at overholde bestemte priser, samt udøvet indirekte prispåvirkning gennem ydelse af bestemte fordele.

II — Inden jeg går ind på holdbarheden af de af Kommissionen rejste klagepunkter og den af sagsøgeren til sit

forsvar fremførte argumentation, finder jeg det desuden hensigtsmæssigt at omtale Domstolens hidtidige *praksis vedrørende selektive distributionssystemer*.

1. Således udtaltes det i dommen i sag 26/76¹, at sådanne distributionssystemer er forenelige med EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, »såfremt udvælgelsen af videreforhandlere sker på grundlag af objektive kvalitetskriterier for videreforhandlerens og hans personales faglige dygtighed og hans salgsløkalers beskaffenhed, og såfremt disse betingelser fastsættes ens for alle mulige videreforhandlere og anvendes uden diskriminering« (præmis 20).

Tilsvarende udtalelser foreligger i dommene i retssagerne 99/79², 31/80³ og 126/80⁴. Således fremhæves det også i de to førstnævnte domme, at når adgangen til et selektivt distributionsystem er undergivet betingelser, der går videre end en simpel objektiv udvælgelse på kvalitativt grundlag, særligt når adgangen beror på kvantitative kriterier, er distributionssystemet i princippet omfattet af forbundet i artikel 85, stk. 1 (præmis 21 i dommen i sag 99/79 og præmis 17 i dommen i sag 31/80). Endvidere bør det — da det spiller en rolle i sagsøgerens argumentation — bemærkes, at der i dommen i sag 126/80⁴ i stedet for videreforhandlerens

1 — Dom af 25. 10. 1977 i sag 26/76, Metro SB-Großmarkt GmbH & Co. KG mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1977, s. 1875.

2 — Dom af 10. 7. 1980 i sag 99/79, SA Lancôme og Cosparrance Nederland BV mod Etos BV og Albert Heyn Supermarkt BV, Sml. 1980, s. 2511.

3 — Dom af 11. 12. 1980 i sag 31/80, NV l'Oréal og SA l'Oréal mod PVBA De nieuwe Amck, Sml. 1980, s. 3775.

4 — Dom af 16. 6. 1981 i sag 126/80, Maria Salonia mod Giorgio Poidomani og Franca Giglio, enke efter Baglieri, Sml. 1981, s. 1563.

faglige egnethed tales om deres »faglige dygtighed«¹.

Det bør endvidere nævnes, at det i dommen i sag 26/76² fremhæves, at disse salgssystemer almindeligvis ikke udelukkende, ja end ikke i overvejende grad lægger vægt på priskonkurrencen, og at bestræbelsen på for specialgrossisters og specialdetailhandlers vedkommende at opretholde et bestemt prisniveau hører til de mål, som kan forfølges uden nødvendigvis at falde ind under forbudet i artikel 85, stk. 1 (præmis 21). På den anden side fremhæves det også i samme dom, at Kommissionen skal drage omsorg for, at prisstrukturen ikke yderligere stivner, hvilket vil kunne ske, såfremt antallet af selektive distributionsnet til afsætning af den samme vare vokser (præmis 22).

2. Herefter kan umiddelbart fastslås følgende forhold, der er af betydning for den foreliggende sag:

a) Der kan for autorisation til et selektivt distributionssystem ikke anvendes andre og strengere betingelser for særlige grupper, såsom i den foreliggende sag lavprisvarehuse, da der for alle forhandlere skal gælde samme kvalitative betingelser. Såfremt de kvalitative betingelser for autorisering er opfyldt, kan forhandlere ikke afvises med den begrundelse, at det eksisterende antal af autoriserede forhandlere i et bestemt område er tilstrækkeligt til at forsyne dette, da noget sådant ville betyde en kvantitativ

udvælgelse. Når de almindelige betingelser er opfyldt, kan der heller ikke stilles supplerende betingelser, såsom tilsagn om at overholde et bestemt prisniveau eller om at begrænse videresalget til bestemte aftagere.

Desuden bør det også her tilføjes, at sagsøgeren efter min opfattelse ikke har ret, når selskabet ud fra anvendelsen af begrebet »Leistungsfähigkeit«³ i dommen i sag 126/80³ slutter, at der hermed — som lovligt, kvalitativt kriterium — er ment forhandlernes *økonomiske* kapacitet. Hertil taler ikke alene dommens franske version, der benytter udtrykket »capacité«, men også det forhold, at begrebet »Leistungsfähigkeit« vedrører såvel videreforsandleren som dennes personale, i hvilken forbindelse det ville være åbenbart meningsløst at tale om *økonomisk* kapacitet. Det må således i realiteten antages, at »Leistungsfähigkeit« ikke betyder andet end den faglige egnethed, der tales om i de øvrige nævnte domme.

b) Selv om der i dommen i sag 26/76² tales om en lovlig bestræbelse fra specialgrossisters og -detailhandlers side på at opretholde et bestemt prisniveau, så giver dette dog intet holdepunkt for, at forfølgelsen af dette mål — uanset midler — på ingen måde kan være omfattet af artikel 85, stk. 1. Såfremt et sådant mål forfølges ved hjælp af aftaler mellem parterne i en salgsbindingsaftale eller gennem etablering af aftaler mellem videreforsandlerne, så ville jeg under ingen omstændigheder betegne en sådan fremgangsmåde som ukritisabel, idet visse af de i artikel 85, stk. 1, udtrykkeligt nævnte faktiske betingelser her tydeligvis er opfyldt. Det nævnte udsagn

1 — O. a.: i den tyske affattelse: »Leistungsfähigkeit (capacité)«, på dansk: kapacitet.

2 — Dom af 25. 10. 1977 i sag 26/76, Metro SB-Großmarkte GmbH & Co. KG mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1977, s. 1875.

3 — Dom af 16. 6. 1981 i sag 126/80, Maria Salonia mod Giorgio Poidomani og Franca Giglio, enke efter Baglieri, Sml. 1981, s. 1563.

sigter efter min opfattelse heller ikke til det tilfælde, at en producent ensidigt gennemtrumfer sin opfattelse vedrørende priserne, f.eks. ved trussel om ophævelse af kontrakten, idet dette uden tvivl ville kunne sidestilles med en efterfølgende indførelse af en supplerende og dermed ulovlig optagelsesbetingelse. Derimod synes det vel i princippet forsvarligt — såfremt det nævnte udsagn overhovedet skal tillægges en selvstændig fornuftig mening — at antage, at der sigtes til rent ensidige prisbefalinger, der i form af en uforpligtende orientering skal give handelen oplysning om mulige markedspriser, hvilket må anses for ukritisabelt.

III — Efter disse indledende bemærkninger skal jeg som første punkt beskæftige mig med den del af sagen, der vedrører spørgsmålet om diskriminering ved autorisation af forhandlere, herunder ydelse af områdebeskyttelse i bestemte tilfælde. I denne forbindelse vil jeg begynde med at undersøge de i kommissionsbeslutningen anførte konkrete tilfælde og i tilslutning hertil komme ind på den generelle kritik, der fremføres i beslutningen i forbindelse med drøftelsen af det nævnte spørgsmål under overskrifterne »Indførfingsfasen«, »Almindelig salgspolitik i Tyskland« og »Almindelig salgspolitik i Frankrig«.

1. Manglende autorisation af forhandlere i Tyskland

Her er tale om to tilfælde: leveringsnægtelsen over for det i maj 1976 i Kassel åbnede Ratio-Markt, der tilhører kæden af detailforretninger (lavprisvarerhus), som ejes af firmaet Terfloth & Snoek GmbH, samt det leveringsstop, der i december 1976 blev iværksat over for

den autoriserede grossist Harder i Villingen, tillige med de relevante begivenheder i forbindelse med forsøget på af få leveringsstoppet ophævet.

a) Ratio-Markt i Kassel

Jeg behøver ikke her gennemgå alle enkelthederne i denne sag, men henviser herom til retsmøderapporten og sagsakterne. Efter sagsøgerens opfattelse kan der kun tales om et diskriminerende afslag på autorisation, såfremt det er fastslået, at en forhandler har opfyldt betingelserne i henhold til distributions-systemet. I Ratio's tilfælde var — hævder sagsøgeren — specialhandelskriterierne ikke opfyldt, og sagsøgeren kunne derfor — i overensstemmelse med sin forpligtelse over for forhandlerne — ikke optage Ratio-Markt i sit distributions-system. Heroverfor mener Kommissionen, at det fremgår af et notat af 6. april 1976 vedrørende et første besøg hos Ratio (svarskriftets bilag 7), at sagsøgerens repræsentanter selv var af den opfattelse, at Ratio-Markt »i det væsentlige« opfyldte specialhandelskriterierne. Dette er dog til syvende og sidst uden betydning, da en diskriminering også foreligger, når et andet forhold, som eksempelvis den frygtede prisadfærd, har været afgørende for nægtelse af autorisation. Dette må der gås ud fra i Ratio-tilfældet, da det spillede en væsentlig rolle for leveringsnægtelsen, at det drejede sig om et »lavprisvarerhus« samt at der ikke kunne opnås enighed om markedspriserne, jfr. det nævnte notat. Endvidere må det — stadig ifølge Kommissionen — i hvert fald bebrejdes sagsøgeren, at denne overhovedet ikke har villet gøre det muligt for Ratio at blive optaget, idet sagsøgeren ikke har oplyst, hvilke de angiveligt uopfyldte autoriseringsbetingelser var, selv efter at Ratio i en skrivelse af 22. december 1976 havde gentaget sin anmodning om levering og i denne

forbindelse udtrykkeligt havde tilbudt at opfylde enhver betingelse fra sagsøgerens side.

Efter min opfattelse kan man kun tale om en diskriminerende anvendelse af betingelserne for distributionssystemet, når levering nægtes trods opfyldelse af *alle* autoriseringsbetingelserne, dvs. når *supplerende* kriterier har været afgørende i relation til en aftage. Spørgsmålet, om betingelserne for autorisation var opfyldt, kan man derfor givetvis ikke lade henstå under henvisning til, at leveringsnægtelsen under aller omstændigheder var begrundet med andre motiver, idet man i modsat fald efter omstændighederne ville komme til at ramme en rent subjektiv indstilling, uden at der var godtgjort at foreligge en objektiv tilside-sættelse af konkurrencereglerne.

For så vidt angår Ratio-Markt i Kassel kan det således givetvis ikke udledes af notatet af 6. april 1976, at sagsøgerne selv har været af den opfattelse, at Ratio »i det væsentlige« har opfyldt specialhandelskriterierne, hvilket i øvrigt ikke ville kunne sidestilles med en *fuldstændig* opfyldelse af disse. Efter den i slutningen af andet afsnit i det nævnte notat valgte formulering, hvor man benytter ordet »skal«, er det klart, at der her kun videregives oplysninger fra Ratio. Det drejer sig således ikke om sagsøgerens repræsentanters bedømmelse; denne kunne heller ikke foretages endeligt på daværende tidspunkt, fordi forretningen endnu ikke var åbnet, og den måde, hvorpå forretningen løbende drives (baggrundsmusik, disponibelt salgspersonale), givetvis spiller en rolle som grundlag for en realistisk bedømmelse. Sagsøgerens egen bedømmelse skulle derimod, hvilket også fremgår af notatet, finde sted i slutningen af maj.

Omvendt er der en del, der taler for, at der var gode grunde til, at den derefter foretagne bedømmelse havde et negativt udfald. Således hedder det i en skrivelse fra Ratio's advokat af 22. december 1976 (stævningens bilag 40), at det i slutningen af maj blev påtalt, at der hos Ratio manglede en selvstændig specialafdeling, samt at der var oplagret for mange varer i originalemballage i salgslokalerne. Noget sådant strider mod de i »EF-forpligtelsesattesten« under II-1, litra c), nævnte krav om en »fagmæssigt korrekt fremvisning« og rådighed over et »repræsentativt salgslokale«. Noget tilsvarende indrømmes også i en skrivelse af 2. oktober 1980 fra Ratio's advokat til Kommissionen (svarskriftets bilag 7). Desuden er det ikke alene værd at bemærke, at Ratio ikke har forsøgt at gennemvinge levering ad rettens vej, og at firmaet ikke har appelleret afgørelserne i de retssager, som sagsøgeren gennemførte i 1978 i anledning af, at Ratio havde skaffet sig salgsbundne varer under tilsidesættelse af salgsbindingen. Det er desuden betegnende, at tilsvarende kritikpunkter, hvis rigtighed firmaet Ratio ikke har afkræftet, atter forekommer i en besøgsrapport af 30. oktober 1980 (stævningens bilag 53), og at sagsøgeren også kunne påtale — spørgsmålet berøres allerede i besvarelsen af meddelelsen af klagepunkter under henvisning til konkrete undersøgelser — at Ratio ikke rådede over et tilstrækkeligt stort faguddannet personale, idet kun den ene af de tre sælgere, der havde ansvaret for et stort salgsareal, oplystes at have en faglig uddannelse.

Desuden har man efter min opfattelse heller ikke det indtryk, at det er tilstrækkeligt godtgjort, at den *afgørende begrundelse* for sagsøgerens leveringsnægtelse over for Ratio var det forhold, at det drejede sig om et »lavprisvarehus«,

samt at der ikke kunne opnås enighed om markedspriserne. Hvad det første punkt angår, kan intet udledes af de vedrørende Ratio-tilfældet fremlagte dokumenter. Hvad det andet punkt angår, må det erkendes, at Kommissionen kunne påberåbe sig det sidste afsnit i notatet af 6. april 1976, hvori det hedder: »Spørgsmålet om markedsprisdannelsen blev drøftet, men der opnåedes ingen enighed herom. Markedsprisdannelsen afhænger af drøftelsen i Kassel«¹. Imidlertid kan det for det første ikke afvises, at den første af de citerede sætninger vedrører de ikke-salgsbundne varer i »Ratio-listing for 1976«, der omtales i den foregående sætning. For det andet er det heller ikke blevet godtgjort, at markedsprisstrukturen rent faktisk er tillagt afgørende betydning. Dette havde man let kunnet bringe på det rene ved at rette henvendelse til Ratio, således som det jo i øvrigt også skete. Under alle omstændigheder er det påfaldende, at spørgsmålet ikke omtales med ét eneste ord i de udførlige bemærkninger, som Ratio i oktober 1980 fremsatte over for Kommissionen.

For så vidt angår Kommissionens kritik af, at Ratio ikke på grundlag af sin erklærede villighed i skrivelsen af 22. december 1976 har fået mulighed for at opfylde alle betingelserne for autorisation på grundlag af en præcisering af de uopfyldte betingelser, forekommer det mig overordenlig tvivlsomt, om dette også ville berettigede til at tale om en ukorrekt anvendelse af distributionssystemet. Under alle omstændigheder — og helt bortset fra, at konkrete indvendinger var blevet nævnt, jfr. skrivelsen fra Ratio af 22. december 1976 — må man indrømme, at der her er tale om et helt nyt synspunkt vedrørende vurderingen af et distributionssystems faktiske anvendelse, og at man derfor vanskeligt kan

antage, at der foreligger subjektiv tilregnelser, navnlig da det følger af tysk ret — sagsøgeren har herved påberåbt sig dommen i sag 14/68² — at det ikke er tilstrækkeligt, at der er *villighed* til at opfylde specialhandelskriterier, men at disse *rent faktisk skal foreligge opfyldt*, når et krav om levering fremsættes, jfr. Bundesgerichtshof's dom af 30. juni 1981, KZR 11/80.

Tilfældet Ratio-Markt er således ikke egnet som bevis for en diskriminerende autoriseringspraksis, hvorfor det må lades *ude af betragtning* ved bedømmelsen af sagsøgerens faktiske anvendelse af distributionssystemet.

b) Harder (Villingen)

Her drejer det sig ikke om den oprindelige autorisation af en forhandler som specialgrossist, men derimod om, hvorledes sagsøgeren behandlede en autoriseret forhandler, efter at der over for forhandleren var dekretet leveringsstop i begyndelsen af december 1976 på grund af overtrædelser af salgsbindingen i form af gentagne leveringer af større mængder varer til uautoriserede detailhandlere (jfr. herved skrivelse af 15. december 1976 fra salgskontoret i Freiburg, stævningens bilag 55). I betragtning af, at det i den nævnte skrivelse også udtrykkeligt erklæres, at Harder er parat til at påtage sig følgende supplerende forpligtelser udover salgsbindingserklæringen:

»2) Udtrykkeligt erklære, at ingen lavprisvarehuse eller tilsvarende virksomheder modtager vores produkter fra ham.

1 — O.a.: Dette og følgende citater fra sagsakterne gengives i uofficielle oversættelser.

2 — Dom af 13. 2. 1969 i sag 14/68, Walt Wilhelm m.fl. mod Bundeskartellamt, Sml. 1969, s. 1.

3) Ikke drive virksomhed med vores produkter i andre EF-lande»,

mente Kommissionen, at der også her forelå et tilfælde af diskriminerende anvendelse af distributionssystemet, fordi sagsøgeren ikke stillede sig tilfreds med opfyldelsen af de i »EF-Forpligtelsesattesten« nævnte faglige betingelser, som utvivlsomt var opfyldt for Harder's vedkommende.

Efter min opfattelse er det lige så uberetiget, når Kommissionen har anført dette tilfælde som dokumentation for en diskriminerende autorisationspraksis som tilfældet Ratio-Kassel.

For det første er det vigtigt, at der vel næppe foreligger strid om, at sagsøgeren med rette havde besluttet at stoppe leveringerne til Harder. Ifølge punkt VI, litra a), i »EF-forpligtelsesattesten« kan fortsat levering til en forhandler således indstilles, når han overtræder forpligtelserne ifølge salgsbindingen, og Kommissionen har aldrig for alvor rejst tvivl om, at Harder havde overtrådt sine forpligtelser ifølge »EF-forpligtelsesattestens« punkt V, 2.

Det er dernæst af betydning, at det for så vidt angår samtalen om en mulig fortsættelse af forretningsforbindelsen, hvormod skrivelsen af 15. december 1976 handler, kun er blevet noteret, at Harder var *parat* til at indgå supplerende forpligtelser. Det ses imidlertid ikke, at dette er blevet *knevnet* af sagsøgerens salgskontor i Freiburg som betingelse for genoptagelse af leveringen. Men selv om det måtte antages, at salgskontoret i Freiburg tog et sådant initiativ, er dette til syvende og sidst uden betydning, da den endelige afgørelse af, hvorledes Harder-tilfældet skulle behandles, ville ligge hos TFR,

jfr. sidste sætning i skrivelsen af 15. december 1976. Vedrørende dette punkt er det imidlertid under sagens behandling kommet frem, at den endelige ophævelse af forretningsforbindelsen blev foretaget af TFR af andre grunde. Af den fremlagte korrespondance fremgår det nemlig, at man af Harder forlangte en redegørelse for overtrædelserne, afgivelse af en undladelsererklæring og som fastsat i »forpligtelsesattesten« betaling af de af overtrædelserne forårsagede omkostninger. I skrivelser fra en advokat af 29. august og 7. september 1977 blev alene dette stillet som betingelse for en ophævelse af leveringsstoppet. Disse betingelser blev imidlertid ikke opfyldt trods flere erindringsskrivelser. Derimod konstaterede man yderligere ulovlige leveringer og urigtige oplysninger om afsætningskanaler samt tomme udflugter. Derefter blev forbindelsen tilsyneladende endeligt afbrudt i september 1977, uden at Harder har gjort nogen som helst anstrengelser for at opnå en genoptagelse.

