FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 8. juni 1995 *

1. De præjudicielle spørgsmål, som er forelagt af Bundesgerichtshof, vedrører fortolkningen af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, og af en række bestemmelser i Kommissionens forordning (EØF) nr. 123/85 af 12. december 1984 om anvendelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af salgs- og serviceaftaler vedrørende motorkøretøjer [1].

Faktiske omstændigheder

2. ALD Auto-Leasing GmbH (herefter »ALD«) er et uafhængigt leasingselskab, som tilbyder biler fra diverse fabrikanter til såvel private som erhvervsmæssige brugere. ALD har en bilpark (i drift) på ca. 128 000 enheder. Med en årlig omsætning på ca. 1 mia. DM er det det næststørste tyske leasingselskab og det største af de fabrikantuafhængige selskaber.

Den nationale ret ønsker navnlig oplyst, om det er uforeneligt med Fællesskabets konkurrenceret, at en fabrikant inden for rammerne af et selektivt salgssystem for motorkøretøjer forbyder forhandleren at levere til uafhængige leasingselskaber, såfremt de pågældende køretøjer er bestemt for kunder, der har bopæl eller forretningssted uden for aftaleområdet for den forhandler, som de er blevet købt hos. Såfremt dette spørgsmål besvares benægtende, ønsker den nationale ret oplyst, om denne adfærd alligevel kan forbydes i medfør af de nationale konkurrencebestemmelser.

Ud over brug af køretøjet for et bestemt tidsrum tilbyder ALD også en fuldstændig service (»Full service«), som omfatter reparationer, syn, forsikringer, afgifter, radiolicenser samt bistand ved uheld. De af ALD tilbudte leasingkontrakter indeholder ingen option på køb for brugeren.

ALD tilbyder også leasing af BMW-motorkøretøjer, der fremstilles af selskabet Bayerische Motorenwerke AG (herefter »BMW«), og som det køber inden for hele aftaleområdet hos de autoriserede BMW-forhandlere eller -filialer, der tilbyder de

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT 1985 L 15, s. 16.

bedste betingelser. ALD indgår også leasingkontrakter med leasingtagere, der har bopæl eller forretningssted uden for det område, BMW ved aftale har tildelt den forhandler, ALD har købt de køretøjer fra, som selskabet herefter giver i leasing.

3. BMW sælger i Tyskland de motorkøretøjer, som det fremstiller, gennem et system af filialer og autoriserede forhandlere. Også i udlandet, og især i EF-medlemsstaterne, har selskabet en mere eller mindre tilsvarende salgsorganisation.

For at imødekomme den stigende efterspørgsel efter leasingkøretøjer, en sektor der har fået stadig større betydning på bilmarkedet, benytter BMW selskaberne BMW Kredit Bank GmbH og BMW-Leasing GmbH. Disse selskabers ydelser tilbydes (også) af BMW-forhandlerne selv. Den leasingvirksomhed, der drives med BMW-køretøjer, udøves imidlertid ifølge BMW i stadig højere grad af de uafhængige selskaber.

4. Idet BMW fandt, at disse uafhængige selskaber, som således ikke er omfattet af de kontraktmæssige forpligtelser, som er grundlaget for BMW's forhandlernet, førte til forstyrrelser af selskabets salgsorganisation, sendte selskabet den 12. februar 1988 sine forhandlere en rundskrivelse om »levering til fremmede leasingselskaber«. Det anføres i rundskrivelsen, at disse selskaber er, »*på samme måde som alle andre slutforbrugere*, ved køb af nye BMW-køretøjer henvist til BMW's salgsorganisation« [2], og det fremhæves, at de handler med en eller nogle få forhandlere i organisationen og uden at tage hensyn til leasingtagerens/kundens forretningssted/bopæl.

Det anføres, at der herved er opstået et parallelt (overregionalt) salgssystem, som fjerner den områdebeskyttelse, forhandlerne har inden for deres aftaleområde, og som derfor bringer BMW's salgsorganisation i fare.

5. Salget af motorkøretøjer til de uafhængige leasingselskaber medfører endvidere efter BMW's opfattelse, at visse bestemmelser i forhandlerkontrakten omgås, dvs. at de pågældende forhandlere ved salget tilsidesætter deres kontraktmæssige forpligtelser. For at bringe dette forhold til ophør bestemmes det nærmere i rundskrivelsen:

»Det er herefter ikke tilladt at kontrahere med leasingtagere, som har forretningssted

2 — Min fremhævelse.

uden for aftaleområdet, og som er blevet eller bliver hvervet af det fremmede selskab. I disse tilfælde handler det fremmede leasingselskab i praksis som mellemmand. Såfremt en sådan formidling uden for aftaleområdet sker som led i en fast forretningsforbindelse, udgør dette en overtrædelse af punkt 2.4 i BMW's forhandlerkontrakt. Noget andet gælder kun, hvor køretøjet efterspørges på kundens/leasingtagerens initiativ, dvs. når Deres virksomhed har forretningsforbindelse med en kunde, der selv ønsker, at der anvendes et fremmed leasingselskab. I dette tilfælde skabes efterspørgslen ikke af mellemmanden, idet leasingselskabet alene herved opfylder den konkrete leasingkontrakt.

Dette indebærer følgende konsekvenser for Deres forretningsvirksomhed:

1. I henhold til forhandlerkontrakten skal De, når De indgår aftaler med fremmede leasingselskaber, principielt forvisse Dem om, hvor den pågældende kunde har forretningssted eller bopæl. Såfremt dette/denne ligger uden for aftaleområdet, skal selskabet principielt henvises til det medlem af salgsorganisationen, der er kompetent efter reglerne.

...

