

## FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

G. FEDERICO MANCINI

fremsat den 31. maj 1988 \*

### *Høje Domstol.*

1. Tribunal de grande instance de Strasbourg ønsker oplyst, om den omstændighed, at en virksomhed på telekommunikationsområdet, der er førende på et regionalt marked i en medlemsstat, pålægger sine kunder tillægskontrakter indeholdende en række byrdefulde klausuler, bør antages at udgøre misbrug af dominerende stilling efter betydnungen i EØF-Traktatens artikel 86.

Ved stævning af 19. juli 1982 anlagde Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique (herefter benævnt »Alsatel«) sag mod Novasam, et selskab med hjemsted i Paris, der driver virksomhed med formidling af arbejdskraft og tjenesteydelser, hvorunder Alsatel påstod Novasam dømt til at betale en godtgørelse stor 125 834 FF. Ifølge stævningen er Novasam pligtig til at betale beløbet, fordi selskabet har opsagt tre kontrakter om leje og vedligeholdelse af telefonanlæg installeret af Alsatel i Novasam's afdelinger i Strasbourg, Mulhouse og Colmar. Sagsøgte har protesteret mod kravet og herved påberåbt sig, at de pågældende kontrakter må være ugyldige som følge af, at visse af de dér indeholdte klausuler er ulovlige.

Ved mellemafgørelse af 2. maj 1985 opfordrede retten i Strasbourg parterne til at udtale sig vedrørende spørgsmålet, om kontrakterne kan betragtes som forenelige med

de nationale og fællesskabsretlige bestemmelser. Så fulgte to kendelser af 17. september og 10. december 1986. Heri gik man ud fra følgende forudsætninger: Alsatel forelægger sine kunder kontrakter om leje og vedligeholdelse af telefonudstyr med en løbetid på femten år; kontrakterne får automatisk en ny løbetid svarende til den oprindelige, såfremt den oprindelige leje som følge af ændringer i anlægget forhøjes med 25% eller mere; lejeren forpligter sig til ikke at kontrahere med andre leverandører vedrørende ændringer, flytninger, udvidelser eller oprettelse af telefonlinjer samt i øvrigt enhver forandring af det pågældende anlæg; med hjemmel i det fastsatte forbud kan Alsatel i tilfælde af ændringer ensidigt fastsætte prisen for apparater og yderligere telefonlinjer; på den baggrund spørger retten i Alsace Domstolen, om kontrakterne — henset til selskabets betydelige markedsandel i det pågældende område — er udtryk for misbrug af en dominerende stilling efter EØF-Traktatens artikel 86.

Parterne i hovedsagen og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har for Domstolen afgivet skriftlige og mundtlige indlæg.

2. Jeg skal først bemærke, at markedet for telekommunikation, fremstilling og levering af apparater og udstyr i almindelighed i Frankrig er undergivet et statsmonopol. Blandt andet bestemmer artikel L 33 i loven

\* Oversat fra italiensk.

om post- og televæsenet følgende: »Installationer med henblik på telekommunikation kan kun etableres eller anvendes til transmittering af meddelelser ved Ministeriet for P & T's foranstaltning eller med dets godkendelse«.

Faktisk er det dog således, at P & T ikke udnytter sit monopol fuldt ud, men til adskillige virksomheder, inden for grænserne af et eller flere departementer, delegerer til-ladelsen til at bygge, installere og vedligeholde telefonanlæg. Det er klart, at de på-gældende selskaber for at kunne udnytte de-res mulighed — og hvad angår produktions-leddet, også virksomhederne — skal være i besiddelse af en særlig administrativ autori-sation. Desuden gælder det, at mens de »au-toriserede installatører« frit kan vælge anlæg, blot de har den nødvendige godken-delse, kan de »autoriserede konstruktører« kun etablere egenfremstillede telefoncentra-ler.

I øvrigt kan abonnenten — f. eks. et selskab som Novasam — der har til hensigt at ud-styre sit hovedkontor med en telefoncentral, vælge mellem at købe eller at leje anlægget. Herved må der, ifølge de til Domstolen fremlagte oplysninger fra Kommissionen, sondres mellem *simple* anlæg, med en eller to linjer, og *komplekse* anlæg, der er udstyret med flere linjer og har andre tekniske fordele. For at få rådighed over de sidst-nævnte var det på et tidspunkt nødvendigt at kontrahere med de autoriserede installa-tører. Imidlertid har også P & T nu i flere år leveret komplekst materiel på særlig for-delagtige betingelser; den sektor, i hvilken det offentlige og privatvirksomhederne kon-kurrerer, tenderer imidlertid mod at udvide sig (Kommissionens indlæg, s. 4).