Tilfældet Harder kan således ikke anses som dokumentation for en diskriminerende anvendelse af distributionssystemet, da det alene drejer sig om et tilfælde af korrekt eksklusion på grund af begåede overtrædelser såvel som manglende villighed til at give garanti for en korrekt gennemførelse af salgsbindingen.

2. Manglende autorisation af en belgisk forhandler

Det drejer sig her om grossisten Diedereichs, med hvem der i september 1977 førtes forhandlinger om en normalisering af hans aktiviteter (jfr. notat af 29. september 1977, svarskriftets bilag 16), efter at Diederichs i lang tid havde vakt opmærksomhed ved sine forretningsmæs-

sige aktiviteter, der indebar omgåelse af de enkelte landes agenturer og salg af Telefunken-apparater under ATBG's salgspriser. I det nævnte notat anføres blandt andet, at Diederichs praktisk talt ikke har nogen administration, at elleve lastvognschauffører betjener hele Belgien på faste ruter, og at der ikke eksisterer nogen salgs-eller serviceorganisation. I et telex fra midten af oktober 1977 (stævningens bilag 64) blev det om dette tilfælde fremhævet, at en optagelse i distributionssystemet, »såfremt kriterierne for salgsbinding overhovedet er opfyldt«, først kan ske, når der er afgivet skriftlige erklæringer om at afstå fra konkurrenceretsovertrædelser for fremtiden. I en rapport fra ATBG til TFR af 24. oktober 1977 (svarskriftets bilag 16) anføres det endvidere, at Diederichs har indgået en salgsbindingskontrakt med virksomheden Grundig, og det udtales, at en sådan kontrakt også ville være mulig med Telefunken. Der var imidlertid gjort følgende tilføjelse: »Det fremgår imidlertid af drøftelserne, at Diederichs ikke vil acceptere en afstemning af priserne, som gør hans aktivitet forenelig med vor«. Endelige blev det i et notat af 28. oktober 1977 (stævningens bilag 65) om tilfældet Diederichs nævnt, at man af salgspolitiske grunde skulle give afkald på at koble Diederichs ind, da det fremgik af senere førte samtaler, at Diederichs ikke var indstillet på at overholde noget som helst af ATBG anbefalet prisniveau for de belgiske detailhandlere, og fordi der følgelig måtte befrygtes en betydelig prisuro på det samlede belgiske marked. Da der ydermere ikke var fremsat juridiske indvendinger imod at afslå en salgsbindingskontrakt med Diederichs, idet de tidligere krænkelser var tilstrækkelig begrundelse herfor, fandt man ingen anledning til at fortsætte de med Diederichs indledte drøftelser.

Hvad dette tilfælde angår, så har jeg efter alt, hvad der er blevet fremført i

sagen, det indtryk, at det med rette påberåbes af Kommissionen som dokumentation for en ukorrekt faktisk anvendelse af distributionssystemet, og at sagsøgerens forsvar, nemlig i første række, at Diederichs i virkeligheden ikke opfyldte de kvalitative betingelser for autorisation, forekommer lidet overbevisende.

For så vidt angår de af sagsøgeren påberåbte tidligere konkurrenceretsstridige forhold fra Diederichs' side, er for det første vigtigt, at ifølge det førnævnte sagsnotat af 28. oktober 1977 var Diederichs' påståede konkurrenceretlige forseelser ganske klart ikke det afgørende motiv for afbrydelsen af forhandlingerne med Diederichs. Og selv om det for det andet må indrømmes, at forhandlerne ifølge »EF-forpligtelsesattesten« er forpligtet til at overholde konkurrenceretlige bestemmelser, så gælder dette helt åbenbart kun for tiden *efter* optagelsen i distributionssystemet. Tidligere begåede overtrædelser kan følgelig allerhøjest være relevante, hvis de efter antal og omfang kan begrunde en frygt for, at de ville blive fortsat også efter optagelsen i distributionssystemet. Tilfældet Diederichs indeholder dog ikke tilstrækkelig støtte for noget sådant. Det kan i så henseende næppe være tilstrækkeligt — og mere blev ikke fremført — at det belgiske økonomiministerium, som anført af sagsøgeren, i 1975 behandlede og åbenbart henlagde en sag mod Diederichs i anledning af beskyldninger for illoyal konkurrence, eller at Diederichs på grund af vildledende reklame blev domfældet ved en af Handelsretten i

Tongeren afsagt dom af 8. januar 1976, som blev stadfæstet af appelretten i Antwerpen ved dom af 27. juni 1977.

For så vidt som sagsøgeren endvidere navnlig har gjort gældende, at Diederichs i virkeligheden ikke opfyldte specialhandelskriterierne i sagsøgerens »EF-forpligtelsesattest«, er selskabets henvisning til Diederichs' økonomiske situation, som man allerede havde søgt oplysning om i september 1977, og om hvilken det i en skrivelse af 19. oktober 1977 (stævningens bilag 66) hed, at Diederichs' situation var »prekær«, ikke overbevisende. Det er således — som allerede påvist — ikke berettiget, når sagsøgeren antager, at også en forhandlers økonomiske kapacitet ifølge retspraksis på området skal anses som en relevant, kvalitativ betingelse for autorisation. Tilsvarende gælder sagsøgerens påberåbelse af, at Diederichs ikke var i stand til at præstere garantiydelser og kundeservice — i hvilken forbindelse Kommissionen med rette har gjort gældende, at noget sådant ifølge »forpligtelsesattesten« ikke påhviler grossisterne, men detailhandlerne — og det samme gælder for det argument, at Diederichs ikke var parat til at meddele nødvendige oplysninger, idet der i notatet af 29. september 1977 jo kun tales om, at Diederichs ikke er parat til at stille sit kundekartotek til disposition med henblik på en aftale om, til hvilke kunder han ikke skal levere, hvilket næppe kan anses som et blankt afslag på at meddele oplysninger. Hvis der i øvrigt på grundlag af sagsøgerens indlæg under sagen skulle opstå det indtryk, at en streng efterprøvelse kunne have hidført berettiget tvivl om Diederichs opfyldelse af specialhandelskriterierne — navnlig

under hensyn til det begrænsede personale og den manglende eksterne organisation, som gjorde det umuligt at foretage regelmæssig akkvisition, kundekontrol og kundevejledning i henhold til aftalen — så har Kommissionen vel med rette anset dette anbringende for i virkeligheden kun at repræsentere en efterfølgende begrundelse. Det afgørende er således, at disse forhold ikke er betegnet som væsentlige i noget af de nævnte dokumenter, tværtimod finder man i skrivelser af 24. oktober 1977 en udtalelse om, at Diederichs har indgået en — åbenbart lignende — salgsbindingskontrakt med Grundig, med følgende konklusion tilføjet: »En sådan kontrakt ville også være mulig for Telefunken«.

Hvad endelig angår sagsøgerens anbringender vedrørende prisdrøftelser — det drejede sig angiveligt ikke om detailpriserne, som Diederichs ikke kendte, men om hans indkøbspriser, og det drejede sig om at undgå, at der i Diederichs' tilfælde skete en overtrædelse af belgisk lovgivning, i henhold til hvilken ATBG skulle meddele nettobasispriserne for specialhandelen til ministeriet og på denne pris kun måtte yde en bestemt maksimumsrabat, og således ikke en særlig avance som krævet af Diederichs — skal hertil bemærkes, at ingen af de fremlagte dokumenter omtaler sidstnævnte grund som en hindring for optagelse. Det er tillige helt klart efter notatet af 28. oktober 1977, i hvilket afbrydelsen af drøftelserne med Diederichs omtales, uden at man går nærmere ind på noget spørgsmål vedrørende specialhandelskriterierne, at det eneste forhold af betydning var Diederichs' manglende villighed til »at overholde noget som helst af ATBG anbefalet pris-

niveau for de belgiske detailhandlere«, hvorfor man frygtede »en betydelig prisuro på det samlede belgiske marked«.

Det kan på dette grundlag følgelig ikke bestrides, at Kommissionen med rette bedømmer behandlingen af den belgiske grossist Diederichs som et tilfælde af diskriminerende afslag på optagelse i distributionssystemet, fordi det afgørende moment for udelukkelsen ikke var specialhandelskriterierne, men et andet og dermed ulovligt moment, nemlig prisdannelsen.

3. *Manglende autorisation af forhandlere i Frankrig*

Af interesse er her tre tilfælde, i hvilke optagelse i sagsøgerens distributionssystem først fandt sted efter afgivelse af bestemte tilsagn vedrørende fastsættelsen.

a) Vedrørende tilfældet med forretningskæden *Auchan* fremgår det af et af Kommissionen fremlagt dokument (notat af 21. marts 1978, svarskriftets bilag 9, afsnit A), at det i foråret 1971 blev fastslået, at Auchan solgte produkter fra konkurrerende fabrikanter »til kostpris plus moms«, og at en filial i Strasbourg i de sidste to år havde skabt store problemer, fordi den solgte Telefunken-apparater til »ekstremt lave priser«, hvorfor man hidtil ikke havde imødekommet bestillinger fra Auchan. På grund af yderligere pres fra dette firma for at opnå autorisation blev derpå åbenbart — således som sagsøgeren

uimodsagt har anført — i juni 1978 krævet oplysninger med henblik på bedømmelsen af specialhandelskriterierne, hvilke oplysninger dog ikke blev meddelt. Efter at repræsentanter for sagsøgeren ved besøg havde konstateret, at betingelserne var opfyldt, blev Auchan i begyndelsen af november 1978 optaget som forhandler. Herom findes der i et ligeledes af Kommissionen fremlagt dokument (notat af 20. oktober 1978, svarskriftets bilag 9, afsnit c), ikke alene den udtalelse, at Auchan er i stand til at underskrive sagsøgerens »forpligtelsesattest«, men også følgende bemærkning, som Kommissionen navnlig tillægger vægt: »[Firmaet vil] som modydelse for vore leverancer . . . være indforstået med at indstille enhver annoncering for vore fjernsynsapparater og følge vore vejledende priser, hvis ingen anden forretning — uanset arten — forlanger lavere priser i den by, hvor disse varer sælges«.

Heroverfor har sagsøgeren i sit svar på meddelelsen af klagepunkter gjort gældende, at Auchan altid har gjort sig bemærket ved pågående metoder i sine annoncer og navnlig ved at reklamere under angivelse af kostpriser og minimalpriser. Dette kan dokumenteres gennem en række skrivelser fra firmaet Thomson-Brandt fra 1977-1980, hvor der tales om ulovlige »prix d'appel« (lavpristilbud) hos Auchan, hvilket til slut førte til leveringsstop over for dette firma. Desuden har sagsøgeren ment at kunne henvise til et ATF-dokument af november 1979, som på grundlag af en sammenligning af indkøbs- og salgspriser viser, at Auchan gennem ydelse af gratis garanti og ydelse af gratis kredit på seks måneder åbenbart har udøvet illoyal konkurrence. Det måtte herefter antages, at Auchan — i strid med fransk lovgivning — for at lokke kunder til sig solgte under indkøbsprisen (inklusive samtlige omkostninger) og således skadede mærket Telefunken's renommé. Der

forelå derfor problemer med Auchan's autorisation henset til det i »forpligtelsesattesten« indeholdte påbud om at overholde konkurrenceretlige bestemmelser. Drøftelserne i oktober 1978 vedrørte alene dette og havde kun til formål at sikre overholdelsen af konkurrenceretligt lovlige priser, som Auchan i virkeligheden ikke overholdt.

Efter min mening kan man heller ikke på dette punkt give sagsøgeren ret. Man behøver ikke i denne forbindelse tage stilling til, om den systematiske anvendelse af lavpristilbud fra en forhandlers side virkelig berettiger til at udelukke ham fra distributionssystemet, og om sagsøgeren tilstrækkeligt har dokumenteret, at Auchan tidligere har begået konkurrenceretlige forseelser, i hvilket øjemed de af sagsøgeren påberåbte dokumenter, der stammer fra tidspunktet efter autoriseringen af Auchan, næppe er tilstrækkelige. Afgørende er — herpå kunne Kommissionen støtte sig — ordlyden i notatet af 20. oktober 1978. I dette notat er der helt klart tale om en aftale om ikke at annoncere med Telefunken-fjernsyn. Desuden tales der ikke om konkurrenceretsstridige priser, men om overholdelse af Telefunken's vejledende priser og muligheden for i hver enkelt by at tilpasse sig de dér anvendte lavere priser.

Det kan således hævdes, at der for optagelsen af Auchan er blevet stillet en supplerende betingelse, som ikke vedrørte specialhandelskriterierne — en betingelse, der var rettet mod at udelukke lovlig markedsadfærd. Dette kan kun anses som en diskriminerende, faktisk anvendelse af distributionssystemet, som Kommissionen under hensyn til Domstolens indledningsvis gennemgående praksis med rette har gjort indsigelse imod.

b) En tilsvarende situation foreligger efter Kommissionens opfattelse i tilfældet *Mammouth* (Toulouse).

Kommissionen har her henvist til et notat fra ATF af 20. oktober 1978 (svarskriftets bilag 10), hvorefter ATF først var rede til at levere til dette varehus — Mammouth's hovedkontor var på daværende tidspunkt åbenbart ikke interesseret i at optage forretningsforbindelse med ATF — efter at lederen af Mammouth (Toulouse)'s radio- og fjernsynsafdeling havde lovet at »overholde de priser, som i almindelighed forlanges i byen Toulouse«.

Sagsøgeren har heroverfor i første række indvendt, at tilfældet Mammouth ikke er nævnt i klagepunkterne, men for første gang er nævnt i den anfægtede beslutning, hvilket formentlig skal forstås derhen, at dette tilfælde skal lades ude af betragtning på grund af tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet under den administrative sag. Endvidere har sagsøgeren gjort gældende, at det passerende kun kan forstås, såfremt man ved, at indkøberen hos Mammouth (Toulouse), således som det fremgår af notatet af 20. oktober 1978, forsøgte at tvinge autoriserede grossister til at levere under trussel om i slutningen af oktober at indrykke en annonce med »bundpriser«. Dette måtte i første række forhindres. Desuden drejede samtalerne med Mammouth (Toulouse), således som det fremgår af en erklæring fra ATF af 15. februar 1982 (stævningens bilag 57), sig alene om at få firmaet til at afholde sig fra at sælge til ulovlige priser i forhold til gennemsnitsprisen, nemlig til kostprisen, det vil i realiteten sige, at der blev stillet krav om overholdelse af den i »forpligtelsesattestens« punkt II, 1, litra f), nævnte forpligtelse.

For så vidt angår den første del af denne argumentation, er det ganske vist rigtigt,

at en beslutning truffet i henhold til artikel 85 kun må indeholde de i klagepunkterne nævnte overtrædelser, og at klagepunkterne må udvides, såfremt nye faktiske forhold skal føres i marken mod en virksomhed, således at virksomheden har lejlighed til at fremsætte sine bemærkninger (jfr. domme i sagerne 41/69¹ og 51/69²). Det er imidlertid ligeledes rigtigt, at en beslutning kan indeholde supplerende beviser for forhold, som allerede er blevet gjort gældende (dom i sag 54/69³), og at en udvidelse af klagepunkterne blandt andet kun kræves, såfremt beviset for de omtvistede overtrædelser støttes på et væsentligt ændret grundlag (dom i sag 51/69²). I den foreliggende sag er det i meddelelsen af klagepunkter gjort gældende, at såkaldte lavprisvarer i Frankrig kun blev optaget i distributionssystemet, såfremt de tilpassede sig ATF's prisforestillinger, og at virksomheder, der var toneangivende på markedet, ikke fik overladt noget spillerum for så vidt angik bestemmelse af priserne. Herefter må man faktisk være af den opfattelse, at Mammouth hører til den pågældende tilfældegruppe, og at omtalen af tilfældet derfor kun har betydning som yderligere dokumentation for allerede nævnte klagepunkter; og da beviset for overtrædelserne således ikke hviler på et væsentligt ændret grundlag, har det i denne forbindelse ikke været nødvendigt med nye klagepunkter. Desuden bør det ikke overses, at Kommissionen støtter sig på et dokument, som blev kopieret hos ATF med dennes vidende. Der er således ikke tale om et for sagsøgeren ukendt doku-

ment, men om et dokument, som sagsøgeren måtte regne med ville blive benyttet. Der kan således ikke antages at foreligge en tilsidesættelse af sagsøgerens ret til kontradiktion, trods manglende særskilt meddelelse om tilfældet Mammouth og følgelig er det ikke nødvendigt at lade dette forhold ude af betragtning.

Desuden må jeg i princippet tilslutte mig Kommissionens konkurrenceretlige vurdering. Selv om der i dokumentet af 20. oktober 1978 også tales om en trussel om en annoncekampagne med »bundpriser«, som kunne bremses, kan dette for det første ikke sidestilles med »indkøbspriser«, hvorom der tales i notatet af 15. februar 1982. For det andet er det vigtigt, at der i det førstnævnte notat kun tales om »de priser, som i almindelighed forlanges i byen Toulouse«, mens der ingen støtte er for, at man udelukkende har haft til hensigt at hindre konkurrenceretsstridige »indkøbspriser«.

Det kan herefter fastslås — og i øvrigt uden at det forekommer nødvendigt at afhøre vidner vedrørende meningen med de trufne aftaler — at der også i tilfældet Mammouth er blevet stillet supplerende betingelser for at levere i form af afkald på en bestemt priskonkurrence, og at tilfældet således med rette er blevet fremført som bevis for en diskriminerende anvendelse af distributionssystemet.

1 — Dom af 15. 7. 1970 i sag 41/69, ACF Chemiefarma NV mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1970, s. 107.

2 — Dom af 14. 7. 1972 i sag 51/69, Farbenfabriken Bayer AG mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1972, s. 221.

3 — Dom af 14. 7. 1972 i sag 54/69, SA Française de matières colorantes (Francolor) mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1972, s. 233.

c) I det tredje tilfælde, der her skal behandles, drejer det sig om autorisation

af forhandleren *Iffli* i Metz, som tillige vil blive omtalt i anden sammenhæng.

