1. **Vedrørende anmodningens punkt 1.**
   En kontrakt mellem en producent og en autonom detailhandler, hvorved sidstnævnte forpligter sig til udelukkende at købe hos den nævnte, i samme medlemsstat hjemmehørende producent, og hvis opfyldelse ikke nødvendiggør de pågældende varers overskridelse af landegrænser, vedrører hverken indførsel eller udførsel mellem medlemsstater i betydningen af artikel 4, stk. 2, nr. 1 i forordning nr. 17 og er følgelig fritaget for anmeldelse.

2. **Vedrørende anmodningens punkt 2.**
   En aftale, der ikke skal anmeldes og ikke er blevet det, har fuld virkning, så længe dens ugyldighed ikke er fastslået.

Lecourt — Monaco — Pescatore
Donner — Trabucchi — Strauß — Mertens de Wilmars

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 18. marts 1970.

A. Van Houtte
Justitssekretær

R. Lecourt
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JOSEPH GAND FREMSAT DEN 5. FEBRUAR 1970

Høje Ret.

Den af Oberlandesgericht Karlsruhe foretagne henvisning til Domstolen med henblik på fortolkning er foranlediget af en kontrakt om ølleverance af samme slags som den, Domstolen allerede har stiftet bekendtskab med i sagen Haecht (23/67 — 12. 12. 1967 — Sml. 1965—1968, s. 421 — Recueil XIII — 1967, s. 525); men de spørgsmål, der er stillet Domstolen vedrørende traktatens artikel 85 og forordning nr. 17, har, som man vil se, en meget generel rækkevidde.

I

De faktiske forhold, som ligger til grund for striden, er følgende:

Bryggeriet Bilger, Gottmadingen, indgik den 7. januar 1950 en kontrakt med ægteparret Jehle, kroejere, hvorved disse forpligtede sig til regelmæssigt og varigt at drive to øludskænkningssteder ved Friedrichshafen og udelukkende købe øl hos deres medkontrahent. Herudover lovede de at overdrage disse forpligtelser til deres successorer, samt til deres forpagtere og disses successorer. Til gengæld stillede bryggeriet Bilger inventar til rådighed for dem, ligesom det ydede dem forskellige lån. Kontrakten var bindende for kroværterne indtil den 1. oktober 1975 og udover denne dato, så længe de benyttede en kredit hos bryggeriet, eller dette havde nogen fordring på dem; den blev ved et retsforlig den 22. september 1960 forlænget med 3 år indtil den 1. oktober 1978.

Kontrakten blev ikke anmeldt til Kommissionen efter ikrafttrædelse af forordning nr. 17.

I 1962 bortforpagtede ægteparret Jehle den ene kro, medens de fortsat selv drev den anden; og efter denne dato udskænkede de to kroer udover Bilger-øl særlige ølsorter fra andre bryggerier. De ydede lån blev til gengæld tilbagebetalt, og det meste af det inventar, som de havde fået lov til at benytte, tilbagegivet.

Bryggeriet Bilger anlagde sag ved de tyske domstole med påstand om, at ægteparret Jehle tilpligtedes at undlade indtil datoen for kontraktens ophør at købe, udskænke eller sælge andet øl end sagsøgers i den af det drevne kro. Herudover krævede bryggeriet skadeserstatning for den skade, som det havde lidt, og som skyldtes såvel ægtefællerne Jehle som deres forpagter.

Sagen gik igennem alle juridiske instanser helt op til Bundesgerichtshof, der, efter en af begge parter indgivet anke, hjemviste den til Oberlandesgericht Karlsruhe.