3. Sker der sådanne overtrædelser, er vi, efter at have givet vedkommende person en advarsel om kontraktbruddet, berettiget til at opsige kontrakten i medfør af punkt 11.5.

Vi skal anmode Dem om fremover at tage Dem omhyggeligt af disse problemer. Kun derved er det muligt på længere sigt at opretholde den salgsorganisation, der er opbygget i salgsorganisationens og kundernes interesse« [3].

6. ALD mente, at denne rundskrivelse var en ulovlig opfordring til boykot og en urimelig hindring af selskabets erhvervsmæssige virksomhed i § 26, stk. 1's forstand i GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (lov om forbud mod konkurrencebegrænsninger), såvel som en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 85. Selskabet anlagde derfor sag ved Landgericht Frankfurt am Main med påstand om, at BMW blev pålagt et forbud mod at opfordre sine forhandlere til at nægte at levere køretøjer, såfremt disse i henhold til en af ALD indgået kontrakt er bestemt for en leasingtager, som har bopæl eller forretningssted uden for forhandlerens aftaleområde.

Landgericht gav på grundlag af national ret ALD medhold i påstanden, og denne afgørelse blev stadfæstet af Oberlandesgericht.

3 — Ved skrivelse af 30.7.1990 har BMW faktisk indgivet anmeldelse til Kommissionen om selskabets praksis med hensyn til leasingkontrakter og samtidig anmodet om en negativattest eller, for så vidt angår rundskrivelsen, en fritagelse for punkt 2.4 i forhandleraftalen. Kommissionen har indtil d.d. endnu ikke taget stilling.

7. BMW har indbragt en kassationsanke (»Revision«) for Bundesgerichtshof, som har anført, at den omhandlede rundskrivelse faktisk havde til formål at forbyde leverancer, og at denne opfordring ikke var begrænset til situationer, hvor der sælges til fremmede leasingselskaber, der har varige forretningsforbindelser med en eller flere forhandlere, men generelt forfulgte det formål, at de uafhængige leasingselskaber, som driver virksomhed på overregionalt niveau, begrænser deres virksomhed med leasing af BMW-motorkøretøjer til det regionale niveau, således at deres erhvervsudøvelse i det væsentlige begrænses til det i forhandleraftalerne fastlagte aftaleområde. Bundesgerichtshof har endvidere fundet det ubestrideligt, at den omhandlede rundskrivelse også var rettet mod ALD, som er det største uafhængige leasingselskab.

Ifølge Bundesgerichtshof kan den nævnte rundskrivelse imidlertid ikke betragtes som en boykotopfordring, såfremt det af BMW forfulgte formål ikke var retsstridigt at påføre tredjemand en skade. Dette ville være tilfældet, såfremt det blev bevist, at BMW med opfordringen til sine forhandlere om ikke at levere til de uafhængige leasingselskaber forfulgte nogle interesser, som tages i betragtning og beskyttes i fællesskabsretten, især i medfør af forordning nr. 123/85.

8. Bundesgerichtshof fandt, at afgørelsen i sagen mellem BMW og ALD afhænger af fortolkningen af Fællesskabets konkurrenceregler og har derfor forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er det — også når henses til forordning (EØF) nr. 123/85 — i strid med EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, såfremt en motorkøretøjsfabrikant, der sælger sine køretøjer gennem et selektivt salgssystem, aftaler med sine autoriserede forhandlere, at der ikke må leveres køretøjer til leasingselskaber, der er uafhængige af fabrikanten, når køretøjerne skal stilles til rådighed for leasingtagere, der har bopæl eller forretningssted uden for den pågældende forhandlers aftaleområde, eller såfremt en motorkøretøjsfabrikant opfordrer forhandlerne til at optræde på denne måde?

2) Såfremt spørgsmål 1) besvares benægtende, er forordning (EØF) nr. 123/85 da til hinder for, at den nationale domstol træffer en afgørelse, hvorved det forbydes en motorkøretøjsfabrikant at rette en opfordring, som beskrevet i spørgsmål 1), til sine autoriserede forhandlere, fordi dette er en opfordring til leveringsstop, der er ulovlig i henhold til nationale bestemmelser om konkurrencebegrænsninger?«

Det første spørgsmål

9. Før jeg undersøger, hvorvidt rundskrivelsen kan fritages i medfør af forordning nr. 123/85, er det naturligvis nødvendigt at fastslå, om den udgør en overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1, hvilket i øvrigt er ubestridt i nærværende sag.

a) *Artikel 85, stk. 1*

10. Artikel 85, stk. 1, forbyder aftaler, som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet.

Eftersom det følger af en fast retspraksis [4], at vertikale aftaler ikke er undtaget fra konkurrencereglerne, og da det er muligt, at en aftale mellem erhvervsdrivende, som befinder sig på forskellige trin i den økonomiske omsætning, rammes af forbuddet i artikel 85, stk. 1, skal det først undersøges, om rundskrivelsen, som BMW har sendt til sine forhandlere, udgør en relevant aftale i denne bestemmelses forstand.

11. I så henseende er det tilstrækkeligt at anføre, at — således som Domstolen allerede har fastslået — en opfordring fra en motorkøretøjsfabrikant til dennes autoriserede forhandler er en aftale i artikel 85, stk. 1's forstand, såfremt den er et led i en helhed af faste forretningsforbindelser, der er reguleret ved en på forhånd truffet generel aftale [5]. Det er ubestrideligt, at opfordringen til ikke at levere til de uafhængige leasingselskaber, der er indeholdt i den omhandlede rundskrivelse, indgår som et led i de kontraktmæssige forbindelser mellem BMW og dennes forhandlere, så meget mere som denne rundskrivelse udtrykkeligt og flere gange henviser til forhandleraftalen.

Opfordringen i rundskrivelsen af 12. februar 1988 er ikke en ensidig handling, og den må følgelig betragtes som en aftale i artikel 85, stk. 1's forstand.