I dette tilfælde skal autorisationen for det første være gjort betinget af samtykke fra de allerede autoriserede forhandlere i Metz. For det andet har *Iffli* over for ATF angiveligt måttet forpligte sig til at overholde de af dette selskab opgivne detailsalgspriser.

aa) Hvad det første punkt angår, er det mit indtryk, at Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad har kunnet dokumentere, at et sådant — utvivlsomt uvedkommende — synspunkt, der kunne berettigge en påstand om diskriminerende faktisk anvendelse af distributionssystemet, rent faktisk har været afgørende. Selv om det i et notat af 30. juni 1978 (stævningsens bilag 58) anføres, at *Iffli*'s anmodning om optagelse i distributionssystemet rejser problemer på grund af den »eneret, som firmaet Le Roi de la Télé (en anden autoriseret forhandler i Metz) hidtil har haft«, fremhæves det imidlertid også i dette notat, at »etableringen af Darty [en stor detailhandelskæde] i Metz betyder, at denne moralske eneret ikke længere kan håndhæves«, og i slutningen nævnes det, at man bør møde en repræsentant fra Le Roi de la Télé for at »meddele ham [sin] stilling og sørge for, at han ikke ser sig stillet over for et fait accompli«. Dette — men heller ikke andet, for der nævnes intet om kontakt med andre autoriserede forhandlere — er derpå åbenbart også sket ved en skrivelse af 11. oktober 1978 (stævningsens bilag 61), i hvilken det hedder: »I det omfang . . . visse forhandlere er i stand til at underskrive vores 'Femstjerne-aftale' og opfylder . . . de betingelser, som vi altid har stillet, kan vi forestille os et samarbejde med dem . . . Kort efter, den 23. oktober 1978, blev »EF-forpligtelsesattesten« derpå også underskrevet af *Iffli*.

En ulovlig, supplerende optagelsesbetingelse i form af en *medbestemmelsesret* for allerede autoriserede forhandlere kan således ikke konstateres i tilfældet *Iffli*, således at dette anbringende ved den samlede vurdering af tilfældet må lades ude af betragtning.

bb) Vedrørende det andet punkt påberåber Kommissionen sig følgende sætning i notatet af 30. juni 1978: »Hr. *Iffli* forpligter sig til at overholde vore priser og forsikrer os om, at han ikke har valgt Telefunken for at skade mærket«.

Heroverfor har sagsøgeren anført, at allerede efter den anvendte formulering — »skade mærket« og »vore priser«, hvilket kun kan betyde ATF's salgspriser — kan det kun have drejet sig om at udelukke et salg under kostpris, dvs. en konkurrenceretsstridig adfærd. For så vidt angår *Iffli* var bekymringen berettiget, idet han nemlig allerede tidligere havde benyttet andre mærker end Philips til pågående salgsfremstød og navnlig i slutningen af 1977 havde anvendt lavpristilbud, der lå under hans kostpris. Da firmaet Darty, der var kendt for sin aggressive prispolitik, i foråret 1978 åbnede en filial i Metz, måtte man regne med, at *Iffli* ville indlede en pris-krig over for Darty. Hvor berettiget ATF's frygt — som kom til udtryk i den citerede passus — har været, viste sig derpå i foråret 1979, da der rent faktisk, som nærmere beskrevet i en skrivelse fra sagsøgerens repræsentant til Kommissionen af 7. november 1980, fremkom annoncer med lavpristilbud fra *Iffli*, hvorved Telefunken-apparater blev tilbudt til priser, der lå 15 % under de sædvanlige.

Efter min opfattelse må man dog i denne forbindelse snarere tilslutte sig Kommis-

sionens udlægning end sagsøgerens. Det er herved væsentligt, at det ikke er dokumenteret, at Iffli, inden firmaet blev autoriseret, oprådte konkurrencerestrictigt i forbindelse med anvendelse af lavpristilbud. Det er endvidere væsentligt, at udtrykket »skade mærket« ikke ubetinget må betyde salg under kostpris. Navnlig er det ikke uberettiget at sætte udtrykket »vore priser« i forbindelse med den et par afsnit tidligere givne redegørelse vedrørende detailpriserne og bemærkningen om, at det er lykkedes i Telefunken's salgspolitik »at fastholde detailpriserne og således bevare en gunstig avance for videreforhandlerne«. Kommissionen har tillige med rette anført, at hvis det havde drejet sig om at forhindre salg under indkøbsprisen, ville man have valgt en anden formulering. Det er endelig åbenbart, at Kommissionens udlægning blev bekræftet i en skrivelse fra Iffli af 12. august 1980 (stævningens bilag 8), i hvilken der tales om, at man til Iffli har erklæret, at det må foretrækkes, at »priskonkurrencen finder sted mellem andre mærker«, og hvori det også fremhæves, at drøftelserne havde vedrørt overholdelsen af »den af Telefunken fastsatte avance« samt hans løfte om »ikke at fremkalde priskonkurrence vedrørende Telefunken-fjernsyn«.

Man kan således — og uden yderligere bevisførelse, da det forhold, at sagsøgeren har draget Iffli's troværdighed i tvivl i den foreliggende forbindelse, ikke kan tillægges betydning — henregne Iffli til de tilfælde, i hvilke der er konstateret en diskriminerende autoriseringspraksis, idet autorisering var betinget af, at der ikke blev konkurreret på detailprisen.

4. Jeg kommer herefter til de tilfælde, der i Kommissionens beslutning er sammenfattet under overskriften »Områdebeskyttelse«. Herom udtales det generelt

i beslutningen, at visse autoriserede forhandlere i Frankrig fik tildelt et bestemt salgsområde med løfte om, at forhandlerne inden for det tildelte område ville være uden konkurrenter med hensyn til Telefunken-varer, hvorfor ansøgninger fra andre forhandlere om at blive autoriseret var blevet afslået. Såfremt dette kan dokumenteres, ville også dette kunne betegnes som en ulovlig anvendelse af distributionssystemet, fordi der ville være tale om en *kvantitativ udvælgelse*, der begrænsede konkurrencen i et bestemt område, hvilket i henhold til Domstolens praksis er ulovligt. Derimod omfatter denne gruppe efter min mening ikke tilfælde, i hvilke en producent som følge af, at han inden for rammerne af sin salgsstrategi er kommet til den opfattelse, at et område er tilstrækkeligt forsynet, *af sig selv* og uden at være forpligtet hertil afstår fra at antage yderligere forhandlere, hvilket man kunne kalde en faktisk eller moralsk eneret for autoriserede forhandlere.

a) Det første tilfælde, der interesserer i denne forbindelse, er tilfældet med forretningen *Le Roi de la Télé* i Metz.

Hvad dette tilfælde angår, er det ikke min opfattelse, at de i beslutningen nævnte faktiske forhold, nemlig tilsikring af områdebeskyttelse og afvisning af yderligere ansøgere, er blevet dokumenteret.

Hvad det første punkt angår, har Kommissionen alene kunnet henvise til to skrivelser til den pågældende forhandler af 3. januar 1978 (stævningens bilag 62) og 11. oktober 1978 (stævningens bilag 61). Hvad angår de tre sætninger, som Kommissionen har anført fra den sidstnævnte skrivelse, kan man

med den bedste vilje ikke heraf udlede, at Le Roi de la Télé er blevet tilsikret områdebeskyttelse. Dette gælder bemærkningen »vores generaldirektion i Frankfurt har givet os strenge pålæg om ikke at begrænse vort kundenet i ekstrem grad . . .«, hvilket udmærket kan forstås som en ensidig begrænsning. Dette gælder imidlertid også den almindelige forsikring om, at »vi til det yderste bestræber os på, at der ikke skabes anarki i distributionen«, samt den afsluttende bemærkning, at »det er i vor fælles interesse at begrænse de angreb, vi udsættes for, gennem en velovervejet smidighed«. Når der på den anden side i skrivelsen af 3. januar 1978 tales om, at »vi bestræber os på at bevare Deres stilling i Metz, hvilket vi hidtil har bevist«, så er det dog blevet påvist, blandt andet ud fra skrivelsens øvrige indhold, at skrivelsen udelukkende var en reaktion på en klage fra Le Roi de la Télé over, at forretningen Iffli, inden den var blevet optaget i distributionssystemet, under konkurrenceretsstridig udnyttelse af tredjemands aftalebrud havde afsat Telefunken-apparater i Metz.

behandling af Iffli, er det ikke alene væsentligt, at han rent faktisk blev autoriseret som forhandler. Der kan heller ikke efter fremstillingen af forhandlingernes forløb (jfr. sagsøgerens skrivelse til Kommissionen af 18. september 1980) tales om, at hans autorisering blev urimeligt forsinket. Endelig må det heller ikke overses — dette er et forhold, som i høj grad taler imod Kommissionens standpunkt — at allerede længe før Iffli havde ansøgt om at blive autoriseret, var der i Metz på grundlag af et individuelt kontrolbesøg blevet autoriseret forretninger fra FNAC og Atlas, samt en filial af Darty. Hvad angår disse forhandlere, har det i hvert fald ikke kunnet bevises, at deres optagelse blev afslået så længe som muligt. For disse forretningers vedkommende har der i øvrigt heller ikke været tale om forsøg på at påvirke konkurrencen gennem tilsikring af en bestemt prisstruktur.

b) Dernæst skal omtales tilfældet »Lama«.

For så vidt angår det andet punkt, afvisningen af yderligere ansøgere, må man givetvis se bort fra udtalelsen i første afsnit i skrivelsen fra Iffli til Kommissionen af 12. august 1980, hvorefter AFT på grund af den eneret, der var tilstået Le Roi de la Télé, havde afslået at optage forretningsforbindelse med Iffli, idet dette forhold vedrører årene 1969-1972, altså en periode, hvorunder det her drøftede distributionssystem endnu ikke fandtes. Væsentlig i denne forbindelse er tillige den førnævnte skrivelse af 11. oktober 1978, i hvilken der i almindelige vendinger gives udtryk for villighed til i distributionssystemet at optage enhver, der opfylder de faglige betingelser. For så vidt angår påberåbelsen af den senere

Hvad dette angår, påberåber Kommissionen sig alene en skrivelse af 23. oktober 1978 (svarskriftets bilag 14), i hvilken det på foranledning af en klage fra Lama over, at detailhandelskæder (Direct og Cart Expert) optrådte i Lama's salgsområde med ATF's samtykke, blev udtalt, at engrossalg ikke kan sammenlignes med detailsalg, og hvori det tillige udtales, at »for grossisters vedkommende er det normalt at vi indrømmer dem en faktisk eneforhandling inden for et bestemt område, også selv om dette måtte blive ulovligt ifølge Scrivener-cirkulæret«.

Efter mine begreber er hermed ikke dokumenteret andet end en »faktisk eneforhandling« i den tidligere nævnte forstand, hvilket betyder, at ATF på eget initiativ ikke har foretaget sig yderligere for at skaffe nye grossister i Lama's salgsområde. I hvert fald er det ikke blevet dokumenteret, at andre interesserede parter er blevet udelukket fra at forhandle af hensyn til Lama, og følgelig er dette tilfælde efter min opfattelse uegnet som bevis for, at sagsøgeren har foretaget en kvantitativ udvælgelse.

c) De to andre tilfælde, der er blevet nævnt i denne forbindelse (*Radio du Centre* og *Schadroff*), vedrører — i det mindste ifølge beslutningens begrundelse — en anden side af områdebeskyttelsen. På grund af den klare sammenhæng for så vidt angår de faktiske omstændigheder, skal jeg imidlertid behandle tilfældene på dette sted.

aa) For det første tilfældes vedkommende spiller en skrivelse, som ATF den 2. marts 1978 sendte til Radio du Centre (svarskriftets bilag 13), en rolle. I skrivelsen tales om »vore aftaler fra 1977 vedrørende tildelingen af Deres aktivitetsområde for vores mærke«. Videre udtales det, at der med henblik på de forretningsmæssige aktiviteter er bebudet »en fælles bearbejdning gennem Deres selskab og SNER, Deres kollega fra Roanne«, og der blev for 1978 planlagt en tilsvarende ændring i aktivitetsområdet, således at man, bortset fra områder der skulle anses som Radio du Centre's »aktivitetsområde«, i ét område (Corrèze) skulle arbejde sammen med Cleis France, og i et andet område (Puy de Dôme) skulle arbejde sammen med SNER.

Der er her således ikke tale om afvisning af ansøgere og en kvantitativ udvælgelse,

men om *fastlæggelse af en grossists aktivitetsområde* samt om ændring af området. Dette må vel forstås således, at man samtidig med optagelsen i distributionsystemet har foretaget en afgrænsning af aktivitetsområder, således at enhver grossist holder sig til det tildelte område og følgelig afstår fra at konkurrere i andre områder. Det er nærliggende at rejse kritik heraf, fordi der er tale om en fremgangsmåde, der vedrører distributionssystemet. Når sagsøgeren i denne forbindelse gør gældende, at det kun drejer sig om oprettelse af regionale afsætningsknudepunkter uden enerettigheder, da det jo stod sagsøgeren ganske frit for at tildele dele af området til andre forhandlere, så kan det heroverfor ikke alene gøres gældende, at man i den nævnte skrivelse udtrykkeligt taler om aftaler (»accords«). Den skildrede fremgangsmåde ville vel tillige kunne betragtes som et led i *etablering af en samordnet praksis*, hvorfor den med rette kritiseres af Kommissionen, navnlig da det ikke har kunnet godtgøres, at afgrænsningerne har været uden praktisk betydning, og at forhandlerne ikke har fulgt dem.

Det kan således ikke umiddelbart anses for uberettiget, at Kommissionen har medtaget tilfældet *Radio du Centre* i sin beslutning.

bb) Tilsvarende gælder tilfældet *Schadroff* (beslutningens punkt 35), for så vidt vi holder os til de i beslutningens grunde fremstillede faktiske omstændigheder.

Kommissionen påberåber sig her en skrivelse af 13. april 1979 (svarskriftets bilag 15). Denne har tydeligvis som baggrund en klage fra Schadroff over, at en grossist i Marseille har afgivet tilbud i Schadroff's aktivitetsområde. Herom

hedder det, at man »har henvendt sig til grossisten i Marseille, med henblik på at denne undlader sådanne tilbud inden for Deres område (som det i øvrigt var lovet Dem)«. I slutningen af skrivelsen udtales det desuden, at Schadroff kan gå ud fra, at han har »fordelen af en faktisk eneforhandling inden for et bestemt geografisk område, hvilket vi — som ofte bevist for Dem — altid har forsvaret.«

Man må gå ud fra, at der rent faktisk til grund herfor ligger en aftale om *afgrænsning af aktivitetsområder* i den førnævnte forstand. Også dette er således med rette blevet kritiseret af Kommissionen i forbindelse med den faktiske anvendelse af distributionssystemet, navnlig da det må antages, at afgrænsningen af aktivitetsområder kunne sikres effektivt af sagsøgeren, i det mindste gennem tilvejebringelse af enighed mellem de berørte grossister. Følgelig kan det til syvende og sidst stå åbent, om der er blevet udøvet — en helt klart ulovlig — pression mod grossisten i Marseille i form af eksempelvis afbrydelse af forretningsforbindelsen.

Derimod har Kommissionen efter min mening ikke også kunnet godtgøre, at der i Schadroff's område er sket en kvantitativ udvælgelse i form af *leveringsnægtelse* over for en anden forhandler, hvilket i øvrigt først er blevet nævnt under retssagen, men ikke i meddelelsen af klagepunkter eller i selve kommissionsbeslutningen. At Schadroff ikke nød privilegium som eneforhandler, har sagsøgeren allerede påvist i sin besvarelse af meddelelsen af klagepunkter under henvisning til den virksomhed, der udøvedes af forretningskæder i det pågældende område, samt under henvisning til en skrivelse fra Schadroff af 7.

november 1977. Til støtte for sin argumentation i øvrigt har Kommissionen som bekendt påberåbt sig ATF's svar til firmaet *Chapel* af 23. maj 1977 i anledning af en forespørgsel fra dette firma (svarskriftets bilag 12, afsnit A). I denne skrivelse udtales det, at ATF i det pågældende departement har samarbejdet med grossisten Schadroff i de sidste femten år, at Schadroff har eneforhandling af Telefunken's farvefjernsyn, og Chapel opfordres til at henvende sig til sidstnævnte selskab.

Her må man dog erindre sig, hvad sagsøgeren anførte i sit svar på meddelelsen af klagepunkter, uden at der er blevet rejst alvorlig tvivl derom eller ført modbevis. Herefter interesserede firmaet Chapel sig åbenbart i maj 1977, hvor firmaet alene drev detailhandel, kun for salgsbetingelserne, og heroverfor har formentlig ATF med rette reageret negativt, fordi man ikke kunne se, at der var interesse for at købe. Først i april 1978 blev der grundlagt et grossistfirma ved navn Semavem. Dette firma afgav i september en enkelt ordre af usædvanlig art, nemlig ét apparat af hver type, og straks efter blev der annonceret med alle bestilte apparater. Dette og annoncekampagnens fortsættelse, skønt det med fogedens hjælp var blevet fastslået, at Semavem ikke disponerede over de annoncerede apparater, blev af sagsøgeren opfattet som en overtrædelse af konkurrencereglerne (annoncering med lavpristilbud, og af den grund underskrev sagsøgeren ikke »EF-forpligtelsesattesten« og dermed Semavem's optagelse i distributionssystemet.

Under disse omstændigheder, som Kommissionen har undladt at belyse nærmere, kan man herefter ikke gå ud fra, at den

manglende levering til firmaet Chapel eller til det af dette senere grundlagte grossistfirma er et tilstrækkeligt bevis for, at der blev tilsikret Schadroff eneforhandling og blev foretaget en kvantitativ udvælgelse i denne virksomheds område.