Først for denne domstol gjorde sagsøgte i et indlæg af 2. juli 1968 gældende, at ølleveringskontrakten var ugyldig i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. I virkeligheden er ca. 80 % af de tyske kroværter bundet af leveringskontrakter, og 60 % af hele produktionen fra de tyske bryggerier sælges ved eneleveringskontrakter, hvilket medfører en indskrænkning af handelen mellem medlemsstaterne, idet de andre medlemslandes bryggerier ikke længere finder afsætning i Forbundsrepublikken. Til støtte for deres tese har de påberåbt sig Domstolens dom i Haechtsagen. Den pågældende ret har, idet den støtter sig til nævnte doms ordlyd, hvorefter de nationale dommere opfordres til at undersøge den enkelte bryggerikontrakt for at se, om den »på grundlag af en række objektive retlige eller faktiske omstændigheder« kan tænkes at falde ind under artikel 85, stk. 1, stillet parterne en imponerende række spørgsmål, der især angår produktionen, salget og forbruget af øl i Tyskland. Først efter at parterne har måttet erklære sig ude af stand til at besvare det væsentlige i disse spørgsmål, har Oberlandesgericht stillet Domstolen to spørgsmål, som jeg vil behandle successivt.

II

Den tyske dommer spørger først og fremmest, om en ølleveringskontrakt mellem to virksomheder i en medlemsstat, der er indgået før den 13. marts 1962, vedrører indførslen og udførslen mellem nedlemsstater i betydningen af artikel 4, stk. 2, nr. 1 i forordning nr. 17, når eneforhandlingsklausulen er sålydende: »Kroværten forpligter sig til udelukkende at købe det for hans virksomhed nødvendige øl hos bryggeriet«, (der ligger i samme medlemsstat), og om en sådan kontrakt skal anmeldes i overensstemmelse med artikel 5, stk. 1 og 2 sammenholdt med artikel 4, stk. 2, nr. 1 i samme forordning.

Den tyske dommer holder sig uden tvivl alt for nøje til ordlyden af kontraktens eneforhandlingsklausul, hvis gyldighed han skal bedømme, men kernen i hans spørgsmål er at få klarhed angående den slags aftaler, der ikke vedrører hverken indførslen eller udførslen mellem medlemsstater, altså det i artikel 4, stk. 2, nr. 1 i forordning nr. 17 omtalte begreb. Domstolen skal således give en fortolkning af en fællesskabstekst, og den kan herved forbigå alle de betragtninger over ølleverancekontrakternes økonomiske nytteværdi eller skadelighed, som er fremsat under skriftvekslingen eller i retssalen.

Forordning nr. 17 fastslår princippet om, at de aftaler, som omhandles i traktatens artikel 85, stk. 1, og med hensyn til hvilke de pågældende påberåber sig bestemmelserne i artikel 85, stk. 2, skal anmeldes til Kommissionen og ikke kan gøres til genstand for en beslutning om anvendelse af artikel 85, stk. 3, hvad de heller ikke er blevet. Således forholder det sig, hvad enten disse aftaler er indgået før eller efter forordningens ikrafttræden. Under hensyn til, at nogle af dem i henseende til deres karakteristika kan forekomme mindre farlige for fællesmarkedets udvikling, undtager den nævnte bestemmelse imidlertid visse typer af aftaler fra den således fastsatte pligt, heriblandt sådanne, hvori der kun deltager virksomheder fra én medlemsstat, og som ikke vedrører hverken indførslen eller udførslen mellem medlemsstater (artikel 4, stk. 2, nr. 1 for nye aftaler — art. 5, stk. 2 for de aftaler, der eksisterede ved forordningens ikrafttræden).

Man må således se på, om en aftale, hvorved en virksomhed forpligter sig til udelukkende at købe visse produkter hos en anden virksomhed i samme medlemsstat, *vedrører* indførslen eller udførslen mellem medlemsstater i betydningen af artikel 4, stk. 2, nr. 1.