12. Det er endvidere klart, at anvendelsen af den omhandlede rundskrivelse begrænser konkurrencen. For det første sker der herved

4 — Jf. dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, org. ref.: Rec. s. 429, navnlig s. 517.

5 — Jf. således dom af 17.9.1985, forenede sager 25/84 og 26/84, Ford mod Kommissionen, Sml. s. 2725, præmis 21. Se endvidere dom af 11.1.1990, sag C-277/87, Sandoz mod Kommissionen, Sml. I, s. 45.

en væsentlig begrænsning af forhandlernes frihed, idet de ikke længere kan sælge til de uafhængige leasingselskaber, undtagen under særlige omstændigheder; for det andet begrænses disse selskabers indkøbsmuligheder med en heraf følgende kanalisering af deres leasingvirksomhed under hensyn til de enkelte forhandleres aftaleområde. Alt dette medfører klart en begrænsning af konkurrencen mellem produkter af samme mærke (intrabrand competition).

13. Hvad endelig angår betingelsen om, at samhandelen mellem medlemsstater påvirkes, skal det blot bemærkes, at det følger af en sådan aftale, at leasingselskaberne i andre medlemsstater ikke kan købe BMW-køretøjer i Tyskland, medmindre disse køretøjer — hvad der med sikkerhed er sjældent — er bestemt til kunder, der bor på aftaleområdet. Under alle omstændigheder har de således ingen mulighed for at indgå leasingkontrakter med leasingtagere, der befinder sig i andre medlemsstater. Hertil kommer, som Domstolen flere gange har fastslået, at »en sådan restriktiv konkurrencepraksis, som strækker sig over en medlemsstats hele område, ifølge selve sin natur bevirker en styrkelse af opdelingen i nationale markeder, hvorved det hæmmer den med traktaten tilstræbte økonomiske sammenvoksen« [6].

6 — Dom af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 22.

Den i sagen omtvistede adfærd er således omfattet af anvendelsesområdet for forbuddet i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1.

b) *Fritagelse i medfør af forordning nr. 123/85*

14. Forordning nr. 123/85 (som har givet anledning til så megen omtale) hjemler fritagelse for forbuddet i artikel 85, stk. 1, for aftaler, hvorved leverandøren pålægger sin (autoriserede) forhandler at fremme salget af aftalevarerne i et bestemt område og forpligter sig til inden for dette område udelukkende at levere motorkøretøjer samt reservedele hertil til forhandleren (artikel 1).

Gruppefritagelsen finder også anvendelse på forhandlerens forpligtelse til ikke at fremstille eller sælge motorkøretøjer eller reservedele af konkurrerende mærker (artikel 3, nr. 2, 3 og 4), til ikke at drive virksomhed uden for aftaleområdet (artikel 3, nr. 8 og 9) og til ikke at sælge aftalevarer til forhandlere, der ikke indgår i salgsnettet (artikel 3, nr. 10).

Alle disse konkurrenceforbud har således til formål, at forhandlerne koncentrerer deres virksomhed om at sælge aftalevarerne og yde service på dem i et overskueligt aftaleområde, hvorved de opnår et bedre kendskab til markedet og til forbrugernes ønsker, hvilket må formodes at fremme konkurrencen såvel intrabrand som interbrand og samtidig give forbrugerne væsentlige fordele [7].

15. Man kan imidlertid ikke fuldstændigt forbyde forhandlerne at tilfredsstille efterspørgslen fra personer, der har bopæl uden for aftaleområdet, og formålet hermed er klart at undgå en opdeling af markederne [8]. Efterspørgslen efter aftalevarerne skal nemlig »fortsat være fleksibel og den skal ikke kunne begrænses regionalt; forhandlerne skal ikke blot have mulighed for at kunne tilfredsstille efterspørgslen efter aftalevarer i aftaleområdet, men også efterspørgslen fra personer og virksomheder i andre områder af fællesmarkedet« [9].

Forhandlerne har således ret til at sælge til andre autoriserede forhandlere eller til endelige forbrugere, ikke alene på deres aftaleområde, men overalt inden for fællesmarkedet; endvidere kan de endelige forbrugere købe hos ikke-autoriserede forhandlere, såfremt disse blot handler som mellemmænd, det vil sige som erhvervsdrivende, der handler i disse endelige forbrugeres navn og for deres regning, og som har fået en skriftlig fuldmagt i dette øjemed (artikel 3, nr. 11).

16. Når dette er sagt, må det bemærkes, at forordning nr. 123/85 ikke indeholder nogen bestemmelse, der omhandler og udtrykkeligt fritager en adfærd som den i nærværende sag omtvistede. Der siges således intet om eventuelle konkurrenceforbud (som kan fritages), der kunne finde anvendelse, også indirekte, på de uafhængige leasingselskaber [10].

Selv om det ikke er afgørende, er den omstændighed, at der ikke er nogen udtrykkelig bestemmelse vedrørende den omtvistede adfærd, utvivlsomt af betydning, da der er tale om en forordning, som indeholder meget detaljerede bestemmelser, og som er en undtagelse fra det generelle forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler. Jeg skal i

7 — Begrundelsen for ordningen med eneret og kvantitativ udvælgelse anføres i fjerde betragtning, ifølge hvilken »bestemmelserne om eneforhandling og om selektivt salg kan i motorkøretøjsbranchen anses for at være rationaliserende og nødvendige, fordi motorkøretøjer er forbrugsgoder med en længere levetid, hvortil der regelmæssigt samt på uforudsigelige tidspunkter og ikke altid på samme sted behoves vedligeholdelse og specialreparationer; motorkøretøjsfabrikanterne arbejder sammen med de udpegede forhandlere og værksteder for at tilvejebringe en service, som er specielt tilpasset produktet; ud fra et kapacitets- og lønsomhedssynspunkt kan et sådant udformet samarbejde ikke udstrækkes til et ubegrænset antal forhandlere og værksteder«.