5. Efter at undersøgelsen af de i beslutningen omtalte konkrete tilfælde har vist, at der kun for en del af disses vedkommende med rette kan tales om en ulovlig faktisk anvendelse af distributionssystemet, kommer jeg hermed til de afsnit i beslutningens begrundelse, i hvilke der tales om sagsøgerens *almindelige politik*, og hvori der på grundlag af dokumenter af alment indhold søges påvist momenter, der taler for, at distributionssystemet er blevet anvendt ukorrekt. I denne forbindelse bør der — som i beslutningen — sondres mellem »Indføøringsfasen«, »Den almindelige salgspolitik i Tyskland« og »Den almindelige salgspolitik i Frankrig«.

a) Indføøringsfasen

I denne forbindelse har Kommissionen påberåbt sig fire dokumenter, af hvilke man skulle kunne udlede en principiel politik gående ud på ikke at levere til afsætningsled, der kunne udgøre en trussel mod det af sagsøgeren tilstræbte prisniveau, og heraf skulle man således kunne slutte, at andre end rent kvalitative udvælgelseskriterier er blevet anvendt.

aa) Blandt disse dokumenter er der efter min mening *ingen beviskraft* i notatet af 7. september 1973, som er fremlagt på Domstolens anmodning som bilag 3 til Kommissionens skrivelse af 16. december 1982, og som bærer overskriften »EF-distributionssystem-tanker på grundlag af en drøftelse den 31.

august 1973 i Berlin«, og hvori det udtales: »Handelen har behov for ... en minimumsavance. Til sikring af en sådan gives der to muligheder:

- a) industrien leverer disse produkter til priser, der sikrer handelen dennes avance, eller
- b) industrien sørger for, at varen ikke afsættes ad kanaler, som ikke behøver denne høje avance. Der sigtes hermed til cash-and-carry-forretninger, der ødelægger prisniveauet og truer specialhandelen på dens eksistens.«

For mig er det i denne forbindelse mere vigtigt, *at* anvendelsen af ordet »tanker« antyder, at det drejer sig om uforpligtende meningstilkendegivelser, *at* der ikke er tale om et dokument hidrørende fra TFR's ledelse, *at* det stammer fra en periode, i hvilken distributionssystemet endnu ikke var anmeldt og en endelig afgørelse herom hos sagsøgeren endnu ikke var truffet, og *at* det i notatet ikke udtales, at sådanne afsætningsled heller ikke ville blive autoriseret, hvis de opfyldte specialhandelskriterierne. Frem for alt er det vigtigt, at man i en sætning forud for det citerede udtaler følgende: »Vores nuværende, og i endnu højere grad fremtidige, Telefunken-produkter, der skal demonstreres under vejledning, kræver en stor kapitalinvestering fra handelens side til repræsentation, demonstration, service og uddannelse«. I forlængelse heraf kommer derpå den — ifølge Metro-dommen¹ korrekte — konstatering, at handelen har brug for en mindsteavance. Når det derefter i relation til cash-and-carry-forretninger, dvs. forretninger, der som hovedregel ikke råder over en kundeservice, udtales, at

1 — Dom af 25. 10. 1977 i sag 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1977, s. 1875.

der ikke skal leveres til disse, så skal dette ses i forbindelse med udtalelsen om, at de ikke har brug for »denne høje avance«. Hermed udtales ikke andet, end at disse ikke leverer særlige ydelser og således ikke opfylder de kriterier, der i øvrigt med rette anses for afgørende (repræsentation osv.). Forstået på denne måde kan der givetvis ikke rettes indvendinger mod den generelle udelukkelse af sådanne afsætningsled fra det særligt udformede, selektive distributionssystem.

bb) Tilsvarende gælder øjensynligt også udtalelserne af 22. september 1975 fra salgskontoret i Münster vedrørende salgspolitikken (fremlagt som duplikkens bilag 3), i hvilke det om lavprisvarer udtales, at der også i disse består en vis tendens til at oprette specialafdelinger, men hvor det tillige hedder, at man forsøger at holde disse aftagergrupper ude.

Hvad dette angår anser jeg det ikke for særligt afgørende, hvad sagsøgeren — som herved har citeret diverse ordbøger — har gjort gældende om, at cash-and-carry-forretninger, lavprisvarer samt selvbetjenings- og discount-forretninger allerede ifølge almindelig sprogbrug ikke opfylder de betingelser, der stilles til en specialforretning, da dette selvfølgelig ikke udelukker, at specialhandelskriterierne dog kan være opfyldt i det konkrete tilfælde. Det er derimod mere væsentligt, at notatet hidrører fra et *salgskontor*, der naturligvis ikke bindende kan fastlægge TFR's politik, samt at en stor virksomhed som sagsøgerens givetvis ikke kan påtage sig ansvaret for alle udtalelser fra medarbejdere, heller ikke i tilfælde, hvor disse ikke modsiges. Desuden kan en sådan principiel, intern konstatering,

som i det højeste kan begrunde en vis formodning, ikke med rimelighed anses som tilstrækkelig til at antage, at der foreligger en ulovlig faktisk anvendelse af distributionssystemet. Når forholdet dernæst er belagt med straf, må det bevises — hvilket ikke er sket — at den interne konstatering også er blevet ført ud i praksis. Tværtimod har gennemgangen af de konkrete tilfælde ikke alene vist, at intet lavprisvarerhus er blevet holdt ulovligt ude. Sagsøgeren har desuden fremlagt to skrivelser fra 1976 til tyske lavprisvarerhuse, som beviser selskabets principielle beredvillighed til også at optage sådanne afsætningsled i distributionssystemet. Sagsøgeren har derudover dokumenteret (svaret på meddelelsen af klagepunkter, side 38 ff.), at sådanne afsætningsled er blevet optaget i stort antal, og uden at man i noget af disse tilfælde har kunnet påvise forsøg på en prispåvirkning, både i Tyskland (7), i Frankrig (6), i Nederlandene (7) og i Belgien (2).

cc) Dermed er egentlig også alt det fornødne sagt om et notat af 5. juli 1976 vedrørende en drøftelse af 21. juni 1976 om salgspolitikken (svarskriftets bilag 24). Når der heri under 1) tales om en diskussion vedrørende forskellige salgskoncepter:

— »Fortsættelsen af vores for tiden gældende salgskoncept, dvs. opdelingen af vores leveringsprogram i dels et frit program, der står åbent for alle afsætningsled i branchen, dels et bundet program, som på grund af sin vejlednings- og serviceintensitet (for eksempel farvefjernsyn og hi-fi-apparater) kun kan afsættes via den traditionelle specialdetail- og -engroshandel« — så kan det

heraf i det højeste udledes — hvorved bortses fra, at der i begyndelsen af dokumentet helt generelt tales om »en konsekvent udformning af vores salgspolitik efter de i vores distributionssystem fastlagte kriterier« — at et salgskoncept af den i citatet beskrevne art principielt var blevet besluttet. Imidlertid kan det ikke hævdes, jfr. mine bemærkninger vedrørende dokumentet af 22. september 1975, at det dermed er bevist, at der *udelukkende* sælges til den traditionelle specialdetail- og -engroshandel, og at nye salgskanaler i intet tilfælde ville få adgang.

dd) Endelig finder jeg det også overbevisende, hvad sagsøgeren har anført vedrørende »Retningslinjer for salgsbindingen« af 8. oktober 1973 — altså vedrørende et dokument, der ligeledes er udarbejdet inden anmeldelsen af salgsbindingen og dennes egentlige, faktiske anvendelse, og derfor principielt intet kan bevise om salgsbindingens praktiske gennemførelse.

I disse retningslinjer (jfr. bilag A til sagsøgerens processkrift af 24. februar 1983) udtales i tilslutning til den principielle opfordring til omhyggeligt at efterprøve, hvorvidt alle distributionssystemets betingelser er opfyldt følgende:

»Desuden består den mulighed, at eksempelvis forretninger med filialer i nogle filialer opfylder alle krævede specialhandelsfunktioner, men at dette ikke gælder virksomheden som helhed. Principielt må også her træffes afgørelse om leveringsnægtelse. Skulle De i denne forbindelse støde på særlige vanskeligheder og anse levering til specialhandelsafdelinger i disse virksomheder af salgsbundne varer for hensigtsmæssig, beder vi Dem kun forhandle herom efter forudgående aftale med Hannover.«

Jeg er enig med sagsøgeren i, at en principiel leveringsnægtelse i sådanne tilfælde ikke kan kritiseres, idet der består fare for, at salgsbundne varer videresælges til filialer, som ikke opfylder betingelserne, hvorved mærkets renommé kan skades som følge af fagmæssigt forkert behandling. Når der imidlertid i tilfælde, i hvilke en levering alligevel anses for hensigtsmæssig, kræves forudgående aftale med TFR's hovedkontor, så kan der ikke rettes indvendinger herimod — sagsøgeren har i denne forbindelse påberåbt sig en af Bundesgerichtshof den 30. juni 1981 afsagt dom — fordi hovedkontoret har større overblik over, om andre filialer end den, til hvilken levering påtænkes, opfylder specialhandelskriterierne, og om der er sikkerhed for, at varen ikke videregives til ukvalificerede filialer.

ee) Som mellemresultat kan det således konstateres, at *de i afsnittet »Indføringsfasen« nævnte dokumenter isoleret betragtet ikke er tilstrækkelige til at yde et afgørende bidrag til støtte for anklagen om ulovlig, praktisk anvendelse af distributionssystemet.*

b) Under overskriften »*Almindelig salgspolitik*« omtaler Kommissionen endvidere referatet af et møde for salgsledere af 24. maj 1976 (på Domstolens anmodning fremlagt af Kommissionen som bilag 4 til dens processkrift af 16. december 1982).

I dette hedder det: »Fra lavprisvarehusenes side udøves der til stadighed pres på det selektive distributionssystem. Hidtil har afgørelserne imidlertid kunnet udsættes«. Endvidere tales om, at salgslederne imødeså negative virkninger (inden for specialhandelen) ved en frigivelse af

salgsbindingen. De mente dog, at denne udvikling på længere sigt var uundgåelig. Endelig hedder det dernæst på side 5:

»For at undgå en konfrontation som følge af en alt for stiv holdning over for lavprisvarehusene blev følgende ordning aftalt:

— Fastlæggelse af kvalitative kriterier for lavprisvarehuse.

— Såfremt kun enkelte forretninger inden for lavprisvarehuskæder opfylder betingelserne, må kæden være villig til at acceptere selektiviteten.

— Udvælgelsen af lavprisvarehuse skal ske i nært samarbejde mellem lokal-kontoret og TFR.

— De vigtigste specialhandelsgrupper orienteres af TFR om det passerede. Hvis de herved førte drøftelser ikke møder forståelse i disse grupper, må der følgelig føres en retssag om det selektive distributionssystem.«

Ifølge ordlyden af dette dokument må man vel anerkende, at det af Kommissionen i princippet med rette er blevet påberåbt til støtte for klagepunktet, eftersom det jo viser, at det åbenbart hidtil var blevet afslået at undersøge, om lavprisvarehusene opfyldte specialhandelskriterierne, og at man kun »på langt sigt« anså en frigivelse af salgsbindingen over for lavprisvarehuse for uundgåelig. Dette indikerer utvivlsomt en ukorrekt anvendelse af distributionssystemet, og dermed får de tidligere nævnte dokumenter af 22. september 1975 og 5. juli 1976 i det mindste i denne sammenhæng en vis betydning.

Imidlertid må det tilføjes, at det synes svært at se, at man af det nævnte referat kan udlede samtlige nødvendige betingelser for anvendelsen af artikel 85 og navnlig for ikendelse af en bøde. Således viser referatet ikke — og heller ikke her har Kommissionen gennemført yderligere undersøgelser — hvilket omfang diskrimineringen af lavprisvarehusene har haft, idet man næppe kan gå ud fra, at alle i betragtning kommende lavprisvarehuse opfyldte specialhandelskriterierne og dernæst var interesseret i at sælge Telefunken-apparater.

Det nævnte referat synes desuden at give grundlag for påtale på grund af den side 5 nævnte aftale, for det første med hensyn til fastlæggelse af kvalitative kriterier for lavprisvarehuse, hvilket antyder fastlæggelse af supplerende betingelser, for det andet med hensyn til orientering af de vigtigste specialhandelsgrupper og nødvendigheden af at føre en retssag om det selektive distributionssystem, hvis disse ikke er indforstået. Selv om det sidste — som hævdet af sagsøgeren — ikke skulle betyde, at specialhandelen skulle orienteres om enhver optagelsesansøgning fra et lavprisvarehus, må man dog ud fra hele sammenhængen antage, at salgslederne — såfremt der efter en generel orientering af specialhandelen om indholdet af aftalen fremkom indsigelser fra de omtalte grupper — følte sig forpligtet til at tage hensyn hertil og lade en retssag afgøre spørgsmålet om optagelse af lavprisvarehusene. Uanset om man betegner dette som en medbestemmelseret for specialhandelsgrupperne — hvilket nok er at gå lidt for vidt — synes der hermed at være givet udtryk for, at optagelse af lavprisvarehuse ved en sådan reaktion for specialhandelens side blev vanskeliggjort og forsinket, hvilket også synes at indicere en diskriminerende anvendelse af distributionssystemet.

Imidlertid har sagsøgeren heroverfor gjort gældende, at det kun har drejet sig om *forslag* fra salgslederne til direktionen, hvilke forslag aldrig er blevet gennemført. Dette anbringende kan man ikke uden videre se bort fra, navnlig da der ikke i andre dokumenter findes belæg for en sådan fremgangsmåde. Man kan heller ikke, som Kommissionen gør det, blot henvise til, at der er tale om *aftaler* mellem salgslederne, da sådanne indbyrdes afstemte bestræbelser naturligvis ikke kan afhjælpe en kompetencemangel. Her ville det således have været på sin plads med en yderligere undersøgelse af de udviklede ideers skæbne og deres faktiske gennemførelse i praksis, inden der blev draget konsekvenser med henblik på en bødesag. Da sådanne undersøgelser ikke har fundet sted, må den del af referatet, i hvilken der tales om en aftale mellem salgslederne, i den foreliggende sag efter min opfattelse lades ude af betragtning, og det kan herefter udtales om *den almindelige salgs politik i Tyskland*, at den i det højeste er dokumenteret på en måde, som *kun har en ret begrænset værdi*.

c) Hvad angår den i *Frankrig* anvendte *almindelige salgspolitik* har Kommissionen yderligere påberåbt sig en række dokumenter, som i første række kun skal bedømmes med hensyn til spørgsmålet om *diskriminerende autorisering*, idet jeg senere skal komme ind på spørgsmålet om prispolitik.

aa) For det første skal nævnes notatet af 7. juli 1977 (svarskriftets bilag 25), i hvilket det anføres, at salgspolitikken ikke skal ændres, og som følgelig indeholder en opfordring til Sedif (åbenbart en autoriseret grossist) om »ikke at levere [Telefunken's] varer til lavprisvarerhusene (Hyper — Carrefour —

Conforama etc. ...).« Sagsøgeren har hertil anført, at dette dokument er irrelevant af to grunde. For det første er det ikke nævnt i meddelelsen af klagepunkter, og for det andet er det ubestrideligt, at de ved navn nævnte lavprisvarerhuse på dagældende tidspunkt på grund af manglende interesse for TFR-apparater ikke var optaget i salgsbindingssystemet, således at der ikke måtte leveres til dem.

Hvad det første punkt angår, så gælder tillige her, hvad jeg allerede har udtalt vedrørende Mammouth's tilfælde. Af betydning er, at ATF's politik vedrørende autorisering af lavprisvarerhuse kritiseres i generelle vendinger. Desuden udgør vedkommende dokument, som sagsøgeren vidste, at Kommissionen havde taget en kopi af i forbindelse med den mod sagsøgeren indledte procedure, kun et supplerende bevis, jfr. herved Domstolens tidligere omtalte praksis. Derfor kunne det utvivlsomt anvendes i sagen mod sagsøgeren, uden at der kan hævdes at foreligge en tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet.

Hvad det andet punkt angår, kunne det dog ikke modbevises, at de tre nævnte lavprisvarerhuse med rette var udelukket fra at modtage varer, fordi de endnu ikke var optaget i distributionssystemet. Det må imidlertid ikke overses, at notatet går videre og indeholder et generelt forbud mod levering til lavprisvarerhuse. For så vidt har Kommissionen således givetvis med rette fremsat kritik, navnlig da der ikke ses at være noget til støtte for, at der med lavprisvarerhuse (»grandes surfaces«) kun er ment supermarkeder med levnedsmidler uden specialafdelinger, og navnlig da det på grundlag af andre i sagen fremlagte dokumenter om sådanne handelsformer ikke generelt kan hævdes, at de i intet

tilfælde opfylder optagelsesbetingelserne (jfr. eksempelvis det straks nedenfor omtalte notat af 5. januar 1978, bilag 6 til Kommissionens processkrift af 16. december 1982).

bb) Af betydning er endvidere det netop nævnte notat af 5. januar 1978, der omhandler ATF's planlægning for 1978.

I dette omtales ATF's forhandlerstruktur sammenlignet med det franske marked - discount-forretninger havde i 1977 en markedsandel på 7 %, men havde kun 0,5 % af ATF's omsætning — hvilket gav grundlag for at fastslå, at discount-forretningernes (lavprisvarehusenes) andel hos ATF var yderst ringe. I notatet hedder det desuden: »I den seneste tid udsættes ATF for et stadigt større tryk på grund af henvendelser fra discount-forretninger. Disse henvendelser er hidtil blevet afslået. Også i 1978 skal samarbejde under alle omstændigheder undgås.«

Hertil havde sagsøgeren intet væsentligt at anføre. Dette dokument er således af Kommissionen med rette blevet påberåbt til støtte for, at sagsøgeren over for sådanne discount-forretninger førte en restriktiv autoriseringspolitik. Der er således i dokumentet intet der støtter, at afslagene på de nævnte henvendelser skyldes manglende opfyldelse af special-handelskriterierne, og det udtales heller ikke, at den for 1978 planlagte politik kun gælder tilfælde, i hvilke discount-forretninger ikke opfylder optagelsesbetingelserne.

cc) Tilsvarende gælder også det tredje nævnte dokument af 1. september 1978 (bilag 7 til Kommissionens processkrift af 16. december 1982), i hvilket det om det

franske marked udtales, at »rene discount-forretninger af hensyn til prisplejen hidtil bevidst ikke er blevet betjent«, hvilket viser, at den i notatet af 5. januar 1978 påtænkte politik for 1978 rent faktisk blev gennemført.