Hvad herefter angår valget mellem leje og køb, hævder Kommissionen, at de autorise-rede installatører er i stand til at sælge en-hver form for anlæg og at sørge for deres vedligeholdelse. Derimod kan lejeformen, samt vedligeholdelsesservice i forbindelse hermed, kun tilbydes af installatører, som har råd til at købe det nødvendige apparatur og afskrive i lejemålets løbetid. P & T tilby-der alene kontrakter af den sidstnævnte art.

3. Jeg skal herefter gå over til at gennemgå de vigtigste aspekter af den tvist, der verse-rer for den nationale ret. Forelæggelsesken-delserne udtaler sig ikke om Alsatel's juridi-ske og økonomiske forbindelser. For sit ved-kommende har Kommissionen begrænset sig til at udtale, at selskabet sammen med 15 andre virksomheder deltager i en groupe-ment d'intérêt économique benævnt Intertel, hvis formål er at sikre medlemmerne marke-dets bedste vilkår ved materieforsyning.

Mere vigtige — men uden videre afvist af Alsatel — er de oplysninger, Novasam har fremlagt for Domstolen. Herefter skal sag-søgeren være forhandler og datterselskab hos Téléic-Alsatel, som er førende på ver-densmarkedet for virksomhedskommunikation og på sin side kontrolleret af Compagnie générale d'électricité. De virksomheder, der indgår i denne koncern, anvender sam-ordnet praksis, bl. a. ved at forlange kontrakter svarende til dem, Novasam måtte undertegne.

Konkret kan imidlertid ikke være tvivl om, hvad der er kontrakternes karakter og for-mål: de angår leje og vedligeholdelse af tre telefoncentraler, som — ifølge Kommissio-

nens udtalelser for Domstolen — inden for det komplekse apparatur tilhører den eneste kategori. Disse anlæg er for en stor dels vedkommende fremstillet af autoriserede konstruktører og tilbydes til udlejning af P & T og private installatører på konkurrencemæssige vilkår.

4. I Novasam's og Kommissionens skriftlige indlæg anmodes Domstolen om ikke blot at tage stilling til tvisten med udgangspunkt i artikel 86, men også i lyset af det i Traktatens artikel 85 fastsatte forbud. Desangående er realiteten imidlertid den, at Kommissionen erkender ikke at kunne »påvise nogen parallel adfærd mellem især installatørerne inden for samme gruppe« (s. 22). På grundlag af de oplysninger, Kommissionen er i besiddelse af (men som er ukendt for den forelæggende ret), *formoder* den dog, at retten i den under punkt 2 beskrevne situation kan fastslå forekomsten af samordnet praksis, »som har til formål at fastsætte forretningsvilkår og derfor falder ind under den kategori, der tages sigte på i artikel 85, stk. 1, litra a). Følgelig er ethvert kontraktvilkår, der hviler på denne aftale, uden retsvirkning i medfør af artikel 85, stk. 2« (s. 24).

De selvsamme klausuler — fortsætter Kommissionen — vil også kunne bedømmes som vertikale aftaler mellem virksomheder, og navnlig som aftaler om eneforhandling med en løbetid på mindst 15 år. Da de i øvrigt ikke angår levering af produkter, der senere skal sælges, er de ikke omfattet af reglerne — jfr. forordning nr. 67/67 af 22. marts 1967 (EFT 1967, s. 9) — om gruppefritagelse; og eftersom der ikke er blevet givet underretning om dem, som det forudsættes med henblik på anvendelsen af artikel 85, stk. 3, er den nationale ret den eneste myndighed, som kan underkende dem.

Den her resumerede tese kan ikke lægges til grund. Jeg skal herved bemærke, at Novasam i det væsentlige gjorde gældende, at artikel 85 kan finde anvendelse i sagen, og at retten ikke fandt det hensigtsmæssigt at forelægge Domstolen spørgsmål herom, hvilket heller ikke skete i forbindelse med rettens kendelse af 10. december 1986, der blev afsagt efter udtrykkelig begæring fra sagsøgte. Under de omstændigheder er det derfor utænkeligt — og det bekræftes da også af kendelsens grunde — at retten formulerede sit spørgsmål ukorrekt.