8 — Det er også på denne måde, man må forstå de bestemmelser, der er indsat i forordningen for f.eks. at undgå, at der kun ydes garanti og gratis service til købere, som bor inden for forhandlerens område [artikel 5, stk. 1, nr. 1, litra a)].

9 — Jf. niende betragtning.

10 — Det er i denne forbindelse ikke overflødigt at gøre opmærksom på, at Kommissionens meddelelse, der blev offentliggjort den 18.1.1985, vedrørende fortolkningen af forordning nr. 123/85 (EFT C 17, s. 4), heller ikke indeholder noget om leasing.

denne forbindelse nævne, at Retten netop vedrørende forordning nr. 123/85 har fastslået, at »under hensyn til det almindelige princip, der fastslås i traktatens artikel 85, stk. 1, hvorefter konkurrencebegrænsende aftaler er forbudt, må undtagelsesbestemmelser i en forordning om gruppefritagelse ikke fortolkes udvidende og kan ikke fortolkes således, at forordningens virkninger udstrækkes ud over, hvad der er nødvendigt for at beskytte de interesser, som de har til formål at sikre« [11]. Jeg er helt enig i denne udtalelse, som jeg anser for ubestridelig.

17. BMW har imidlertid gjort gældende, at den omtvistede adfærd fuldt ud er omfattet af forordningen om fritagelse, når henses til det princip, som denne hviler på. BMW lægger herved vægt på den omstændighed, at såfremt et stadigt stigende antal køretøjer, der er købt af de autoriserede forhandlere, efterfølgende afstås ved leasing uden for det aftaleområde, hvor de er blevet købt, vil det uundgåeligt påhvile en anden forhandler at yde service med en deraf følgende nedgang i hans fortjeneste, da han ikke selv har solgt de omhandlede køretøjer.

Denne argumentation er imidlertid hverken overbevisende eller afgørende. Jeg skal tværtimod i så henseende bemærke, at selv om det er rigtigt, at forordningens formål er at beskytte forhandlernettet, er det også rigtigt, at det blandt andet netop er en betingelse for fritagelsen, at der ydes service — af de autoriserede forhandlere — til alle forbrugere og på hele fællesmarkedets område, uanset i hvilken medlemsstat produktet er blevet købt. Der er nemlig tale om en service, der er nødvendig for at sikre de frie varebevægelser. Hertil kommer, at den omhandlede forordning foreskriver, at der skal ydes garanti og service inden for hele Fællesskabet [artikel 5, stk. 1, nr. 1, litra a)]. De andre ydelser betaler kunden under alle omstændigheder for.

18. Det står fast, at BMW ved hjælp af den omhandlede rundskrivelse tilsigter at opnå, at de uafhængige leasingselskaber tilpasser deres virksomhed til de enkelte forhandleres aftaleområde. Dette indebærer i sidste ende, at de forpligtelser, der påhviler BMW's forhandlere, overføres på disse selskaber, for så vidt som leasingselskaberne også skal overholde grænserne for forhandlernes aftaleområde og derfor kun må indgå leasingkontrakter med leasingtagere, som har forretningssted/bopæl på det aftaleområde, inden for hvilket de har købt det omhandlede køretøj.

Dette fører endvidere uundgåeligt til en opdeling og regional binding af efterspørgslen, der givetvis er uøkonomisk for leasingvirksomhederne og under alle omstændigheder, i det mindste for en umiddelbar

11 — Dom af 22.4.1993, sag T-9/92, Peugeot mod Kommissionen, Sml. II, s. 493, præmis 37.

betragtning, er i strid med begrundelsen for forordningen, for så vidt som denne bestemmer, at forhandlerne i hvert fald skal tilfredsstille efterspørgslen fra forbrugere, der er hjemmehørende uden for aftaleområdet [12].

19. Problemet er i sidste instans netop følgende: Er leveringsnægtelsen over for de uafhængige leasingselskaber, fordi de omhandlede køretøjer senere »forlader« aftaleområdet, et afslag på at tilfredsstille den efterspørgsel, der stammer fra steder uden for dette område?

Efter min mening kan svaret ikke være andet end ja. Leasingselskaberne er nemlig købere af køretøjerne, og de er i juridisk forstand forbrugerne, hvorved det er uden betydning, hvad der skal ske med det købte gode, som de er og vedbliver at være ejere af.

20. BMW har imidlertid gjort gældende, og selskabet har herved også henvist til den stadig stigende efterspørgsel efter leasingkøretøjer, at køb og leasing i forhold til fabrikanten, navnlig under hensyn til, at denne nødvendigvis må beskytte sit forhandlernet, ikke adskiller sig på noget punkt i økonomisk henseende. Det må tværtimod lægges til grund, at afsætningen af motorkøretøjer i praksis sker på to juridisk forskellige måder, som netop defineres efter den måde, hvorpå erhvervelsen sker for den endelige forbruger, dvs. køb og leasing. Om køretøjet ejes af brugeren, eller om denne kun har indgået en leasingkontrakt, er følgelig uden enhver betydning for så vidt angår anvendelsen af forordningen om fritagelse.

BMW har anført, at selskabets opfattelse bekræftes af artikel 13, nr. 12, i forordning nr. 123/85, hvorefter at »'forhandle' og 'sælge' omfatter andre afsætningsformer som f.eks. leasing«. Ifølge BMW følger det af denne definition, at de konkurrenceforbud, der vedrører salg, og som er fritaget, også gælder analogt for leasing.