Når sagsøgeren hertil har anført, at denne sætning kun skal forstås således, at der ikke er udfoldet aktive bestræbelser over for disse forhandlere, kan man heroverfor ikke alene henvise til notatet af 5. januar 1978, men også til, at skrivelsen af 1. september 1978 intet indeholder, der støtter den af sagsøgeren forfægtede udlægning.

dd) Endelig skal nævnes skrivelsen af 12. januar 1979 (replikkens bilag 8), i hvilken det om de moderne afsætningskanaler hedder, at da disse jo har opnået væsentlig større betydning, imødeses det i planlægningen på mellemlangt sigt *at fremskynde den gradvise liberalisering af politikken vedrørende disse salgskanaler.*

Dette kan i realiteten betragtes som en bekræftelse af, at der hidtil var blevet fulgt en restriktiv autoriseringspolitik (»gradvis liberalisering«), samt at liberaliseringen først senere blev fremskyndet. Dette er der tillige belæg for i den af sagsøgeren fremlagte skrivelse af 26. oktober 1978 fra ATF til TFR (stævningens bilag 75), hvori det udtales, at »gældende ret tvinger os til at indgå aftaler med alle parter, som opfylder de objektive betingelser«, hvoraf følger, at det åbenbart først var i efteråret 1978, at den diskriminerende autoriseringspolitik blev forladt.

ee) Sammenfattende kan det således udtales, at *den almindelige salgspolitik i Frankrig indtil slutningen af 1978 var kendetegnet ved en ukorrekt anvendelse af*

distributionssystemet. I denne sammenhæng skal det dog tilføjes, at det er uoplyst, hvorvidt rene discount-forretninger — i det omfang de opfyldte specialhandelsbetingelserne — overhovedet var interesseret i salg af Telefunken-produkter, og at man derfor under ingen omstændigheder på grundlag af de almindelige dokumenter kan bedømme omfanget af den kritiserede diskriminering; blot kan man vanskeligt give afkald på en sådan bedømmelse med henblik på vurderingen af sagsøgerens optræden.

fra sagsøgerens side, der strækker sig fra prisansbefalinger over intensive prisdrøftelser til opfordringer (forbundet med skjult pression) vedrørende prisdannelsen. Under hensyn til det i dommen i sag 26/76 udtalte krav om, at der skal drages omsorg for, at stivheden i prisstrukturen ikke bliver endnu stærkere, har Kommissionen ment skarpt at måtte påtale prisdannelsen for Telefunken-apparater, da denne har medført en formindskelse af priskonkurrencen, som allerede var blevet begrænset ved udelukkelsen af bestemte, særligt aggressive forretninger.

IV — Påvirkning af priserne hos autoriserede forhandlere

Jeg skal nu i næste afsnit af undersøgelsen beskæftige mig med det kritiskpunkt, hvorefter distributionssystemet i praksis er blevet anvendt med henblik på påvirkning af markedspriserne.

Da beslutningen også på dette område dels opregner en række konkrete tilfælde, dels — ved hjælp af dokumenter af almen rækkevidde — forsøger at godtgøre eksistensen af en almindelig politik, der tilsigtede et højt prisniveau og høje forhandleravancer, ligger det nær for, ligesom i første afsnit, at opdele undersøgelsen således, at indledningsvis behandles de konkrete tilfælde fra de forskellige lande, og derpå den almindelige salgspolitik i de pågældende lande.

Kommissionens udgangspunkt er ganske klart: efter Kommissionens opfattelse bevæger selektive distributionssystemer sig på kanten af det monopolretligt ulovlige, fordi konkurrencen i forhandlerledet inden for et mærke (intrabrand-konkurrence) indskrænkes derved, at ikke enhver forhandler optages i distributionssystemet. Heraf udleder den — som betingelse for, at der ikke skal opstå indsigelser mod praktiseringen af sådanne distributionssystemer i medfør af artikel 85 — et absolut krav om, at autoriserede forhandlere under ingen omstændigheder påvirkes i prisdannelsen. Dette forbud mod indblanding anser Kommissionen for overtrådt i praksis ved anvendelsen af Telefunken's distributionssystem i en række henseender: ved vertikale eller horisontale aftaler, ved samordnet praksis, ved gentlemen's agreements, men også ved ensidige initiativer

1. Påvirkning af priserne i Frankrig

a) De anførte konkrete tilfælde

aa) Tilfældet Auchan

Allerede i anden sammenhæng er det blevet klarlagt, at optagelsen af Auchan i distributionssystemet blev betinget af tilsagn om at følge prisansbefalingerne fra ATF og ikke benytte lavere priser end dem, der anvendtes i den pågældende by (jfr. notat af 20. oktober 1978). Vi står således her over for en egentlig med distributionssystemet snævert forbundet

aftale, og dette blev følgelig, da det ikke kunne påvises, at der kun var tale om udelukkelse af konkurrencestridige priser, med rette anholdt også ud fra synspunktet påvirkning af priskonkurrencen.

Omvendt er sagsøgerens anbringende om, at Auchan aldrig senere overholdt det givne tilsagn, allerede irrelevant af den grund, at det i relation til artikel 85 er tilstrækkeligt, at den konkurrencebegrænsning *tilsigtes*, hvilket givetvis er tilfældet, når der foreligger en aftale. Sagsøgerens anbringende om, at Auchan gang på gang har reklameret med minimumspriser og nedsatte priser (side 86 i svaret på meddelelsen af klagepunkter), og at de annoncerede priser lå så lidt over nettoindkøbspriserne, at man med den tilbageværende avance ikke havde kunnet dække de annoncerede supplerende ydelser (kredit og garanti), og at også andre producenter, som det fremgår af en skrivelse fra Thomson-Brandt af april 1980, havde kritiseret reklametilbud fra Auchan, kan således i det højeste være af betydning for bedømmelsen af *omfanget af den konkurrencerettelige overtrædelse*, hvorved det tillige er af betydning, at forretningsforbindelsen, således som det nævnes på side 85 i svaret på meddelelsen af klagepunkter, overhovedet først udviklede sig normalt fra slutningen af 1979.

bb) Tilfældet Mammouth

I dette tilfælde er situationen tilsvarende. Også her er det afgørende det i notatet af 20. oktober 1978 nævnte tilsagn om at følge de i Toulouse anvendte priser, hvilket antyder en aftale om at undlade priskonkurrence. Dette er ligeledes med rette blevet kritiseret under synspunktet prispåvirkning i forbindelse med distributionssystemet. Når sagsøgeren hertil har

erklæret (stævningens side 33), at Mammouth's prispolitik efter optagelsen i distributionssystemet har været meget aggressiv, uden at dette er blevet påtalt af ATF, så kan dette i det højeste få betydning for vurderingen af virkningerne af den trufne aftale.

cc) Tilfældet Iffli (Metz)

Her spiller efter Kommissionens opfattelse tre kendsgerninger en rolle: for det første forpligtede Iffli sig ved optagelsen i distributionssystemet til at overholde de af ATF angivne detailsalgspriser (jfr. notat af 30. juni 1978); dernæst sørgede sagsøgeren for en aftale om en fast prispolitik mellem Iffli og to andre forhandlere i Metz (Le Roi de la Têlé og Darty); endelig erklærede Iffli den 12. august 1978, at repræsentanter for ATF havde udtalt, at forhandlere i Paris-området og i andre dele af Frankrig var blevet enige om at afstå fra priskonkurrence med Telefunkn-apparater.

Hvad det første punkt angår, må det erkendes, at Kommissionen med rette kritiserer en sådan anvendelse af distributionssystemet, der indebærer en begrænsning af priskonkurrencen.

Hvad derimod angår de andre to punkter, foreligger der i sagen gode grunde til ikke at følge Kommissionen.

Det må erkendes, at det i notatet af 30. juni 1978 hedder, at det ville være »bedre at få en overenskomst mellem Le Roi de la Têlé, Iffli og Darty for Metz vedrørende en fast prispolitik . . .«, samt at Iffli i sin skrivelse af 12. august 1980 har udtalt, at ifølge erklæringer fra ATF's

repræsentanter er Darty og Le Roi de la Télé indforstået med ikke at føre pris-konkurrence med Telefunken-apparater. Sagsøgeren har imidlertid ikke alene fremhævet, at det i skrivelsen af 30. juni 1978 nævnte forslag ikke er blevet fulgt, og at der ikke er indgået prisaftaler mellem de tre nævnte forhandlere på sagsøgerens foranledning, men har tillige gjort gældende, at firmaet Darty, en virksomhed med en særdeles høj omsætning og en aggressiv prispolitik, åbenbart heller ikke kunne være interesseret i en sådan aftale, som desuden ville være meningsløs, da der i Metz fandtes yderligere to detailforretninger, der ville have sørget for priskonkurrence. Det havde herefter været nærliggende at undersøge sagen nærmere, eksempelvis ved at stille spørgsmål til de berørte forhandlere. Under alle omstændigheder kan det på grundlag af det forhåndenværende bevismateriale og under hensyn til den under den administrative sag fremsatte begæring fra sagsøgerens side om — under anbringende af Iffli's manglende troværdighed — over for Iffli at fremsætte en formel begæring om meddelelse af oplysninger, hvilket ikke er sket, ikke antages, at anklagen om at sagsøgeren har tilskyndet til en horisontal prisafale, er tilstrækkeligt dokumenteret.

Vedrørende det tredje punkt har sagsøgeren med bestemtthed gjort gældende, at Iffli's udtalelse er grebet ud af luften, og har tillige anført omstændigheder, der støtter, at Iffli mangler troværdighed (jfr. den til Kommissionen rettede skrivelse af 7. november 1980). Følgelig kan udtalelserne fra Iffli, der er fremsat uden, at en formel begæring om oplysninger har foreligget, og ikke har ført til den af sagsøgeren forlangte konfrontation (jfr. sagsøgerens skrivelse af 18. september 1980), vanskeligt anses som tilstrækkeligt grundlag for det af Kommissionen rejste klagepunkt.

Med hensyn til Iffli er det således kun kritikken vedrørende det førstnævnte forhold, der kan anses som berettiget. Når sagsøgeren dernæst påberåber sig Iffli's meget beskedne omsætning med Telefunken-apparater i 1978 og 1979 samt manglende ordrer fra 1980 (svaret på meddelelsen af klagepunkter, side 89, samt stævningens side 98) og tillige gør gældende, at Iffli i virkeligheden ikke har overholdt den i skrivelsen af 30. juni 1978 nævnte aftale — hvilket bevises gennem officielle konstateringer angående reklametilbud med meget lave Telefunken-priser (jfr. notat af 26. marts 1979, stævningens bilag 60) — så er også dette alene — om overhovedet — relevant for vurderingen af *virkningerne* af den konstaterede overtrædelse af konkurrencereglerne.

dd) Andre franske tilfælde

Hvor de tre netop behandlede tilfælde vedrørende forhandlere i det væsentlige drejede sig om aftaler truffet i forbindelse med optagelse i distributionssystemet, så vedrører de seks yderligere tilfælde, der endvidere skal drøftes, initiativer til at påvirke priserne *efter optagelsen* i distributionssystemet.

i) Af betydning er her i første række en skrivelse fra ATF af 26. maj 1978 (bilag 9 til Kommissionens processkrift af 16. december 1982), i hvilken der tales om en »af firmaet Darty indgået forpligtelse til at hæve sine salgspriser pr. 31. maj 1978« for tre typer fjernsynsapparater, som resultat af et besøg af ATF-repræsentanter.

Sagsøgeren har herom under den administrative sag samt under retssagen anført, at der til grund for skrivelsen

ligger det faktiske forhold, at Darty for de pågældende tre typer apparaters vedkommende havde gennemført et salgsfremstød, der var begrænset til Paris, og til maj måned. Efter dennes udløb gik Darty af sig selv tilbage til den tidligere, normale prisstruktur, og der har kun været tale om at orientere ATF's salgsmedarbejdere samt andre forhandlere herom. På grund af Darty's stærke stilling på markedet — firmaet har i Frankrig inden for området underholdningselektronik en markedsandel på mellem 8 og 10 % — og sagsøgerens ringe markedsandel i Frankrig har det været utænkeligt, at sagsøgeren har påvirket Darty's prisfastsættelse. Udtrykket en »indgået forpligtelse« er anvendt på en måde, der kan misforstås. I virkeligheden burde udsagnet have talt om »en beslutning truffet af firmaet Darty«.

Dette anbringende forekommer imidlertid ikke overbevisende. Sagsøgeren har nemlig tillige oplyst (jfr. stævningen side 145), at under det pågældende fremstød gjorde de konkurrerende forhandlere intet for at afsætte deres apparater og ophørte med at afgive ordrer, hvilket foranledigede ATF's repræsentanter til at aflægge et besøg hos Darty. Når det derefter udtrykkeligt blev udtalt, at der blev påtaget en »forpligtelse« til at hæve priserne, må dette vel bedømmes som en aftale. Denne fremgangsmåde blev følgende ved vurderingen af den praktiske anvendelse af distributionssystemet med rette karakteriseret som ukorrekt, også selv om det må lægges til grund, at sagsøgeren ikke havde været i stand til ensidigt at tvinge Darty til en bestemt prispolitik.

ii) Af betydning er for det andet et notat af 5. juni 1978 vedrørende »de i

Paris anvendte priser på farve-tv« (svarskriftets bilag 19). I notatet udtales følgende: »Alle synes at være indforstået med at genforhøje priserne (pr. 2. 6. 1978 om aftenen)«, og der anmodes om, at FNAC og Darty bliver kontaktet. Heraf drager Kommissionen den slutning, at der har foreligget *prisaftaler mellem forhandlere i Paris*.

Efter alt, hvad der er fremkommet, mener jeg, at Kommissionen her har draget forhastede slutninger uden tilstrækkelige undersøgelser. Sagsøgeren har nemlig oplyst, at notatet angår Darty's tidligere nævnte salgsfremstød, som FNAC gik med i. Som det fremgår af indledningen, er notatet skrevet efter et besøg hos Darty, og følgelig er det nærliggende at antage — også på grund af anvendelsen af ordet »genforhøjelse« — at »alle« ikke skal forstås som alle forhandlere i Paris, men som Darty. Når kun Darty og FNAC gennemførte en salgsfremmende aktion, må det faktisk anses som usandsynligt, at alle forhandlere i Paris skulle have aftalt en prisforhøjelse. Det fremgår heller ikke af notatet, at der er truffet aftale mellem Darty og FNAC på ATF's initiativ, idet det for FNAC's vedkommende siges, at priserne endnu ikke er forhøjet, og at FNAC derfor skal kontaktes. Af hvilken art kontakten til FNAC var, og navnlig om en aftale kom i stand, eller om der under udøvelse af pression skete en ulovlig påvirkning af prisdannelsen, siger notatet imidlertid intet.

Vedrørende dette punkt kan det således i mangel af yderligere oplysning ikke anses som dokumenteret, at der, som påstået af Kommissionen, på ATF's initiativ er indgået prisaftaler mellem forhandlere i Paris, eller at kontakterne med FNAC med henblik på prispåvirk-

ning er gået ud over de lovlige rammer for en salgsbinding.

iii) Af betydning er desuden efter Kommissionens opfattelse et notat af 5. juni 1978 (svarskriftets bilag 20), hvori det om katalogpriserne hos indkøbsforeningen *Camif* udtales, at ATF havde forlangt en forhøjelse af detailsalgspriserne i vinterkataloget 1978, fordi andre forhandlere anså *Camif* for en konkurrent og tilpassede sig dennes priser.

Heller ikke her vil jeg, på baggrund af sagsøgerens anbringender og i mangel af yderligere oplysninger fra Kommissionen, sige, at der foreligger bevis for ulovlig prispåvirkning. Således har sagsøgeren erklæret, at den nævnte anmodning skal ses på baggrund af den pr. 1. september 1978 påtænkte forhøjelse af producentsalgspriserne, der er omtalt i en skrivelse til Cart (bilag 10 til Kommissionens processkrift af 16. december 1982). Denne rettidigt givne oplysning om en planlagt prisforhøjelse kan imidlertid kun anses som en normal oplysning inden for rammerne af en fast forretningsforbindelse, og en anmodning om eller anbefaling af at tage hensyn dertil kan formentlig ikke anses som et ulovligt indgreb i friheden til at fastsætte priserne, i hvert fald ikke når henvendelsen ikke er forbundet med pression, som f.eks. trussel om afbrydelse af forretningsforbindelsen — hvilket ikke ses at foreligge her.

iv) Kommissionen lægger desuden vægt på ATF-notatet af 13. oktober 1978 (svarskriftets bilag 22) om de fra den 18. september 1978 fastsatte detailpriser.

Notatet indledes med en omtale af, at de for den nævnte dato fastsatte priser ikke alle er blevet fulgt på grund af lagre hos kunderne og fortsætter: »vi er enige med vores store kunder, dvs. Darty, FNAC og Grands Magasins om, at samtlige disse priser gælder fra 2. november 1978«.

På dette punkt synes den af Kommissionen fremsatte kritik, ikke mindst efter det af sagsøgeren fremførte, at være velbegrunder. De nævnte store kunder havde åbenbart stadig omfattende lagre af billigt indkøbte apparater, små kunder derimod holdt fast på deres — efter prisforhøjelsen i september 1978 — dyrere indkøbte apparater og lagde følgelig pres på ATF for at få det til at tage et initiativ. Hvis der i denne forbindelse er sket en koordinering mellem ATF og flere aftagere vedrørende priserne, så går denne aktive deltagelse fra ATF's side i en samordning af prisdannelsen ud over, hvad der kan betegnes som en normal bestræbelse under et selektivt distributionsystem, nemlig ved hjælp af prisdrøftelser at sikre et bestemt prisniveau i specialhandelen.

v) I denne forbindelse skal endvidere drøftes to skrivelser til indkøbsforeningen *Cart*. I den ene skrivelse af 4. november 1977 (svarskriftets bilag 21) udtrykkes overraskelse over, at der er udgivet to kataloger til medlemmerne, et med almindeligt gældende priser og et andet med nedsatte priser. Endvidere tales om en aftale om udgivelse af to kataloger »på betingelse af, at det ene har høje priser og det andet bundpriser«, og der spørges, om det ikke er muligt at tilbagetrække kataloget. I den anden skrivelse af 21. juli 1978 (bilag 10 til Kommissionens processkrift af 16. december 1982) tales om en prisforhøjelse

pr. 1. september 1978, de anbefalede minimumspriser i detailledet anføres og det udtales afslutningsvis: »som aftalt beder vi Dem om ved udformningen af Deres katalog tage hensyn til de ovenfor nævnte detailsalgspriser og betragte dem som minimumspriser«.

Hertil har sagsøgeren anført, at priserne i Cart's vinterkatalog for 1977 åbenbart afveg fra de i fællesskab planlagte priser, og at Cart derpå, da ATF udtrykte sin forbavelse herover, opdagede, at der rent faktisk var sket en fejl da man ved en fejltagelse havde benyttet en gammel prisliste. Desuden har der alene været tale om kontakter med hensyn til udformningen af kataloget, således at aftagerne rettidigt kunne blive underrettet om, hvorvidt der måtte regnes med en forhøjelse af producentpriserne. Kun en sådan meddelelse er indeholdt i skrivelsen af 21. juli 1978.