Jeg mener, at spørgsmålet må besvares benægtende. Forpligtelsen til udelukkende at købe hos en bestemt medkontrahent i samme medlemsstat udelukker ganske vist muligheden for at henvende sig til andre leverandører fra samme eller en anden medlemsstat, og derfor kan det ikke udelukkes, at aftalen påvirker indførslen eller udførslen. Men dette er ikke, hvad der sigtes til i eneleverancekontrakten; man kan ikke sige, at kontrakten *vedrører* dem, da dette forekommer mig et stærkere udtryk end ordet »*påvirke*«, som anvendes i traktatens artikel 85, og den indflydelse, den måtte have på dem, er kun indirekte. Denne er i øvrigt vanskelig at vurdere, idet medkontrahenterne næppe kan bedømme de indirekte konsekvenser, af de aftaler, de indgår, og disse konsekvenser kan udvikle sig forskelligt efter omstændighederne; det forekommer mig således, at den kan lades ude af betragtning.

I øvrigt ville bestemmelsen i artikel 4, stk. 2, nr. 1 i forordning nr. 17 blive praktisk taget betydningsløs, dersom man antog, at alle eneleveranceaftaler mellem virksomheder i én og samme medlemsstat vedrørte indførslen eller udførslen.

Ved at rette en smule på den tyske dommers spørgsmål kunne dette besvares med, at kontrakter mellem to virksomheder i samme medlemsstat, hvorved den ene part forpligter sig til udelukkende hos den anden part at købe visse produkter, som han sælger videre på samme medlemsstats territorium, ikke vedrører indførslen eller udførslen mellem medlemsstater i betydningen af artikel 4 i forordning nr. 17 og derfor ikke skal anmeldes.

III

Oberlandesgericht spørger endvidere, hvorledes EØF-traktatens artikel 85, stk. 2 skal fortolkes med hensyn til de aftaler, der ikke skal anmeldes, når henses til, at Kommissionens beslutning om fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3 og artikel 6 i forordning nr. 17 kan have tilbagevirkende kraft, og om en aftale, der ikke skal anmeldes, midlertidig er gyldig.

Artikel 85, stk. 2 bestemmer, at de forbudte aftaler ingen retsvirkning har. Domstolen blev hurtigt stillet over for spørgsmålet om den rette betydning af denne bestemmelse med hensyn til de aftaler, som eksisterede ved ikrafttrædelsen af forordning nr. 17, og Domstolen har besvaret spørgsmålet i dommen af 6. april 1962 i sagen Geus mod Bosch (13—61, Sml. 1954—64, s. 293). Domstolen fastslog, at disse aftaler ikke var ugyldige, blot fordi de faldt ind under bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, idet de kunne fritages for forbudet i dette stykke i medfør af bestemmelserne i tredje stykke i samme artikel. Og her vil jeg citere en passage af Domstolens dom, der lyder som følger: »Disse aftaler og vedtagelser skal betragtes som gyldige, når de falder ind under forordningens artikel 5, stk. 2 (aftaler, der ikke skal anmeldes). De skal betragtes som foreløbigt gyldige, når de, uden at henhøre under denne bestemmelse, er anmeldt til Kommissionen i henhold til forordningens artikel 5, stk. 1.« Denne gyldighed er dog ikke endelig, da Kommissionen herefter kan nægte at give fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3.

Man manglede at definere denne midlertidige gyldighed og præcisere dens virkninger. Dommen af 1962 har givet stødet til en lang række løsningsforslag, såvel den nationale retspraksis som i retslæren, fra de mest restriktive til de mest liberale, og generaladvokat Roemer har opstillet en fuldstændig fortegnelse herover i sit forslag til afgørelse i Portelangedommen af 9. juli 1969 (10—69, org.ref. Recueil XV—1969, s. 309). Sagen drejede sig om en aftale, som var indgået før ikrafttrædelsen af forordning nr. 17, og som skulle anmeldes og faktisk var blevet det.