21. Jeg skal hertil for det første bemærke, at denne definition a) nødvendigvis skal fortolkes under hensyn til, at forordning nr. 123/85 vedrører forholdet mellem fabrikant og forhandlere, b) kun har et indhold, for så vidt som den sættes i forbindelse med en materiel bestemmelse, dvs. med et af de konkurrenceforbud, der er fritaget i henhold til forordningen.

12 — Jf. niende betragtning.

Lad mig forklare det nærmere. Gruppefritagelsen omfatter kun leasing, for så vidt som der foreligger en forpligtelse, der — naturligvis — er tilladt efter forordningen, og som binder kontrahenterne, dvs. fabrikanten og forhandleren [13]. Det er således fabrikanten, som efter omstændighederne ikke kan tilbyde leasing (såfremt dette sidestilles med salg) af aftalevarer til endelige forbrugere (artikel 2), og det er forhandleren, som kan være afskåret fra at tilbyde leasing af nye motorkøretøjer, som konkurrerer med aftalevarerne, ligesom han kan være afskåret fra at sælge dem (artikel 3, nr. 3); i givet fald skal han også respektere grænserne for aftaleområdet, såfremt han selv driver virksomhed med leasing.

Hvis man fulgte BMW's opfattelse, vil de uafhængige leasingselskaber derimod — imod deres vilje og i strid med forordningens bestemmelser — blive ligestillet med forhandlere, for så vidt som de territoriale grænser, som de sidstnævnte er omfattet af i medfør af forhandleraftalen, også ville omfatte disse selskaber.

13 — Se tilsvarende meddelelsen vedrørende forordning nr. 1983/83 og nr. 1984/83, der er offentliggjort den 13.4.1984, hvori Kommissionen anfører, at »overdragelse mod vederlag af retten til at anvende en vare ... i økonomisk henseende [er] nærmere beslægtet med videresalg af varer end med præstation af tjenesteydelser«, og derefter bemærker, at »eksklusivaftaler, som forpligter aftageren til at udleje de leverede varer eller på grundlag af en leasingaftale stille dem til rådighed for andre, også er omfattet af forordningerne« (EFT C 101, s. 2, punkt 12). Følgelig kan forhandleren af leverandøren blive pålagt en forpligtelse, som forordningen fritager, til selv at indgå leasingkontrakter på de samme betingelser som salg, dvs. således at der tages hensyn til aftaleområdet, men ikke en forpligtelse til at afslå at sælge til leasingselskaber.

22. Jeg skal nu undersøge de forskellige bestemmelser i forordningen, der er påberåbt til støtte for, at den omhandlede aftale er fritaget, dvs. de bestemmelser, som hævdes også at finde anvendelse på den omtvistede adfærd i kraft af en analogi.

— Artikel 3, nr. 8 og 9

23. I henhold til artikel 3, nr. 8, kan det pålægges forhandleren »uden for aftaleområdet a) ikke at have filialer eller udleveringslagre til varetagelse af salget af aftalevarer og tilsvarende varer, b) ikke at hverve kunder til aftalevarer og tilsvarende varer«. Ifølge nr. 9 i samme artikel kan det endvidere pålægges forhandleren »ikke at overlade til tredjemand at sælge eller yde service på aftalevarer og tilsvarende varer uden for aftaleområdet«. Begrundelsen for disse forpligtelser findes i niende betragtning, ifølge hvilken »de begrænsninger, som forhandleren er underkastet uden for aftaleområdet, fører til en forstærket indsats, for så vidt angår salg og service i et overskueligt aftaleområde, samt til et forbrugerorienteret markedskendskab og behovsorienteret udbud«.

Det er herefter helt klart, at de nævnte bestemmelser udelukkende vedrører *forhandlerens virksomhed* uden for aftaleområ-

det, men ikke tillige den *virksomhed, der udøves af forhandlerens kunder*, i dette tilfælde leasingselskaberne. Hvad særligt angår bestemmelserne i artikel 3, nr. 8, er det tilstrækkeligt at bemærke, at forelæggelseskendelsen intet indeholder om, at denne situation foreligger, dvs. noget grundlag for at antage, at BMW-forhandlerne har filialer eller lagre uden for aftaleområdet, eller at de hverver kunder for ALD uden for aftaleområdet [14].

— Artikel 3, nr. 10, litra a)

25. Efter artikel 3, nr. 10, litra a), kan det pålægges forhandleren kun at levere en videreforhandler »aftalevarer og tilsvarende varer, når videreforhandleren er en virksomhed i salgsnettet«. Og det er netop denne bestemmelse — der ganske vist betragtes som afgørende for, at et selektivt salgssystem for motorkøretøjer overhovedet kan overleve, men dog ikke, som jeg allerede har anført, under nogen omstændigheder kan føre til en ubetinget områdebeskyttelse — som parterne har koncentreret sig om i deres indlæg og med modsatte konklusioner.

24. Hvad dernæst angår artikel 3, nr. 9, bemærkes, at denne bestemmelse ganske enkelt skal gøre det muligt at forhindre, at forhandleren kan frigøre sig fra de forpligtelser, der omtales i nr. 8, ved at overlade forhandlingen af aftalevarerne og service vedrørende disse til tredjemand. Selv om man ville fortolke begrebet tredjemand vidt, sådan som BMW gør, således at det omfatter leasingselskaberne, vedrører den omhandlede bestemmelse stadig det forhold, at forhandlerne gennem tredjemand tilbyder aftalevarer uden for aftaleområdet, og ikke efterspørgslen efter aftalevarer fra kunder uden for dette område. Det er i så henseende tilstrækkeligt at minde om, at leasingselskabet ikke forhandler (og heller ikke indgår leasingkontrakter) for forhandlerens regning eller i det mindste i dennes interesse.