Denne bagatelliserede fremstilling virker dog ikke overbevisende. Man kan i denne forbindelse lade spørgsmålet henstå, om der rent faktisk i Cart's vinterkatalog for 1977 er begået en fejl med hensyn til priserne. Det afgørende er nemlig, at der i den førstnævnte skrivelse udtrykkeligt tales om en *aftale* om udgivelsen af to kataloger på bestemte betingelser, det vil altså sige en prisaftale, og desuden tales om en mulig forværring af forretningsforbindelsen, hvilket må opfattes som udøvelse af pression ved hjælp af trusler. Formuleringerne i skrivelsen af 21. juli 1978 taler også om eksistensen af en aftale om hensyntagen til de meddelte priser, om hvilke det udtrykkeligt udtales, at de skal betragtes som minimumspriser. Herefter har Kommissionen med rette kunnet drage den konklusion, at ATF også i sin forretningsforbindelse med Cart havde lagt en optræden for dagen, som var konkurrenceretligt kritisabel, fordi den åbenlyst gik

væsentligt videre end uforbindende pris-anbefalinger.

vi) Af betydning i denne forbindelse er endelig endnu en skrivelse fra ATF af 3. april 1979 (replikkens bilag 6) vedrørende de særlige betingelser for et bestemt apparat. I skrivelsen udtales: »Dette apparat faktureres fra og med 1. april 1979 til en nettopris uden bonus, på FF 2 854 eksklusive moms«. Og videre: »Darty-kæden har forpligtet sig til ikke at udnytte denne specielle bonus på FF 225 til at sænke detailpriserne«.

Herom har sagsøgeren i sin besvarelse af meddelelsen af klagepunkter udtalt, at det drejede sig om en reklamekampagne for et farvefjernsyn, hvorunder køberne ville modtage FF 500 for et gammelt apparat, hvoraf ATF skulle bære FF 225. Følgelig lå det ATF på sinde, at dette tilskud ikke blev benyttet til at sænke de endelige forbrugerpriser.

Også her må man dog give Kommissionen ret i, at skrivelsen giver udtryk for en konkurrenceretligt betænkelig adfærd. Rent faktisk er der tale om en aftale, hvorefter den af ATF ydede bonus ikke skal anvendes til at gå under de i skrivelsen nævnte endelige salgspriser. Dette udgør en ulovlig aftale om overholdelse af et bestemt prisniveau.

b) Dokumenter af generel betydning vedrørende den i Frankrig fulgte salgspolitik

Efter at der således i en række konkrete tilfælde er konstateret ulovlig prispåvirkning og dermed begrænsning af priskonkurrencen på det franske marked inden

for rammerne af distributionssystemet, skal derefter undersøges, hvad der kan udledes vedrørende samme spørgsmål af andre almindelige dokumenter, som Kommissionen har påberåbt sig som bevis for, at ATF har forfulgt en højprispolitik.

Her kommer fire dokumenter i betragtning:

aa) Et ATF-cirkulære til salgsmedarbejderne af 13. september 1977 (bilag 5 til Kommissionens processkrift af 16. december 1982), i hvilket det udtales, at det er deres opgave at »skabe det indtryk hos kunden, at Telefunken forsøger at beskytte denne (acceptabel avance)«.

bb) Den i forbindelse med Iffli-tilfældet allerede nævnte ATF-erklæring af 30. juni 1978, i hvilken det omtales, at Iffli af forskellige grunde ønskede at blive optaget i distributionssystemet, bl. a. fordi han havde »kendskab til Telefunken's forretningspolitik, der har held til at fastholde detailpriserne og således fastholde en god avance for forhandleren«, og i hvilken der generelt tales om »vores prispolitik«.

cc) Det ligeledes tidligere omtalte notat af 5. januar 1978, i hvilket der i tilslutning til en redegørelse for forhandlerstrukturen i 1977 for ATF og for det franske marked udtales, at da andelen af discount-forretninger (»grandes surfaces«) hos ATF er yderst ringe, havde det været muligt for Telefunken-apparater at praktisere »et fælles, højt prisniveau ... (højere forhandleravance end på konkurrerende apparater)«.

dd) En skrivelse af 12. januar 1979 (replikkens bilag 8) om forretningsudviklingen i 1978, i hvilken der tales om »højprispolitikken« på grundlag af en sammenligning med priserne på lignende apparater hos Philips, Thomson eller Grundig, og hvoraf det fremgår, at denne politik hænger sammen med tilbageholdenhed med hensyn til at liberalisere distributionssystemet over for moderne afsætningskanaler.

Det anførte frembyder efter min opfattelse ingen *supplerende*, selvstændige argumenter vedrørende spørgsmålet om ulovlig prispåvirkning.

Hensigten med den førstnævnte cirkulæreskrivelse var formentlig at give salgsmedarbejderne et reklameargument i hænde. Når der tales om en »korrekt avance« (»marge correcte«) er dette i det højeste — bortset fra, at en vis minumsavance er helt legitim under hensyn til de med specialhandelsydelse forbundne omkostninger — en henvisning til den principielt restriktive autoriseringspolitik over for lavprisvarehusene, der allerede er taget stilling til i anden sammenhæng.

Tilsvarende gælder formentlig også — for så vidt der tales om en »god avance« (»marge convenable«) — det andet dokument. For så vidt som dette endvidere taler om opretholdelse af detailpriserne og generelt om ATF's prispolitik, sker dette formentlig i for almindelige vendinger til, at man heraf kan drage slutninger med hensyn til bestemte metoder til prispåvirkning.

Vedrørende det tredje og det fjerde dokument må det erkendes, at disse synes at tale en højprispolitik hos ATF. Hvad angår *specielle foranstaltninger* på prisdannelsesområdet udgør imidlertid

heller ikke disse dokumenter noget yderligere bevis.

2. Prispåvirkning i Belgien

Her nævnes i beslutningen kun *et* relevant tilfælde, og dernæst påberåbes et almindeligt dokument.

a) Idet jeg også her behandler det konkrete tilfælde først, så er det herved væsentligt, at detailhandleren *Verbinnen* har oplyst, at han i begyndelsen af 1980 blev opfordret til at forhøje prisen på et fjernsynsapparat med 3 000 BFR, hvilket han imidlertid afslog (jfr. *Verbinnen's* skrivelser af 3. november 1980 og 27. november 1980, stævningens bilag 9 og 11).

aa) Ifølge en af sagsøgeren fremsat indsigelse opstår imidlertid i denne forbindelse for det første spørgsmålet, om dette tilfælde overhovedet kunne medtages i beslutningen, da det endnu ikke var anført i meddelelsen af klagepunkter.

Dette forhold giver mig imidlertid ikke anledning til betænkeligheder. Jeg skal her undlade at tage stilling til, om der blot er tale om et nyt bevis for et af de allerede i meddelelsen af klagepunkter indeholdte forhold. Afgørende er under alle omstændigheder, at begge de nævnte skrivelser blev forelagt sagsøgeren til udtalelse, og at sagsøgeren dernæst har afgivet en udtalelse om skrivelserne (jfr. sagsøgerens advokats skrivelse af 24. april 1981), hvilket udelukker, at man kan anse kontradiktionsprincippet for tilsidesat under den administrative sagsbehandling.

bb) Vedrørende de af Kommissionen kritiserede faktiske forhold har sagsøgeren anført, at den af *Verbinnen* anvendte pris ikke var usædvanlig —

samme apparat blev tilbudt endnu billigere af tretten forhandlere, uden at ATBG har reageret heroverfor — og sagsøgeren har derfor krævet det her omtvistede spørgsmål nærmere belyst ved, at der fremsættes en formel begæring om oplysninger under bødeansvar eller ved hjælp af en konfrontation med *Verbinnen*.

På denne baggrund — Kommissionen har ikke imødekommet sagsøgerens begæring — må det umiddelbart betvivles, om *Verbinnen's* oplysninger overhovedet er egnede til at anses som bevis. Under ingen omstændigheder kan de udgøre bevis for en konkurrenceretlig overtrædelse i forbindelse med anvendelsen af distributionssystemet. I det højeste kunne det antages, at der forelå *ensidige* foranstaltninger, bag hvilke der hverken var sat pression eller trussel om sanktioner, og som derfor også var uden virkning. Hvad Kommissionen imidlertid anser som en form for udøvelse af pression — i *Verbinnen's* skrivelse af 3. november 1980 tales kun om »machinatie« [uhæderlig adfærd], idet en salgsrepræsentant fra ATBG havde udgivet sig som kunde og anonymt indhentet oplysninger og kritiseret apparaterne — må ikke alene afvises som et forsøg på påvirkning. Det er desuden væsentligt, at der kun tales om en sådan adfærd i forbindelse med forsøget på at påvirke *Verbinnen's import-virksomhed*, derimod ikke i forbindelse med hans prisfastsættelse.

Efter min mening kan tilfældet med forhandleren *Verbinnen* — der efter sagsøgerens oplysninger stadig modtager leverancer — ikke anses som dokumentation for en ulovlig påvirkning af prisdannelsen i Belgien.

b) Hvad dernæst angår dokumentet vedrørende *den almindelige prispolitik i Belgien*, er der tale om et protokollat fra ATBG af 19. december 1978 (bilag 8 til Kommissionens processkrift af 16. december 1982) med en redegørelse vedrø-

rende salgsfremmearbejde. Det hedder i dokumentet: »at lade priserne 'flyde' frit ville uundgåeligt medføre, at de små kunder ikke kan opnå mindsteavancen ...«, samt: »vi har ikke til hensigt at fastsætte én enkelt markedspris ..., men via indarbejdelse af gennemsnitlige markedspriser at nå frem til, at priserne ikke svinger mere end BFR 1 000«.

Hertil har sagsøgeren fremhævet, at det kun drejer sig om ideer, som redegørelsens forfatter har lanceret, men ikke om en bindende fastlæggelse af ATBG's politik. Rent faktisk forstod redegørelsens adressat, lederen for ATBG, ikke tankegangen i det foreslåede prisberegningssystem, og det er i hvert fald aldrig blevet anvendt i Belgien. Under hensyn til disse anbringender har Kommissionen forsøgt at skaffe oplyst, om denne prispolitik blev gennemført, og hvad man foretog sig over for genstridige forhandlere, men åbenbart uden held. Derimod har sagsøgeren, uden at dette blev bestridt, kunnet henvise til, at Kommissionen, efter at sagsøgeren havde udtalt sig, fremsatte syv begæringer om oplysninger til belgiske forhandlere, men at den kun modtog den tidligere omtalte udtalelse fra Verbinen. Herefter finder jeg det vanskeligt at opretholde et klagepunkt om, at der i Belgien er ført en prispolitik af den i det nævnte dokument beskrevne art.

For så vidt som det dernæst antages, at der er blevet givet visse *prisanbefalinger* til detailhandlerne, så kan en sådan fremgangsmåde — hvorefter der angives en markedspris, der ifølge producentens omkostningskalkulation og en sammenligning med priserne på konkurrerende produkter gennemsnitligt er opnåelig — imidlertid ikke anses som en ulovlig anvendelse af distributionssystemet. Man kan her lade det stå hen, i hvilket omfang gældende belgisk ret er relevant her. Det afgørende er, hvad der blev

udtalt i dommen i sag 26/76¹ om bestræbelserne på at opretholde et bestemt prisniveau for specialengros- og -detailhandelen sammenholdt med, at ensidige foranstaltninger principielt ikke omfattes af artikel 85. Når imidlertid et selektivt distributionssystem som sådant ikke er omfattet af artikel 85 og ensidige prisforanstaltninger heller ikke, kan det ikke antages, at en kombination af disse momenter skal bedømmes anderledes. Betænkelige er ensidige prisforanstaltninger derfor kun, når de søges gennemført ved hjælp af pression, da dette betyder en begrænsning i friheden til at fastsætte priserne. En påstand om, at der er gjort forsøg på en sådan form for pression — hvilket i øvrigt ikke umiddelbart synes tænkeligt under hensyn til Telefunken's markedsstilling, en stærk interbrand-konkurrence samt de store aftageres eller aftagergrupperes stærke stilling på efterspørgselssiden — og om, at der foreligger en samordnet praksis mellem forhandlerne, hvilket kan opstå på grundlag af en prisanbefaling, må derimod kræves konkret dokumenteret.

c) Inden for det belgiske afsætningsområde kan man således ikke tale om ulovlige initiativer vedrørende priserne fra sagsøgerens side inden for rammerne af distributionssystemet, bortset fra det andetsteds behandlede tilfælde med Diederichs.

3. Prispåvirkning i Tyskland

Jeg kommer endelig til visse tilfælde af angiveligt ulovlig påvirkning af prisfast-

1 — Dom af 25. 10. 1977 i sag 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1977, s. 1875.

sættelsen, som Kommissionen mener at have konstateret i Tyskland. I beslutningen sondres der her mellem direkte påvirkning (punkterne 40 og 41) og indirekte prispåvirkning (påvirkningerne 48-52).

a) I forbindelse med det førstnævnte synspunkt er først og fremmest tilfældene *Suma* og *Holder* af interesse.

aa) Vedrørende firma *Suma* (München) er for det første et notat angående en samtale af 20. april 1977 af betydning (stævningens bilag 68). Ifølge dette notat blev det gjort klart for firmaet *Suma's* ledelse, hvor vigtige markedspriserne i dettes forretninger var for TFR. Det blev herved aftalt, at det nye markedspriseniveau ville blive drøftet og salgspriserne blive fastlagt. Endelig hævdes *Suma's* direktør at have accepteret »ikke at optræde som prisfører, men i bedste fald at tage markedets laveste pris, dog i videst muligt omfang at holde sig mellem de gennemsnitlige butikspriser og de laveste priser ...«. For det andet har Kommissionen henvist til et notat i henhold til hvilket den omtalte direktør under høringsen udtalte, at AEG-Telefunken havde fået tilsagn om, »at særligt aggressive priser hos konkurrenterne bliver meddelt til Telefunken og ikke straks overtages af *Suma*«.

Det fremgår åbenbart af disse dokumenter, at det her drejer sig om andet og mere end uforbindende drøftelser om en mulig prisstruktur. Tværtimod foreligger der her en pris aftale inden for rammerne af distributionssystemet, som — også selv om der måske ikke foreligger tilsagn om overholdelse af de af Telefunken fastsatte salgsspriser — dog skulle begrænse *Suma's* frihed til at fastsætte lavere priser. Dette er givetvis med rette blevet

anholdt af Kommissionen som for vidtgående.

For så vidt sagsøgeren her har gjort gældende, at aftalen i realiteten ikke har haft nogen virkninger, er dette uden betydning for den principielle bedømmelse, men kan — og kan alene — være af betydning for vurderingen af grovheden af den konkurrenceretlige overtrædelse.

bb) Hvad endelig angår firmaet *Holder*, en lille detailhandler i Sydtykland, så støtter Kommissionen sig her på et notat fra salgskontoret i München af 30. november 1976 (duplikkens bilag 2), i hvilket der tales om, at et bestemt apparat var blevet leveret, »efter at firma *Holder* havde fået en nøje redegørelse for salgspolitikken og prisdannelsen«.

I lyset af hvad der er fremført under sagen, kan man imidlertid næppe hermed anse en ulovlig påvirkning af prisdannelsen for bevist. Ifølge sagsøgerens, i øvrigt ubestridte, redegørelse drejede det sig åbenbart om lanceringen af et nyt, kostbart apparat, der krævede intensiv vejledning og hvis afsætningsmuligheder forhandlerne måtte overbevises om med udgangspunkt i en prisdøftelse. Desuden savnes der ikke alene dokumentation for, at der er blevet udøvet pression, hvilket kunne være bragt på det rene ved en forespørgsel til firma *Holder*, men det ligger endvidere fast, at firma *Holder* åbenbart ikke har fulgt de angivne priser, men offentliggjorde annoncer med lavpristilbud, hvorfor Telefunken købte apparatet ud af markedet.

Når Kommissionen desuden har ment, at det efter den indledende sætning i notatet må antages, at dette eksempel skulle benyttes under drøftelser med

indkøbskooperationen Interfunk i det øjemed at opnå en større prisdisciplin, forekommer dette irrelevant, eftersom der intet er oplyst om indholdet af sådanne drøftelser, og fordi rene formodninger om en eventuel prispåvirkning utvivlsomt ikke giver tilstrækkeligt grundlag for at statuere en konkurrence-retlig overtrædelse.

b) Tilfældene af indirekte prispåvirkning

aa) Her optræder i første række atter firmaet *Suma*, idet det allerede omtalte sagsnotat af 20. april 1977 også omfatter en bonusaftale gående ud på, at ud over mængdebonus på 1 % og en salgsstøttebonus på 0,5 %, der begge skulle udbetales halvårligt, skulle der også ydes en »loyalitätsbonus« på 2 %, som skulle betales ved årets udløb. Dette sidste sætter Kommissionen i forbindelse med et forslag fra salgskontoret i München af 22. december 1976 (svarskriftets bilag 18), i hvilket det om en årsbonus på 2 % udtales, at man kan gøre bonusudbetaling betinget af en prisoptræden i overensstemmelse med markedet, og at man ved hjælp af årsbonusen kan regulere markedsadfærden.

Heroverfor har sagsøgeren fremhævet, at forslaget fra salgskontoret i München rent faktisk ikke er blevet fulgt af TFR i denne form. Loyalitätsbonusen blev derimod allerede i den udtalelse, som sagsøgerens direktør for det indenlandske salg afgav over for Kommissionen under dennes høring, beskrevet som godtgørelse for at stille udstillingsarealer til disposition. Ligeledes blev det anført i svaret på meddelelsen af klage-

punkter (side 73), at den nævnte bonus blev ydet for deltagelse i salgsfremmende aktioner og for at stille udstillingsvinduer til disposition. Endvidere har *Suma's* direktør over for Kommissionen udtalt (notat af 2. september 1980), at bonusen var en modydelse for, »at AEG inden offentliggørelsen af avisannoncer principielt orienteres om den annoncerede artikel«. Endelig er det ikke alene ikke blevet afkræftet, at *Suma* trods gentage særaktioner har modtaget bonusen, men det er desuden af betydning, at *Suma's* direktør over for sagsøgerens advokat har forsikret (stævningens bilag 12), at bonusen er ydet som modydelse for at holde producenten underrettet om markedsudviklingen samt på grund af firmaets store omsætning, men at den over for hovedkontoret havde måttet forsvares ved hjælp af den valgte betegnelse, da den ikke er omfattet af de sædvanlige vilkår.

Under disse forhold kan det næppe anses som bevist, at der i tilfældet *Suma* er sket en påvirkning af prisadfærden ved hjælp af den nævnte bonus.

bb) Kommissionen har i denne forbindelse tillige lagt vægt på sagsøgerens optræden over for detailhandleren *Wilhelm* i Saarbrücken.

Da sidstnævnte i juli 1976 reklamerede med lavpristilbud, rettede TFR efter at have fastslået, at man havde konstateret en annonce fra *Wilhelm* med »særdeles forstyrrende priser«, en forespørgsel til salgskontoret i Saarbrücken om, hvorfor det nu begyndte igen (replikkens bilag 7). Dette udlægger Kommissionen som

en indirekte henstilling om at skride ind for at regulere forholdet.