I sine indlæg for Domstolen hævdede Kommissionen, idet den gik ud fra, at forbudet i artikel 85, stk. 1, selv i tilfælde af anmeldelse, forbliver gældende så længe den ikke selv har truffet beslutning vedrørende aftalen, at det er uforeneligt med traktaten, at et kartel før

der er truffet beslutning desangående, betragtes som gyldigt uden begrænsninger i civilretlig henseende. Selv om den måtte indrømme, at der i den nævnte venteperiode eksisterede visse bånd mellem parterne, såsom pligten til at samarbejde med henblik på at opnå fritagelse i henhold til atrikel 85, stk. 3 og til at afholde sig fra enhver handling, der kan skade opnåelsen af denne fritagelse, fandt den således, at parterne ikke på grundlag af aftalen kunne påberåbe sig krav på opfydelse af kontrakten for de nationale domstole.

Domstolen hat fuldstændigt forkastet denne these. Spørgsmålet, om en anmeldt aftale virkelig er forbudt, beror på vurderingen af betingelser, som ikke kan siges at være opfyldt, uden at det udtrykkeligt er konstateret, at det pågældende tilfælde ikke blot falder ind under artikel 85, stk. 1 men desuden ikke kan fritages i henhold til stk. 3.

Så længe en sådan konstatering ikke er sket, skal enhver behørigt anmeldt aftale anses som gyldig, og det almindelige retssikkerhedsprincip kræver, at den har fuld virkning, så længe Kommissionen ikke har truffet afgørelse.

Skal man anerkende samme løsning for de aftaler, som ikke skal anmeldes, og som rent faktisk ikke er blevet det?

Bryggeriet Bilger påberåber sig en hel række grunde til støtte for et bekræftende svar. Det minder først om Bosch-dommen, der ikke behandler den slags aftaler mindre gunstigt en dem, der i henhold til forordning nr. 17 skal anmeldes. Når de er blevet fritaget for denne forpligtelse, er det fordi, de som det også ses af motiverne til forordningen, er »mindre farlige« for udviklingen af fællesmarkedet end de andre; derfor må de i hvert fald kunne finde anvendelse i lige så vid udstrækning. På den anden side bestemmer artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 17, at de med tilbagevirkende kraft kan fritages for forbudet i artikel 85, stk. 1. Det ville derfor være ulogisk at betragte dem som betinget ugyldige eller uden reelle virkninger, så længe Kommissionen ikke har truffet beslutning om dem. Hvis de skulle anmeldes for at få sådanne virkninger — hvilket står åbent efter artikel 5, stk. 2 i forordningen — ville enhver alvorligt arbejdende virksomhed praktisk taget være tvunget til at opfylde denne formalitet, men ved således at udligne forskellen mellem de aftaler, der skal anmeldes, og dem, der er fritaget herfor, ville man svigte forfatternes hensigt med forordningen, og Kommissionen måtte berede sig på at modtage en strøm af sager. Endelig er retssikkerhedskravet lige så stærkt for disse aftaler som for dem, der omhandles i Portelange-dommen, og Kommissionens sendrægtighed med at træffe beslutning om fritagelse er ligeledes skadelig for dem.

Kommissionen stiller sig helt anderledes. Den fastholder den samme restriktive opfattelse vedrørende den midlertidige gyldighed af aftaler, som er fritaget for anmeldelse, som den forgæves har hævdet for aftaler, der skal anmeldes. Til støtte for denne opfattelse henviser Kommissionen til de grunde, som den mener, har inspireret Portelange-dommen: de pågældendes manglende mulighed for at fremskynde vedtagelsen af en beslutning i henhold til artikel 85, stk. 3 og kravene til retssikkerhed — den lejlighed, som anmeldelsen giver Kommissionen til at afslutte en midlertidig situation ved at nægte at give fritagelse eller ved at benytte sig af forordningens artikel 15, stk. 6. Når de pågældende således er blevet underrettet om, at Kommissionen efter en midlertidig undersøgelse ikke finder at kunne anvende artikel 85, stk. 3, kan de kun for egen risiko fortsætte opfyldelsen af aftalen.

Vedrørende de ikke-anmeldte aftaler skulle situationen være en helt anden. Virksomhederne hat faktisk altid mulighed for frivilligt at anmelde dem og således få den retlige usikkerhed, som de befinder sig i, bragt til ophør.