BMW har således anført, at såfremt artikel 3, nr. 10, ses i sammenhæng med artikel 13, nr. 12, i hvilken det som allerede nævnt fastslås, at »'forhandle' og 'sælge' omfatter andre afsætningsformer som f.eks. leasing«, må det konkluderes, at den omtvistede adfærd er omfattet af fritagelsen. En sådan fortolkning ved at sammenholde bestemmelser går imidlertid ud over den omhandlede definition, for så vidt som den forudsætter, at leasingselskaberne sidestilles med forhandlere, der er uden for salgsnettet.

14 — I øvrigt er det i denne forbindelse relevant at bemærke, at det ikke kan forbydes forhandleren at anvende reklamemidler, hvorved han henvender sig til brugere på aftaleområdet, men som også har overregional virkning, for en sådan reklame griber ikke ind i forpligtelsen til i det væsentlige at fremme salget inden for aftaleområdet.

26. Definitionen i artikel 13, nr. 12, sætter imidlertid ikke lighedstegn mellem en forhandler, der ikke hører til salgsnettet, og et

uafhængigt leasingselskab, idet bestemmelsen blot sidestiller salg med leasing, hvoraf følger, som jeg allerede har anført, at de betingelser, der gælder vedrørende salg, og som er fritaget, også finder anvendelse på leasing, for så vidt som de vedrører, og anderledes kan det ikke være, forhandlerens forpligtelser over for fabrikanten og vice versa [15].

I nærværende sag er det imidlertid ikke forhandleren eller fabrikanten, der driver leasing, men derimod et uafhængigt selskab. I forhold til dette selskab består forhandlerens virksomhed kun i *salg* af nye køretøjer, hvorfor ligningen leasing = salg ikke er relevant eller rettere savner ethvert grundlag. Med andre ord er den omstændighed, at man ifølge den omhandlede bestemmelse med salg ligestiller et herfra forskelligt juridisk fænomen som leasing, i sagen her uden enhver betydning af den simple grund, at det, der foretages af den i bestemmelsen relevante person, er et salg og intet andet end et salg.

27. Den omstændighed, at leasingselskabet er en køber, der anvender køretøjerne i sin erhvervsmæssige virksomhed, kan ikke føre til en ændring af problemstillingen; selskabet køber af forhandleren og er ejer af disse køretøjer, indtil leasingkontrakten udløber. For så vidt adskiller et leasingselskab sig i øvrigt ikke synderligt fra et udlejningsselskab: Begge køber nye køretøjer hos de autoriserede forhandlere, men uden at der tages hensyn til det aftaleområde, hvor de i de enkelte tilfælde vil blive anvendt; begge anvender dem i erhvervsmæssigt øjemed; efter en vis tid sælger de dem begge som brugte biler. Der har imidlertid aldrig været tvivl om, at et udlejningsselskab er en endelig forbruger.

Leasingselskabet er, når alt kommer til alt, intet andet end en endelig forbruger. Køretøjerne købes og bruges således med henblik på udøvelsen af erhvervsmæssig virksomhed, uden at der sker nogen senere overgang af ejendomsret. Et sådant selskab kan derfor ikke under nogen omstændigheder sidestilles med en videreforhandler, for der savnes det moment, som salget til kunderne er, og som giver selskabet denne karakter [16].

28. Såfremt leasing blev ligestillet med salg, ville dette i øvrigt gøre det totalt umuligt for de uafhængige leasingselskaber at købe

15 — Denne opfattelse finder støtte i Kommissionens forordningsforslag, som blev offentliggjort den 31.12.1994, og som skal erstatte forordning nr. 123/85 fra den 1.7.1995 (EFT 1994 C 379, s. 16). I den bestemmelse, der svarer til artikel 13, nr. 12, fastslås det nemlig ikke kun, at udtrykkene »forhandle« og »sælge« omfatter andre afsætningsformer som f.eks. leasing, men det fastslås udtrykkeligt, at dette gælder »dans le chef de distributeur«(o.a.: den danske forslagstekst indeholder ikke denne tilføjelse) (artikel 10, nr. 13, i det nævnte forslag). Heraf følger, at det med sikkerhed ikke kan forbydes forhandleren at levere til de uafhængige leasingselskaber eller selv at drive leasing; i denne sidste situation skal han naturligvis overholde sine kontraktmæssige forpligtelser på samme måde som ved videresalg.

16 — Det skal dog i denne forbindelse bemærkes, at i henhold til det allerede nævnte forordningsforslag betragtes som videresalg »enhver form for leasing, der medfører overgang af ejendomsretten eller mulighed for køb inden kontraktens udløb« (artikel 10, nr. 12). Det vil sige, at en overdragelse ved leasing ikke kan betragtes som et videresalg, undtagen i de tilfælde, hvor der er option på køb, og ejendomsretten overgår før leasingkontraktens udløb, eller der er åbnet mulighed herfor.

BMW-køretøjer. Såfremt leasingfirmaet nemlig blev sidestillet med en ikke-autoriseret forhandler, ville de uafhængige leasingselskaber ifølge den omhandlede forordnings artikel 3, nr. 10, overhovedet ikke kunne købe BMW-køretøjer, da de *også* er afskåret fra at indgå kontrakter med kunder, som har bopæl eller forretningssted på aftaleområdet [17].

At et sådant resultat er uacceptabelt (undtagen efter BMW's opfattelse) er helt klart, for man ville ellers acceptere, at kun de leasingselskaber, der hører til moderselskabet eller i hvert fald er forbundet med det, har lov til at indgå leasingkontrakter vedrørende motorkøretøjer af mærket BMW.