Ved nærmere eftersyn viser det sig imidlertid, at heller ikke dette tilfælde kan anses som bevis for et forsøg på ulovlig prispåvirkning. Afgørende er herved, at forespørgslen af 23. juli 1976 (stævnningens bilag 71) blev besvaret med, at anledningen havde været Kaufhofannoncer, hvis priser visse store forhandlere straks havde overtaget, og navnlig den i svarskrivelsen indeholdte udtalelse om, at Wilhelm's tilbud ikke havde negative virkninger for Saarbrücken-kontoret.

Selv om man således ville bedømme spørgsmålet af 22. juli 1976 som en indirekte henstilling om at forsøge på at holde justits, er det afgørende dog til syvende og sidst, at der ikke er sket noget som helst indgreb, fordi salgskontoret i Saarbrücken åbenbart har betragtet Wilhelm's optræden som normal priskonkurrence.

cc) I tilfældet *Schlembach* har Kommissionen for det første påberåbt sig et notat af 9. september 1977 (svarskriftets bilag 23) om en samtale, der i anledning af annoncer med mottoet »Farve-prisaktion« tildels skulle have været »ophidset«. Ifølge dette blev det indskærpet, at en gentagelse af sådanne annoncer »ville medføre en væsentlig belastning af samarbejdet«, og det anføres, at »tærsklen for en gentaget aggressiv annoncering« var blevet væsentligt hævet. For det andet påberåber Kommissionen sig et til TFR stilet notat fra salgskontoret i Dortmund af 30. september 1977 (stævnningens bilag 72), i hvilket der tales om

ruinerende priser i annoncer fra Schlembach for Telefunken farvefjernsyn og om skridt, der skal tages i forbindelse med tilfældet Schlembach. Til en anden modtager af notatet var endvidere føjet spørgsmålet, om der dog ikke fandtes »en elegant, usædvanlig måde« til at »tøjle kunderne« på, hvilket Kommissionen har udlagt som en indirekte henstilling om at skride ind over for Schlembach.

Hvad disse dokumenter angår, kan man for det første dokumentets vedkommende få det indtryk, at det beviser, at der har foreligget en aktiv påvirkning af en forretning med hensyn til markedsprisdannelsen og dermed en inden for rammerne af distributionssystemet ulovlig aktion, også selv om det ikke nødvendigvis drejer sig om opretholdelsen af det af sagsøgeren ønskede prisniveau. Sagsøgeren har under sagens behandling gjort gældende, at annoncer med det omtalte motto, fordi de giver indtryk af særlige købsfordele, må anses som reklame for et ulovligt særarrangement som nævnt i § 9 a i den tyske lov om uretmæssig konkurrence sammenholdt med §§ 1 og 2 i rigsøkonomiministerens anordning af 4. juli 1935, og følgelig som konkurrencestridig ifølge bestemmelserne i »EF-forpligtelsesattesten«. Heroverfor kan det imidlertid gøres gældende, at sagsøgeren ikke utvetydigt har påvist, at der var tale om et ulovligt særarrangement, og at sagsøgeren navnlig i sin stillingtagen til klagepunkterne intet har anført, der kunne foranledige Kommissionen til at forfølge spørgsmålet nærmere. I relation til det førstnævnte dokument må man således anerkende, at Kommissionen med rette har anvendt det til støtte for sine klagepunkter, navnlig da den antager, at det for sagsøgerens vedkommende kun har drejet sig om overholdelsen af et bestemt prisniveau, også bestyrkes af, at der i notatet udtrykkeligt

tales om de negative følger for markedsprinsniveauet i Rhein-Ruhr-området.

Vedrørende det andet dokument har sagsøgeren i sit svar på meddelelsen af klagepunkter anført, at der i første række sigtes til orientering om særarrangementer på grænsen af det lovlige, dvs. mulige tilfælde af ulovlig konkurrence. Over for en sådan orientering og en tilsvarende overvågning af de i distributionssystemet optagne forhandlere kan sikkert intet indvendes, da vedvarende, billige tilbud kan begrunde en formodning om, at de omkostningskrævende specialhandelskriterier (rådgivning og kundeservice) ikke længere kan være opfyldt (jfr. Bundesgerichtshof's dom af 24. september 1979). Når der i skrivelsen desuden tales om skridt, der skal foretages, og tilsidst stilles det ovenfor gengivne spørgsmål, er dette næppe tilstrækkeligt til at begrunde et klagepunkt. Således blev det dokumenteret, at det for tilføjelsens vedkommende kun drejede sig om et spørgsmål til lederen af salgskontoret i Köln, og altså ikke om en instruks fra den for salget ansvarlige person. Det ses heller ikke, at den skjulte opfordring rent faktisk har foranlediget foretagelsen af skridt, hvilket let havde kunnet oplyses ved en forespørgsel til Schlembach, således at man til syvende og sidst også kan undlade at tage stilling til, om sådanne foranstaltninger rent faktisk ville have været berettiget på grund af forhold, der udgjorde ulovlig konkurrence.

dd) Tilbage står at behandle den af Kommissionen påberåbte *situationsberetning fra salgskontoret i Mannheim* vedrørende oktober 1978, dateret 31. oktober 1978 (svarskriftets bilag 5).

Kommissionen tillægger det i denne forbindelse vægt, at det i rapporten

udtales, at tilbud fra firmaerne Gruoner og Südschall for en bestemt Imperial-parallelmodel havde virket »forstyrrende«, at annoncer og tiltag fra »Massa«-lavprisvarehusene vedrørende »Imperial-apparater fra Telefunken« blev betegnet som »markedsforstyrrende«, at der tales om yderligere »markedsforstyrrelser« fra Kaufhof (Kassel)'s og Hertie (Frankfurt)'s side, samt endelig udtales, at »en beroligelse først [blev] opnået efter intensive bestræbelser«. Heraf drager Kommissionen den konklusion, at en konstatering af forstyrrende priser i hvert fald for de tre sidstnævnte forhandlers vedkommende er blevet fulgt op af vellykkede bestræbelser på at regulere forholdet, dvs., at der ligeledes er sket en prispåvirkning i form af opretholdelse af det af sagsøgeren ønskede prispiveau.

Også på dette punkt kan jeg imidlertid ikke tilslutte mig Kommissionen.

Således er det under retssagen blevet opklaret, at tilfældene Gruoner og Südschall givetvis er blevet anført med urette — også Kommissionen talte under den mundtlige forhandling om en fejltagelse i denne forbindelse — fordi det for disse forhandlers vedkommende ikke drejede sig om salgsbundne varer, således at man kan undlade at tage stilling til, om disse tilfælde ikke allerede skal lades ude af betragtning af den grund, at de ikke var medtaget i meddelelsen af klagepunkter. Efter min opfattelse gælder det samme for »Massa«-lavprisvarehusenes vedkommende, hvor der i øvrigt også i reklamerne for Imperial-apparater ukorrekt blev benyttet navnet »Telefunken«, således at der med rette kunne gives en advarsel.

Hvad imidlertid angår »markedsforstyrrelserne« fra Kaufhof og Hertie er det for det første givet, at interne rapporter vedrørende kundernes markedsadfærd

næppe kan give anledning til påtale, for så vidt som de ikke vedrører konstateringen af, om specialhandelsegenskaberne er truet på grund af prisdannelsen. For det andet har sagsøgeren herom udtalt, at der fremkom klager fra detailhandlere, fordi Kaufhof og Hertie i et begrænset tidsrum og for specielle modellers vedkommende lavede særtilbud, hvorpå det lykkedes at overbevise detailhandlerne om, at særtilbudene ikke byggede på særlige vilkår fra TFR's side. Dette er baggrunden for udtrykket »beroligelse«, derimod ikke at der skete en effektiv forhøjelse af priserne. For mig lyder dette antageligt, og såfremt Kommissionen her nærede tvivl, skulle den have søgt sagen yderligere oplyst, inden den drog slutninger af det pågældende dokument til støtte for sit standpunkt.

V — Anvendelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, på den ukorrekte praktiske anvendelse af distributions-systemet

1. Den hidtidige undersøgelse har vist, at de af Kommissionen over for sagsøgeren rejste klagepunkter givetvis *kun for en dels vedkommende* er berettigede.

a) Herefter er det utvivlsomt nødvendigt med et væsentligt korrektiv til de særdeles vidtgående formuleringer i beslutningen, der er af betydning for både konstateringen af konkurrencebegrænsningens mærkbarhed og for udmålingen af bøden.

Jeg tænker herved på den bemærkning, at manglende autorisation af forhandlere og påvirkningen af priserne ikke kun er fremkommet i isolerede enkelttilfælde,

men at der er tale om *talrige* tilfælde, hvor konkurrencebegrænsninger er forekommet, hvilket givetvis ikke er korrekt, når man dels ser på det tidsrum, som beslutningen vedrører, dels på det enorme antal af — stedse upåtalte — forretningstransaktioner inden for en organisation på 12 000 autoriserede specialforhandlere i Fællesskabet. Jeg tænker navnlig også på den meget alvorlige konklusion, at diskrimineringen af forhandlere og fastsættelsen af salgspriser er sket *systematisk* — under den mundtlige forhandling hed det: »planmæssigt« — hvilket givetvis ikke kan anerkendes som korrekt.

b) Når Kommissionen, for nu at gå nærmere ind på dette, med hensyn til *autoriseringen af forhandlere* under distributionssystemet generelt har anført, at nye salgsformer og prisaktive forhandlere *generelt* blev nægtet adgang, og *når* den — andetsteds — har gjort gældende, at bestemte salgsformer og forhandlere trods opfyldelse af specialhandelsbetingelserne ikke fik adgang eller adgangen blev vanskeliggjort, samt *når* den i denne forbindelse også har anført, at forhandlere, som ikke var parate til at følge de af sagsøgeren fastsatte mindstesalgspriser, blev udelukket fra distributionssystemet, er der herom i realiteten kun påvist følgende:

aa) Det er kun dokumenteret, at *én* forhandler (Diederichs) ikke opnåede autorisation af den sidstnævnte grund.

bb) For så vidt angår lavprisvarer og discount-forretninger har det vist sig, at man kun for Tyskland's og Frankrig's vedkommende og kun indtil et bestemt tidspunkt kan tale om udelukkelse eller om forsinkelse af autoriseringen. Det er herved ikke alene uklart — fordi Kommissionen på dette punkt ikke har foranstaltet nogen undersøgelse — hvor

mange forhandlere, der rent faktisk blev berørt heraf; sagsøgeren kunne tillige, uden at dette er blevet gendrevet, påberåbe sig, at selskabet *rent faktisk har autoriseret talrige lavprisvarehuse*, også i andre lande.

cc) For så vidt angår områdebeskyttelse i Frankrig er der *ikke* konstateret *tilfælde*, hvor andre forhandlere er blevet udelukket af denne grund. Der kan kun tales om områdebeskyttelse, for så vidt som der foretoges en afgrænsning af to grossisters aktivitetsområde.

dd) Endelig har vi desuden set, at der kun kunne bevises *tre tilfælde*, hvorunder autorisering blev gjort betinget af *tilsagn vedrørende prisdannelsen*, hvortil kommer, at de faktiske virkninger ikke er oplyst.

c) Når Kommissionen for det andet i relation til spørgsmålet *prispåvirkning* har anført, at der i væsentligt omfang er foretaget påvirkning af fastsættelsen af videresalgspriserne, og at man gennem påvirkning af videresalgspriserne i vidt omfang har forhindret billige pristilbud, så står det vel heroverfor fast, at prispåvirkninger i form af *aftaler* kun er konstateret hos nogle franske forhandlere i en kort periode samt i tilfældet Suma — i hvilken forbindelse firmaets direktør i øvrigt erklærede, at Suma desuagtet følte sig fri med hensyn til prisdannelsen — og at der derudover kun er konstateret *ensidig prispåvirkning* i et enkelt tilfælde, nemlig i tilfældet Schlembach. Herefter kan man — navnlig i betragtning af sagsøgerens indgående redegørelse for prissituationen i Tyskland (jfr. stævningens bilag 30-32) — vanskeligt tiltræde, at sagsøgeren ved hjælp af distributionssystemet har for-

fulgt en permanent højprispolitik til skade for forbrugerne.

2. Vigtigt er herefter, at de overtrædelser af konkurrencereglerne ved den praktiske anvendelse af distributionssystemet, der må anses for bevist, ifølge artikel 85, stk. 1 — forudsat konkurrencebegrænsningerne er mærkbare — kun er relevante, når det må lægges til grund, at de var egnede til at *påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne*, og dette i *mærkbart* omfang, således som det gentagne gange er fastslået i Domstolens praksis, jfr. dommene i sag 19/77¹, sag 209-215, 218/78² og sag 126/80³.

Kommissionen mener, at dette er tilfældet her, fordi distributionssystemet *regulerer varebevægelserne mellem medlemsstaterne* og således principielt må antages at være egnet til at påvirke handelen mellem medlemsstaterne, da det *anvendes i hele Fællesskabet*. Kommissionen mener, at selv et ringe antal overtrædelser er nok til at gøre artikel 85 anvendelig i en sådan sag, da der allerede herved sker en ændring af distributionssystemets karakter, hvorved systemet bliver ulovligt som helhed. Kommissionen har tillige gjort gældende, at der sker en betydelig vareudveksling med Telefunken-produkter i grossist- og detaileddet. Endelig har den fremhævet, at når forhandlere med en stor omsætning, der er i stand til at importere,

1 — Dom af 1. 2. 1978 i sag 19/77, Miller International Schallplatten GmbH mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1978, s. 131.

2 — Dom af 29. 10. 1980 i de forenede sager 209-215 og 218/78, Heintz van Landewyck Sàrl m.fl. mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1980, s. 3125.

3 — Dom af 16. 6. 1981 i sag 126/80, Maria Salonia mod Giorgio Poidomani og Franca Giglio, enke efter Baglieri, Sml. 1981, s. 1563.

enten ikke eller dog kun efter opfyldelse af supplerende betingelser er blevet optaget i distributionssystemet, må det antages, at varebevægelserne mærkbart har udviklet sig anderledes, end tilfældet havde været uden denne diskriminering.

Mod denne opfattelse har jeg, ligesom sagsøgeren, indvendinger ud fra flere synspunkter.

a) Det er næppe rigtigt, at sagsøgerens distributionssystem *regulerer varebevægelserne* mellem medlemsstaterne, og distributionssystemets anvendelse i *hele Fællesskabet* er givetvis ikke tilstrækkelig støtte for den antagelse, at systemet — dersom visse overtrædelser foreligger — principielt er egnet til at begrænse samhandelen mellem medlemsstaterne.

I princippet er distributionssystemet kun bestemmende for, hvem der som grossist eller detailhandler kan handle med Telefunken-varer, dvs. har lov til at afsætte varer, der normalt må formodes at blive indkøbt hos de *nationale* salgsselskaber eller de indenlandske grossister. Når det inden for rammerne af distributionssystemet uden videre også er muligt at købe varer hos autoriserede forhandlere i andre medlemsstater, bygger dette dog kun på en stiltiende forudsætning, og man kan ikke dermed tale om en regulering af samhandelen mellem medlemsstaterne.

Når det for det andet må lægges til grund, at et selektivt distributionssystem under de i Domstolens praksis fastlagte betingelser ikke omfattes af artikel 85, stk. 1, kan et sådant system kun henføres under artikel 85, *såfremt det i praksis anvendes ukorrekt*. Det må således efterprøves nærmere, om påståede overtræ-

delser, nemlig en retsstridig anvendelse, har skadelige virkninger for samhandelen mellem medlemsstaterne, da det fornuftigvis ikke kan antages, at et som sådant korrekt system blot på grund af det forhold, at der konstateres en eller anden overtrædelse — hvis ringe omfang gør det klart, at den kun har betydning lokalt — ændrer hele sin karakter og herefter i sin helhed må anses som skadelig for Fællesskabets konkurrenceordning.

b) Blandt de tidligere nævnte og drøftede overtrædelser står for Kommissionen, såfremt jeg har forstået dens beslutning rigtigt, ved bedømmelsen i forhold til artikel 85, stk. 1, sådanne i forgrunden, i hvilke større forhandlere, der var i stand til at gennemføre udenrigshandel, blev udelukket fra distributionssystemet, eller kun med forsinkelse og forudsat opfyldelse af supplerende betingelser blev optaget i distributionssystemet. Dette kan man ud fra Domstolens praksis på området, jfr. sagerne 6 og 7/73¹ samt sag 22/78², fuldt ud tilslutte sig.

Af betydning under den foreliggende sag er herefter kun tilfældet Diederichs i Belgien, den for en tid tilbageholdte autorisering af lavprisvarerhuse i Tyskland og discount-forretninger i Frankrig samt tilfældene Auchan, Mammouth (Toulouse) og Iffli (Metz), i hvilke der til optagelsen i distributionssystemet var knyttet et tilsagn om overholdelse af et bestemt prisniveau. Spørger man dernæst, om disse tilfælde støtter antagelsen om, at handelen er blevet mærkbart påvirket, da har Kommissionen efter

1 — Dom af 6. 3. 1974 i de forenede sager 6 og 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano SpA og Commercial Solvents Corporation mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1974, s. 223.

2 — Dom af 31. 5. 1979 i sag 22/78, Hugin Kassaregister AB og Hugin Cash Registers Ltd. mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1979, s. 1869.

min mening ikke ført tilstrækkeligt bevis herfor.

aa) For så vidt angår tilfældet Diedrichs må det vel antages, at firmaet havde evne og vilje til at importere Telefunken-produkter fra Tyskland. Man kan endvidere lægge til grund, at import af fjernsynsapparater ikke umuliggøres eller vanskeliggøres væsentligt af det forhold, at sådanne apparater i Belgien skal være forberedt for kabel-tv, da en omstilling hertil, som Kommissionen overbevisende har anført, ikke skulle volde særlige problemer.

Dette tilfælde alene er dog næppe tilstrækkeligt til, at der kan tales om en mærkbar påvirkning af handelen. Dertil har Kommissionen i for ringe udstrækning undersøgt arten og omfanget af Diederichs forretningsmæssige aktiviteter, og af betydning er tillige Telefunktens ringe markedsandel i Belgien, også for fjernsynsapparater (jeg erindrer herved om dommene i sagerne 73/74¹, 19/77² samt 209-215 og 218/78³, og formentlig også det forhold, at Diedrichs allerede et år efter de omtvistede forhandlinger måtte indstille sin virksomhed.

bb) For så vidt angår den for en tid tilbageholdte autorisering af lavprisvarehusene i Frankrig og Tyskland kan man vel lægge til grund, at nogle af disse var store nok til at komme i betragtning med hensyn til samhandelen mellem medlems-

staterne. Hvad dette angår, har vi imidlertid — og dette skyldes Kommissionens utilstrækkelige belysning af forholdet — så ringe viden om de forhandlere, der rent faktisk kan være tale om og om deres virksomhed, at det allerede af denne grund ikke kan antages, at disses midlertidige udelukkelse fra distributionsystemet har ført til eller væsentligt bidraget til en mærkbar påvirkning af handelen.

cc) Hvad endelig angår tilfældene Auchan, Mammouth og Iffli, bør i denne forbindelse formentlig — fordi indgående undersøgelser mangler, er man henvist til gisninger — kun tilfældene Auchan og Iffli komme i betragtning, da det næppe kan antages, at Mammouth-filialen i Toulouse overvejede parallelimport.