Nu gælder det imidlertid, at en forelæggelse med det indhold ikke kan korrigeres eller omformuleres, og det fremgår klart af Domstolens praksis. Det hedder således i præmisserne 5-7 i dommen af 9. juli 1969, sag 10/69, Portelange (Sml. 1969, s. 77), at artikel 177 »ikke tillader (Domstolen) at... tage stilling til motiverne for anmodningerne om fortolkningen; ... spørgsmålet, om de fællesskabsretlige bestemmelser eller begreber, der ønskes fortolket, faktisk er anvendelige på det konkrete tilfælde, er underdraget Domstolen og henhører under den nationale rets kompetence. Det påhviler derfor den nationale ret — tilføjes det i præmis 5 i dommen af 14. februar 1980, sag 53/79, ONPTS mod Damiani (Sml. 1980, s. 273) — som »alene har direkte kendskab til sagens faktiske omstændigheder og til de af parterne fremførte argumenter, og som har ansvaret for den afgørelse, der skal træffes, ... at bedømme, om de retsspørgsmål, som den for retten indbragte tvist har givet anledning til, er relevante, og om en præjudiciel afgørelse er nødvendig...«.

Hvis Kommissionen så er virkelig overbevist om, at de pågældende klausuler kan skade samhandelen inden for Fællesskabet, og at det var tanken med dem objektivt at fordrøje konkurrencen på fællesmarkedet, skal den da blot give meddelelse til de pågæl-

dende virksomheder om det, opfordre dem til at fremsætte bemærkninger til påtalen og eventuelt ved en beslutning forpligte dem til at ophøre med krænkelser. Alle og enhver véd i øvrigt, at beslutningen, hvad enten den bliver negativ eller positiv, er undergivet Domstolens direkte kontrol.

For nærværende er det derimod alene op til den nationale ret at bedømme, om klausulerne enten strider mod eller er i overensstemmelse med forbudet i artikel 85; sagens akter giver mig imidlertid ingen mulighed for at forsyne retten med kriterier, som kan vejlede den herved. Kommissionens udtalelse om en »vis parallel adfærd« er heller ikke brugbar; en bedømmelse af et forhold af den art kan faktisk kun ske med udgangspunkt i karakteren af forbindelserne mellem gruppens medlemmer, og på det punkt frembyder forelæggelseskendelserne og parternes indlæg som påvist ikke overensstemmende oplysninger. Især er der ikke enighed om, at de pågældende virksomheder følger samme politik på markedet for leje og vedligeholdelse af telefoncentraler (jfr. dom af 4. maj 1988, sag 30/87, Bodson, Sml. s. 2507, præmis 20). Når den nationale ret finder det hensigtsmæssigt, kan den imidlertid foretage en undersøgelse af problemet, idet den forelægger Domstolen et præjudicielt spørgsmål.

5. Jeg skal herefter gå over til at tage stilling til det forelagte spørgsmål inden for de grænser, der afstikkes af forelæggelseskendelsens formulering. Som bekendt forbyder artikel 86 misbrug i forbindelse med den udnyttelse, som en eller flere virksomheder fo-

retager af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller på en væsentlig del heraf. Forbudet finder imidlertid kun anvendelse, såfremt adfærden mærkbart kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. I reglen er det derfor nødvendigt: a) at fastlægge det relevante marked og dets geografiske udstrækning, b) at fastslå, om en eller flere virksomheder har en dominerende stilling og udøver misbrug, og c) at klarlægge, om samhandelen i EF skades mærkbart som følge af adfærden.

Med hensyn til det første punkt udtalte jeg i afsnit 3, at det pågældende marked angår leje og vedligeholdelse af telefoncentraler til virksomhedsbrug, tilhørende kategorien af de simpleste anlæg inden for det såkaldte komplekse apparatur. Med hensyn til dets geografiske dimension har Kommissionen med rette bemærket, at installatører og konstruktører alene kan drive virksomhed efter autorisation fra P & T, som de konkurrerer direkte med. Deres adfærd skulle altså vurderes på grundlag af det af monopolet dækkede territorium. På det praktiske plan bevirker selve karakteren af den relevante tjenesteydelse dog, at konkurrencen mellem installatørerne i første række udspiller sig på regionalt eller lokalt niveau; og det indebærer, at beviset for dominerende stilling skal føres inden for denne ramme.

Retten i Strasbourg har imidlertid oplyst Domstolen om, at Alsattel's ansøgninger om autorisation udgør »mere end halvdelen« i Alsace-Lorraine's departementer: der foreligger hermed en omstændighed, af hvilken Kommissionen — i betragtning af konkur-

rencen fra P & T — udleder, at Alsatel på markedet for leje af forholdsvis komplekse anlæg har en andel, som udgør lidt over en tredjedel. Med andre ord har P & T og Alsatel *grosso modo* samme stilling; og hvis det er korrekt, er det selvfølgelig ikke berettiget at tale om, at Alsatel har en dominerende stilling på det regionale marked og da slet ikke på det nationale marked.