— Artikel 3, nr. 11

29. Ganske vist kunne man imidlertid yderligere gøre gældende, at leasingselskaber må sidestilles med forhandlere i artikel 3, nr. 11's forstand [18], således at de under alle omstændigheder kan købe og lease BMW-køretøjer, såfremt de handler i en bestemt endelig forbrugers navn og for dennes regning.

Om dette punkt skal jeg imidlertid bemærke, at leasingselskabet — pr. definition — køber i eget navn og for egen regning, da det bevarer ejendomsretten til de leasede motorkøretøjer, hvorfor det — pr. definition — ikke kan betragtes som en mellemmand mellem forhandleren og den forbruger, som det overlader det købte køretøj til. At en sådan sidestilling ikke kan foretages, bekræftes for øvrigt såvel i den kommissionsmeddelelse, hvori der netop gives en nærmere redegørelse vedrørende mellemmænd [19] som i den førnævnte dom Peugeot mod Kommissionen, hvori Retten anførte, at et af de forhold, der viser, at der ikke er tale om mellemmandsvirksomhed, er den omstændighed, at der bæres en risiko, som normalt er forbundet med ejendomsretten [20]. Det er klart, at sådanne risici imidlertid normalt og pr. definition bæres af leasingselskaberne.

Hertil kommer, at begrundelsen for en skriftlig fuldmagt, som foreskrives i artikel 3,

17 — For så vidt angår denne situation har BMW modsat anført, at såfremt der kan gives fritagelse for et ubetinget forbud mod at levere til de uafhængige leasingselskaber, må det så meget mere være lovligt at forbyde salg til disse selskaber, såfremt dette forbud begrænses til de tilfælde, hvor køretøjerne er bestemt til kunder, der har forretningssted eller bopæl uden for aftaleområdet.

18 — Ifølge denne bestemmelse, som jeg igen henviser til, påhviler der forhandleren en forpligtelse til »kun at sælge de af aftaleprogrammet omfattede motorkøretøjer eller tilsvarende varer til endelige forbrugere, der gør brug af en mellemhandler, når denne forinden skriftligt har fået fuldmagt til at købe og eventuelt afhente et bestemt motorkøretøj«.

19 — Jeg refererer til meddelelsen, som blev offentliggjort den 18.12.1991, vedrørende »nærmere redegørelse for virksomhed, der udøves af mellemhandlere i automobilbranchen (EFT C 329, s. 20).

20 — Præmis 50.

nr. 11, ikke foreligger i forbindelse med et leasingselskab, eftersom dette, som det blev anført i retsmødet, køber køretøjet under hensyn til den kunde, som det er bestemt for. En anvendelse på leasingselskaberne af bestemmelsen om mellemmænd måtte således nødvendigvis forudsætte en bestemmelse herom eller i hvert fald ændringer; det ville f.eks. være tilstrækkeligt at pålægge selskaberne at være i besiddelse af en leasingkontrakt, der allerede er underskrevet af kunden.

30. Under alle omstændigheder, og selv om man afviser de ovennævnte indvendinger og som slutresultat mener, at de uafhængige leasingselskaber skal behandles på lige fod med mellemhandlerne, kan forpligtelsen til ikke at levere til disse selskaber, således som den fremgår af rundskrivelsen af 12. februar 1988, ikke under nogen omstændigheder fritages i medfør af forordning nr. 123/85.

Artikel 3, nr. 11, hvis formål netop er at gøre det muligt at tilfredsstille efterspørgslen efter køretøjer fra personer uden for aftaleområdet, begrænser nemlig med sikkerhed ikke mellemhandlernes virksomhed til det aftaleområde, hvor kunden/leasingtageren har sit forretningssted. Og det kan ikke anses for tilstrækkeligt, når henses til den nævnte bestemmelses indhold og formål, at man, således som det nævnes i den omhandlede rundskrivelse, tillader de autoriserede forhandlere at levere til de uafhængige leasingselskaber i de tilfælde, hvor »... efterspørgslen ikke [skabes] af mellemmanden, idet leasingselskabet alene herved opfylder leasingkontrakten«. Kravet om, at kunden/leasingtageren skal henvende sig til den autoriserede forhandler med anmodning om, at der anvendes et bestemt udenforstående selskab, der skal købe det køretøj, som han ønsker at lease, angår en helt anden mellemmandssituation, og har under alle omstændigheder hverken hjemmel i artikel 3, nr. 11, eller i nogen anden bestemmelse i forordning nr. 123/85.

31. I lyset af det anførte finder jeg herefter, at den forpligtelse, der er pålagt forhandlerne, til ikke at levere til de uafhængige leasingselskaber, når de betingelser er opfyldt, som allerede er nævnt flere gange, ikke er omfattet af anvendelsesområdet for forordning nr. 123/85.

Det andet spørgsmål

32. Den foreslåede løsning gør det egentlig overflødigt at besvare det andet spørgsmål. For fuldstændighedens skyld, og såfremt Domstolen ikke skulle være enig i den foreslåede løsning, finder jeg det imidlertid hensigtsmæssigt at behandle dette spørgsmål, hvorved den nationale ret, og jeg nævner det endnu engang, ønsker oplyst, om en aftale, der er fritaget i medfør af forordning nr. 123/85, alligevel kan forbydes på grundlag af nationale konkurrencebestemmelser.

Hermed har Domstolen endnu engang fået forelagt problemet om forholdet mellem Fællesskabets konkurrenceret og national konkurrenceret, et spørgsmål, som længe har været omtvistet mellem tilhængerne af den såkaldte ene begrænsning og dem, der går ind for den såkaldte dobbelte begrænsning. Denne gang skal der tages stilling til, hvorvidt fællesskabsrettens forrang er til hinder for, at de nationale myndigheder på grundlag af den nationale konkurrenceret forbyder en aftale, der er omfattet af en forordning om fritagelse, idet den omhandlede forordning ikke, i det mindste ikke når der foreligger *særlige forhold*, er til hinder for anvendelsen af mere restriktive nationale bestemmelser.