Kommissionen, der i almindelighed informeres om de nævnte aftalers eksistens med stor forsinkelse, har ingen mulighed for hurtigt at benytte en af forordning nr. 17's procedurer mod de pågældende. Under henvisning til artikel 15, stk. 2 fremfører den endelig, at man ved at tillægge de ikke anmeldelsespligtige aftaler de i Portelange-dommen beskrevne retsvirkninger risikerer at skabe konflikt mellem den privatretlige pligt til opfyldelse af kontrakten og den offentligretligt sanktionerede pligt til at respektere traktatens

konkurrenceregler. Den benægter ikke, at kontrakten har skabt bånd og forpligtelser mellem parterne, den mener, at de pågældende ikke bør foretage sig noget, der virker imod en fritagelse, og at de især ikke bør indgå kontrakter, som kan hindre opfyldelsen af den midlertidigt gyldige aftale; men denne gyldighed bør ikke medføre, at en part før Kommissionen har truffet sin afgørelse, kan forlange, at den anden part opfylder sin forpligtelse, eller kræve erstatning for ikke-overholdelse af denne forpligtelse. Således burde den tyske dommers spørgsmål besvares efter Kommissionens opfattelse.

Denne argumentation er ikke uden slagkraft, og visse argumenter fra positiv ret kan synes at støtte den. Man må imidlertid bemærke, at de fleste af Portelangedommens begrundelser for at tillægge de anmeldelsespligtige aftaler fuld virkning også gælder i nærværende tilfælde: det er således især rigtigt hvad angår den retsusikkerhed, som rammer disse kontrakter. Den foreslåede løsning, nemlig den frivillige anmeldelse af aftalerne, kunne, hvis man gjorde den til en *nødvendig* betingelse for, at de fik fuld virkning, resultere i en langt stærkere strøm af anmeldelser, end Kommissionen regner med.

I øvrigt er en sådan løsning sikkert ikke i overensstemmelse med tankegangen hos forordningens forfattere, da de for denne formalitet fritog de i artikel 5, stk. 2 nævnte aftaler, som ikke blot er dem, der indgås mellem virksomheder i samme medlemsstat og hverken vedrører indførslen eller udførslen mellem medlemsstater. Muligheden for fritagelse er baseret på den idé, at nævnte aftaler er mindre farlige end fællesmarkedets udvikling: man må således antage, at de, hvis de virkelig falder inden for artikel 85, stk. 1's anvendelsesområde, har alle chancer for at kunner fritages i henhold til samme artikels stk. 3, og der er ingen større fare forbundet med midlertidigt at tillægge dem udstrakte virkninger. Endelig synes den mulighed for konflikt, som Kommissionen mener vil kunne opstå mellem den privatretlige og den offentligretligt sanktionerede pligt, mig at være desto mindre at befrygte, som det i retssalen erklæres, at Kommissionen i påkommende tilfælde antagelig ville undlade at pålægge bøde.

Denne myndigheds opfattelse forekommer mig også noget urealistisk; jeg kan ikke se nogen tvingende grund til at give den midlertidige gyldighed af aftaler, som i medfør af artiklerne 4, stk. 2, nr. 1 og 5, stk. 2 ikke skal anmeldes, en mindre rækkevidde end den, der gælder for de anmeldte aftaler, og svaret til den tyske dommer kunne mutatis mutandis udformes i lignende vendinger som i Portelange-dommen.

Jeg foreslår, at svaret på det andet spørgsmål fra Oberlandesgericht Karlsruhe bliver, at de i traktatens artikel 85, stk. 1 omtalte aftaler, som er fritaget for anmeldelse i henhold til artikel 5, stk. 2 i forordning nr. 17, har fuld virkning, så længe Kommissionen ikke har truffet beslutning i medfør af artikel 85, stk. 3 og nævnte forordnings bestemmelser.