Det må heller ikke glemmes, at de nævnte forhandlere ikke blev udelukket fra salget; derimod er det kritisabelt, at autoriseringen var bundet af et pristilsagn. Dette forhold kan imidlertid — helt bortset fra, at tilsagnene åbenbart ikke blev overholdt — næppe have haft virkninger for mulige importforretninger som følge af vanskeliggørelse af afsætningen, da Auchan dog kun blev forpligtet til ikke at forlange lavere priser end de i hver enkelt by fulgte priser, og da det for Iffli's vedkommende dog først og fremmest drejede sig om forpligtelsen til »ikke at skade mærket«.

Selv under hensyntagen til, at det ved anvendelsen af artikel 85, stk. 1, ikke er afgørende, om der rent faktisk foreligger en påvirkning af handelen, men om der foreligger egnethed til at påvirke handelen, jfr. sag 19/77², kan man for disse to tilfældes vedkommende vanskeligt antage, at betingelserne i artikel 85, stk. 1, er opfyldt. For det første kan — på grund af Telefunktens ringe markeds-

1 — Dom af 26. 11. 1975 i sag 73/74, *Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique m.fl. mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber*, Sml. 1975, s. 1491.

2 — Dom af 1. 2. 1978 i sag 19/77, *Miller International Schallplatten GmbH mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber*, Sml. 1978, s. 131.

3 — Dom af 29. 10. 1980 i de forenede sager 209-215 og 218/78, *Heintz van Landewyck Sàrl m.fl. mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber*, Sml. 1980, s. 3125.

andel i Frankrig også for tv-apparaters vedkommende — en vis begrænsning af Auchan's og Iffli's afsætningsvirksomhed næppe have betydet en mærkbar påvirkning af handelen. For det andet er — på grund af de forskellige fjernsynsnormer i Frankrig og Tyskland og på grund af manglende mulighed for omstilling af sort-hvid-apparater og de med omstilling af farvefjernsyn forbundne høje omkostninger — parallelimport, som ifølge sagsøgeren aldrig nogensinde har fundet sted, utænkelig. Hvad imidlertid angår de på begge sider af grænsen umiddelbart anvendelige multinorm-apparater, for hvilke der kan tænkes en handel i grænseområdet, kan det formentlig uden videre udelukke, at afsætningshindringerne for disses vedkommende som følge af de af Kommissionen konstaterede konkurrenceovertrædelser har kunnet antage et omfang, der indebærer en mærkbar påvirkning af handelen.

c) For det tilfælde at det derudover måtte blive antaget — imod hvad beslutningens betragtninger indicerer — at også de øvrige, dokumenterede tilfælde af ukorrekt anvendelse af distributionssystemet er af betydning, skal om disse bemærkes følgende:

aa) Det forekommer mig udelukket, at der er sket en mærkbar påvirkning af handelen ved hjælp af den i Frankrig konstaterede *områdebeskyttelse* i form af afgrænsning af flere grossisters aktivitetsområder. Dette må være et rent nationalt anliggende, der bringer dommen i sag 22/78¹ i erindring. Selv om det måtte antages, at tilladelsen til at konkurrere i de pågældende områder ville have ført til en større omsætning af Telefunken-apparater og dermed til en stigning i

importen, ses det imidlertid ikke — i mangel af konkrete undersøgelser af arten og omfanget af de pågældende grossisters forretningsvirksomhed — at vi her har at gøre med størrelser, der kunne lede tanken hen på en mærkbar begrænsning af handelen.

bb) For så vidt angår den med *Suma* truffene aftale og påvirkningen af *Schlembach's* priser er der ligeledes tale om et rent nationalt anliggende, da salg af Telefunken-apparater fra Frankrig til Tyskland — som også antaget af Kommissionen — ikke er tænkelig, og fordi der i øvrigt intet foreligger om, at de to forhandlere var interesseret i eksportvirksomhed.

cc) I de få tilfælde af påvirkning af prisdannelsen hos franske forhandlere, efter at de var optaget i distributionssystemet (den anfægtede beslutnings afsnit 42, 45, 46 og 47), drejer det sig hovedsagelig om helt lokale initiativer af meget begrænset varighed. Også her vides for lidt om arten og omfanget af de pågældende forhandlers forretningsvirksomhed.

3. Det må således ikke alene fastholdes, at Kommissionens udtalelser om omfanget af den ulovlige praktiske anvendelse af distributionssystemet i vidt omfang må betegnes som uholdbare. I det omfang der rettes berettiget kritik mod den praktiske anvendelse af distributionssystemet, er det efter min overbevisning ikke dokumenteret, at systemet herigennem blev egnet til mærkbart at påvirke handelen mellem medlemsstaterne.

Dette betyder, at den principielle udtalelse i artikel 1 i den anfægtede beslutning, hvorefter det af AEG-Telefunken indførte distributionssystem for Telefunken-

¹ — Dom af 31. 5. 1979 i sag 22/78, Hugin Kassaregister AB og Hugin Cash Registers Ltd. mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1979, s. 1869.

mærkevarer i sin praktiske anvendelse udgør en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, i EØF-traktaten, ikke holder. Hermed bortfalder samtidig grundlaget for det i artikel 2 indeholdte påbud om at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør, og navnlig fastsættelsen af en bøde i artikel 3. *Allerede på grundlag af de hidtidige overvejelser må man således give sagsøgeren medhold under sagen.*

VI — Sagens øvrige anbringender

Herefter er det faktisk ikke nødvendigt at drøfte nogen af de spørgsmål, der i øvrigt er rejst under sagen. Jeg skal dog subsidiært i korthed behandle disse spørgsmål.

1. Artikel 85, stk. 3

Det anføres herom i beslutningen, at *den praktiske anvendelse af distributionssystemet, som er blevet påtalt af Kommissionen, ikke er anmeldt* til denne, hvorfor en fritagelse allerede af den grund for så vidt er udelukket. Desuden blev det fremhævet, at der ikke kan ydes fritagelse for et distributionssystem, der omfatter diskriminering med hensyn til optagelse og prispåvirkning, fordi disse begrænsninger ikke er nødvendige for en regulær salgsvirksomhed og heller ikke frembyder fordele for forbrugerne. Heroverfor har sagsøgeren gjort gældende, at selskabet ved anmeldelsen udtrykkeligt har søgt om fritagelse, og Kommissionen kan derfor ikke uden at tage stilling hertil pålægge en bøde. Sagsøgeren mener tillige og påberåber sig herved dommen i sag 26/76¹, at en

tendens i retning af at opretholde et bestemt prisniveau er indbygget i det selektive distributionssystem, og handlinger, der tager sigte herpå, er således omfattet af den almindelige, praktiske benyttelse af distributionssystemet, hvorfor en særskilt anmeldelse heraf ikke er nødvendig.

På dette punkt ville jeg, hvis artikel 85 modsat min opfattelse skulle være anvendelig, følge Kommissionen.

En fritagelse forudsætter som regel en anmeldelse til Kommissionen. Det står tillige fast, at ved henvendelsen til Kommissionen erklærede det, at alle forhandlere, som opfyldte specialhandelsbetingelserne, ville blive optaget i distributionssystemet. Der var derimod aldrig tale om, og der skete således heller ikke anmeldelse af, *at* visse grænsetilfælde ville blive behandlet henholdende, *at* der efter omstændighederne skulle opfyldes supplerende betingelser, *at* der ved optagelsen skulle foretages en afgrænsning af aktivitetsområder, inden for hvilke andre forhandlere ikke skulle være aktive samt, *at* der som led i forretningsmellemværendet med autoriserede forhandlere, ville forekomme prisaftaler eller en påvirkning af prisdannelsen, der gik ud over en simpel orientering. Herefter må — under hensyn til de af Kommissionen hævdede konkurrenceretsovertrædelser, i det omfang kritikken må anerkendes som berettiget — således allerede af formelle grunde en meddelelse af fritagelse anses for udelukket.

Det kan heller ikke føre til en anden vurdering, at der i dommen i sag 26/76¹ tales om en — principielt — legitim bestræbelse på at opretholde et vist prisniveau for specialengros- og -detailhandelen. Bortset fra, at denne udtalelse naturligvis ikke også kan omfatte diskriminerende foranstaltninger ved *optagelse*

¹ — Dom af 25. 10. 1977 i sag 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1977, s. 1875.

i distributionssystemet — idet meningen principielt må være, at det anses for ubetænkeligt at opretholde et prisniveau, der eo ipso fremkommer ved, at afsætningen forbeholdes forhandlere, der skal bære visse byrder, som giver sig udslag i prisdannelsen — er der intet holdepunkt for, at der hermed også tænkes på særlige indgreb vedrørende priserne, der går videre end uforbindende prisoplysninger og begrænser priskonkurrencen ved regulære indgreb i friheden til at fastsætte priserne.

2. AEG-Telefunken som adressat for beslutningen

Herom har sagsøgeren allerede i sit svar på meddelelsen af klagepunkter fremhævet, at TFR, hvis salg der alene er tale om, retligt set er et selvstændigt virksomhedsområde af AEG og har en ledelse, der råder over vidtgående beslutningsfrihed. Sagsøgeren har tillige gjort gældende, at beslutningen om indførelse af distributionssystemet er truffet uden instruks fra AEG-Telefunken's ledelse, og også fastlæggelsen af salgspolitikken samt den praktiske gennemførelse af distributionssystemet har alene været TFR's anliggende. Således kan visse udslag af den praktiske anvendelse af distributionssystemet ikke tilregnes moderselskabet AEG, og da selskabet heller ikke har medvirket på egen hånd, har der følgelig manglet grundlag for at rette beslutningen til AEG.

Kommissionen har derimod anset det for afgørende, at distributionssystemet er blevet anmeldt af AEG, at AEG også optræder som part i de med forhandlerne afsluttede kontrakter, og at salget gennemføres via AEG's salgsorganisa-

tion. Kommissionen mener tillige, at det er af betydning — selv om anvendelsen af distributionssystemet udelukkende var TFR's anliggende — at TFR er undergivet AEG's kontrol og skal følge sidstnævntes instrukser, hvilket er sket i konkrete tilfælde. Der kan således tales om en økonomisk enhed med den følge, at moderselskabet må anses som ansvarligt for distributionssystemets praktiske anvendelse.

Tilsvarende problemer har allerede gentagne gange foreligget til afgørelse for Domstolen. Således antoges der i dommen i sag 48/69¹ at foreligge en økonomisk enhed mellem et moderselskab og et retligt set selvstændigt datterselskab under den forudsætning, at datterselskabet, hvori moderselskabet havde aktiemajoriteten, ikke selvstændigt bestemte sin markedsadfærd, men i det væsentlige fulgte moderselskabets instrukser. I et sådant tilfælde, hvor der var mulighed for afgørende at påvirke virksomhedens politik, og hvor instruktionsbeføjelsen også rent faktisk blev benyttet, blev det anset for rimeligst at tilregne moderselskabet et datterselskabs konkurrenceretsstridige adfærd (jfr. også dommene i henholdsvis sag 6/72² og i sagerne 6 og 7/73³).

Den foreliggende sag drejer sig om anvendelsen af et distributionssystem, der kan kritiseres i anledning af diskrimine-

1 — Dom af 14. 7. 1972 i sag 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1972, s. 151.

2 — Dom af 21. 2. 1973 i sag 6/72, Europemballage Corporation og Continental Can Company Inc. mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1973, s. 215.

3 — Dom af 6. 3. 1974 i de forenede sager 6 og 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano SpA og Commercial Solvents Corporation mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1974, s. 223.

rende udelukkelse af forhandlere, fastlæggelsen af supplerende adgangsbetingelser og fastsættelsen af autoriserede forhandlernes aktivitetsområder samt i anledning af de trufne foranstaltninger til påvirkning af prisdannelsen hos autoriserede forhandlere under forretningsforholdets beståen. Uden videre at lægge moderselskabet alt dette til last fordi selskabet har underskrevet salgsbindingskontrakterne og stillet sit salgssapparat til disposition, forekommer imidlertid betænkeligt i henhold til Domstolens nævnte praksis. Selv om det måske kunne forsvares at tilregne det underskrivende moderselskab det passerende *i forbindelse med indgåelsen* af kontrakterne, så er noget sådant dog næppe muligt for så vidt angår afvisning af forhandlere eller indgreb vedrørende prisdannelsen efter optagelsen i distributionssystemet uden konkrete beviser for påvirkning, hvilke beviser Kommissionen ikke har ført.

Beslutningen kritiseres således i denne henseende med rette af sagsøgeren, da den retter *alle kritikpunkter* vedrørende ukorrekt anvendelse af distributionssystemet mod moderselskabet.

3. Pålæggelse og udmåling af bøden

Hvis Domstolen skulle lægge til grund, at den ukorrekte anvendelse af distributionssystemet, for så vidt en sådan kan anses for bevist, udgør en overtrædelse af artikel 85, kan der principielt ikke rettes indvendinger mod pålæggelse af en bøde. Jeg siger dette, fordi en tilregnelser synes berettiget i hvert fald siden dommen i sag 26/76¹ (i oktober 1977) — og i

dette tidsrum ligger langt de fleste overtrædelser, jeg anser for beviste — og da der heller ikke, som sagsøgeren gør det, kan tales om »uundgåelige, fejlagtige beslutninger« inden for rammerne af en hovedsageligt centralt styret distribution.

Derimod vil det givetvis være rigtigt at foretage en *væsentlig nedsættelse af bøden*. Begrundelsen herfor er, at en betragtelig del af Kommissionens klagepunkter ikke er holdbare, og at Kommissionen ikke har skaffet sig et pålideligt billede af bestemte overtrædelsers faktiske virkninger på markedet og for forbrugerne. Den nøjagtige udmåling af bødens størrelse overlader jeg til Domstolen.

4. Til slut et par ord om spørgsmålet, hvorvidt sagsøgeren, såfremt der skal udredes en bøde, skal *svare renter* af bødens beløb indtil betaling sker.

I denne forbindelse skal erindres om, at Kommissionen ved forkyndelsen af den anfægtede beslutning har udtalt, at den ved betalingsfristens udløb (21. april 1982) vil inddrive fordringen trods sagsanlægget, men dog ikke foretage inddrivelsesskridt så længe sagen verserer ved Domstolen, såfremt sagsøgeren erklærer sig indforstået med, at kravet fra betalingsfristens udløb forrentes med 1 % over Forbundsrepublikkens diskonto, og at der over for Kommissionen stilles bankgaranti, der omfatter hovedstol og renter. Dette har sagsøgeren efterkommet på den måde, at sagsøgerens bank den 17. marts 1982 har afgivet den af Kommissionen krævede garantierklæring. Sagsøgeren har desuden ved skrivelse af 28. april 1982 erklæret sig indforstået med, at bødekravet ved betalingsfristens udløb forrentes, og har

¹ — Dom af 25. 10. 1977 i sag 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1977, s. 1875.

bekræftet dette i retsmødet om sagsøgers udsættelsesbegæring.

Derefter afsagde præsidenten den 6. maj 1982 den indledningsvis omtalte kendelse om udsættelse af gennemførelsen af beslutningens artikel 3 mod opretholdelsen af den over for Kommissionen stillede garanti. Da sagsøgeren erklærede sig indforstået under det forbehold, at Domstolen skulle afgøre, hvorvidt der kunne kræves renter, indeholdt kendelsen tilsvarende forbehold. Følgelig skal her ved hovedsagens behandling yderligere siges et par ord om pligten til at betale renter, uanset at den anfægtede beslutning selv intet indeholder herom.

Sagsøgeren har her gjort gældende, at der mangler hjemmel til en sådan forpligtelse i fællesskabsretten. Kommissionen har under henvisning til EØF-traktatens artikel 185 gjort gældende, at sagsøgers forpligtelseserklæring har været en betingelse for Kommissionens accept af udsættelsen, og derfor udgør hjemmelen for rentekravet. Kommissionen mener desuden, at man kun derved kan opnå bødebeslutningens formål og forhindre unødvendige retssager med henblik på at opnå en rentefordel. Såfremt Domstolen ikke kan anerkende, at der foreligger en pligt til at betale renter, har Kommissionen subsidiært foreslået, at bøden forhøjes tilsvarende, for at udelukke en økonomisk fordel ved en udsættelse af gennemførelsen.

På dette punkt kan jeg igen tilslutte mig Kommissionen. Når Kommissionen fastslår, at der foreligger overtrædelse af artikel 85, stk. 1, og anser pålæggelse af en bøde for rigtig, så kan denne umiddelbart fuldbyrdes inden for den fastsatte frist. Økonomiske sanktioner efter traktatens system må principielt have umiddelbar virkning, da søgsmål ikke har opsættende virkning. Heraf kan der gøres undtagelse ved en foreløbig forholdsregel i medfør af procesreglementets artikel 85, når særlige betingelser er opfyldt. Da der for nogen tid siden blev fundet en mellem løsning, som også blev benyttet i den foreliggende sag, forekommer løsningen ikke alene helt igennem fornuftig, fordi den både undgår den strenge løsning ved umiddelbar gennemførelse, giver Kommissionen sikkerhed og udelukker tilskyndelse til at udsætte opfyldelse af en betalingsforpligtelse ved sagsanlæg. Dette kan heller ikke siges at være uden hjemmel, idet princippet for en sådan fremgangsmåde er indeholdt i procesreglementets artikel 86, stk. 2.

Hvis Domstolen således — i modsætning til undertegnede — mener, at sagsøgers optræden kan begrunde en beslutning om bøde, så må den af præsidenten truffne foranstaltning stadfæstes derhen, at vedkommende beløb fra den i beslutningen fastsatte forfaldsdato forrentes på den anførte måde, medmindre man måtte foretrække — hvilket kunne være nærliggende i tilfælde af en nedsættelse af bøden — at fastsætte beløbet således, at der herved tages hensyn til pligten til forrentning.

VII — Jeg skal hermed resumere:

Efter min opfattelse har sagen vist, at Kommissionens konstatering af, at det af AEG-Telefunken pr. 1. november 1973 indførte distributionssystem i sin faktisk anvendte form udgør en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, ikke er tilstrækkeligt bevist. Følgelig må Kommissionens beslutning i det hele annulleres, og sagens omkostninger må pålægges Kommissionen, herunder omkostningerne i sagen vedrørende foreløbige forholdsregler.