6. Jeg kunne indstille gennemgangen her. Kommissionen har imidlertid udtalt, at sagsforholdet bør undersøges under den bredere synsvinkel kollektiv dominerende stilling, og den har med henblik herpå anført, at markedet for leje af telefonanlæg, set under ét, er opdelt mellem tre store kategorier af virksomheder: P & T, som har en markedsandel på en tredjedel, og de autoriserede installatører, som har de resterende to tredjedele. Ifølge Domstolens praksis foreligger der i øvrigt dominerende stilling også i tilfælde, hvor virksomheder, som tilhører samme gruppe eller udgør et kartel, tilsammen er i stand til at hindre en effektiv konkurrence. Som omtalt antager Kommissionen imidlertid — uden dog at være sikker i sin sag — at der mellem deltagerne i Inter-tel-gruppen foreligger en vis »parallel adfærd«.

Jeg skal endnu engang bemærke, at sagens akter ikke indeholder oplysninger, som kan begrunde en sådan mistanke. Tværtimod synes det at måtte tale mod Kommissionens hypotese, at P & T for nogen tid siden har indledt en skrappe konkurrence over for installatører, som udlejer relativt komplekse anlæg, idet P & T tilbyder abonnenterne samme tjenesteydelser men på gunstigere vilkår.

Afgørelsen af, om denne hypotese er en realitet på markedet for udlejning af telefonan-

læg, er imidlertid den nationale rets opgave. Herved bør retten have in mente, at Domstolen har antaget dominerende stilling efter betydningen i artikel 86, hvor der forligger en »økonomisk magtposition, som sætter en virksomhed i stand til at hindre, at der kan opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan anlægge en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne«. Desuden kan man ved undersøgelsen i så henseende ikke »begrænse sig... til... varers (og relevante tjenesteydelser) objektive karakteristika; også konkurrencevilkårene og efterspørgsels- og udbudsstrukturen på det pågældende marked må tillægges betydning« (dom af 9. november 1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmisserne 30 og 37). Endelig vil det ikke være korrekt af retten at bortse fra, at artikel 86 også er anvendelig, såfremt fravær eller begrænsning af konkurrencen begunstiges af interne retsregler af legislativ eller administrativ art (dom af 4. maj 1988, nævnt ovenfor, præmis 26).

Jeg skal nu gå over til de øvrige to betingelser i artikel 86. Hvad angår spørgsmålet, om de omtvistede former for praksis har karakter af misbrug (der sigtes til de brugeren påtvungne klausuler, kontraktens løbetid og lejen), bør retten i Strasbourg tage stilling til, om og i hvilket omfang disse er nødvendige for Alsatel's virksomhed og for amortiseringen af den af virksomheden investerede kapital. Med henblik herpå kan det være hensigtsmæssigt at tage hensyn til værdien af det anvendte materiel, den pris, abonnenten har betalt for installationen, og forholdet mellem lejens størrelse og vedligeholdelsesudgiften. Disse oplysninger skal sammenlignes med de tilsvarende tal ifølge P & T's kontrakter, hvorved det dog ikke må glemmes, at den offentlige virksomhed er begunstiget af adgangen til ressourcer hidrørende fra statsbudgettet.

Endelig skal jeg minde om Kommissionens erkendelse af, at den ikke er i besiddelse af de helt afgørende oplysninger for at bedømme, om den del af telefonmateriellet, som indføres fra andre medlemsstater og sælges på det franske marked, er »tilstræk-

kelig væsentlig for at konkludere, at samhandelen mellem medlemsstaterne 'mærkbart' påvirkes«. Også sådanne oplysninger skal den forelæggende ret altså søge at indsamle, hvilket bestemt ikke er nogen misundelsesværdig opgave.

7. På grundlag af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at give nedenstående besvarelse på det spørgsmål, der er forelagt af tribunal de grande instance de Strasbourg ved kendelser af 17. september og 10. december 1986 i den dér verserende sag mellem Alsatel og Novasam.

»Forbudet i EØF-Traktatens artikel 86 finder anvendelse på praksis, der er udtryk for misbrug, iværksat af en eller flere virksomheder, som på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf har en økonomisk styrke, der gør det muligt for den eller dem at opstille hindringer for opretholdelsen af en effektiv konkurrence på markedet i form af muligheder for en vis grad af enerådig optræden over for konkurrenter, kunder og i sidste instans forbrugerne. Såfremt disse forudsætninger ikke er opfyldt, og samhandelen inden for Fællesskabet ikke udsættes for en væsentlig påvirkning, er en praksis udøvet af en eller flere virksomheder, selv om den må betragtes som mislig, ikke omfattet af anvendelsesområdet for artikel 86.«