33. Det fastslås nemlig i forordningens 29. betragtning, at den »ikke [er] til hinder for love og administrative forskrifter, hvorved medlemsstaterne med henblik på særlige forhold forbyder konkurrencebegrænsende forpligtelser i en aftale, der er fritaget i henhold til nærværende forordning, eller nægter dem retsbeskyttelse; fællesskabsrettens forrang kan dog ikke påvirkes derved«.

Lad mig med det samme sige, at jeg anser det for et håbløst, ja, djævelsk, forehavende at forene princippet om fællesskabsrettens forrang med muligheden for at forbyde en aftale, der er fritaget i fællesskabsrettens navn og med hjemmel heri. Jeg har dog ikke til hensigt at knibe uden om dette forehavende.

34. Udgangspunktet for en sådan undersøgelse kan kun være dommen i sagen Walt Wilhelm m.fl. [21], hvori Domstolen fastslog, at det er muligt at anvende fællesskabsbestemmelserne og nationale bestemmelser parallelt på et og samme kartel, eftersom de førstnævnte behandler konkurrencebegrænsningerne ud fra det synspunkt, at de kan medføre hindringer for handelen mellem medlemsstater, mens de sidstnævnte — hver ud fra sine egne særlige grunde — alene vedrører konkurrencebegrænsninger på rent nationalt plan.

I denne dom fastslog Domstolen imidlertid, at en sådan samtidig anvendelse »kun [kan] tillades i det omfang, den ikke skader den ensartede anvendelse — i hele fællesmarkedet — af fællesskabsreglerne vedrørende karteller og den fulde virkning af de retsakter, som udstedes i henhold til disse regler« [22].

35. Dette forbehold må tillægges afgørende betydning, for så vidt som det endeligt viser, at det er udelukket at anvende national ret, såfremt dette følger af traktatens bestemmelser: Og dette gælder ikke alene i det tilfælde — som i øvrigt er uomtvistet — hvor der foreligger en tilsidesættelse af traktatens artikel 85 eller 86, hvilket er til hinder for at anvende mindre strenge nationale retsforskrifter.

21 — Dom af 13.2.1969, sag 14/68, Sml. s. 1.

22 — A.st., præmis 4. Jf. overensstemmende hermed endvidere dommen af 10.7.1980, forenede sager 253/78 og 1/79-3/79, Giry og Guerlain m.fl., Sml. s. 2327, præmis 16.

I Wilhelm-dommen fastslog Domstolen således, at traktaten »tillader ... Fællesskabets myndigheder at udøve en vis positiv, om end indirekte virksomhed med henblik på at fremme en harmonisk udvikling af det økonomiske liv i Fællesskabet som helhed« [23].

36. Det fremgår med fornøden klarhed af de ovennævnte udtalelser fra Domstolen, at aftaler, der er omfattet af en fritagelse, allerede af denne grund ikke er undergivet de nationale myndigheders kontrol i den forstand, at de ikke kan forbyde dem. Der findes også relevante udtalelser i denne retning i Giry og Guerlain-dommen, hvor Domstolen, da den kom til det resultat, at rene »comfort letters« ikke kan udelukke anvendelsen af national ret, indledningsvis fastslog, at de omtvistede aftaler »ikke er blevet fritaget i medfør af artikel 85, stk. 3« og »ikke omfattet af nogen gruppefritagelsesordning« [24].

37. Nogle forfattere er imidlertid stadig uenige i, at en fritaget aftale ikke er undergivet de nationale myndigheders kontrol, og anfører som begrundelse, at anvendelsen af de strengere nationale bestemmelser ikke altid er til skade for målene i henhold til traktaten. Det er navnlig gjort gældende, og denne opfattelse har Det Forenede Kongerige i øvrigt også gjort til sin i nærværende sag, at såfremt en konkurrencebegrænsende aftale er fritaget efter fællesskabsretten, er dette kun til hinder for at anvende strengere regler i den nationale ret, såfremt den pågældende fritagelse er en fællesskabspolitisk foranstaltning [25].

Umiddelbart efter Wilhelm-dommen var i øvrigt Kommissionen selv af den opfattelse, at dommen ikke havde besvaret »spørgsmålet om, hvorvidt den forrang, som fritagelser i henhold til fællesskabsretten har, er en stiv regel, eller om der er tale om et mere fleksibelt princip, i forbindelse med hvis anvendelse der kan tages hensyn til Fællesskabets og medlemsstaternes respektive interesser« [26].

38. Jeg kan imidlertid ikke tilslutte mig de netop anførte opfattelser. Jeg mener nemlig, at når man har at gøre med aftaler, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som derfor principielt rammes af forbuddet i artikel 85, stk. 1, må den omstændighed, at der er meddelt fritagelse for dem, være til hinder for, at de nationale myndigheder anfægter den positive bedømmelse, som

23 — Denne konstatering er så meget vigtigere, som generaladvokaten vedrørende dette punkt havde fremført den modsatte opfattelse, at meddelelse af en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, blot er udtryk for, at Fællesskabets myndigheder afstår fra at handle, hvilket i sig selv giver medlemsstaterne ret til at anvende deres nationale, efter omstændighederne strengere bestemmelser, uden at dette griber ind i de med traktaten forfulgte mål (jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Römer i Wilhelm-dommen, Sml. 1969, s. 7, navnlig s. 13, org. ref.: Rec. s. 18, navnlig s. 24).

24 — Jf. præmis 17 i den tidligere nævnte Giry og Guerlain-dom.

25 — Jf. således Market: »Some Legal Administrative Problems of the Coexistence of Community and National Competition Law in the EEC«, *CMLR*, 1974, s. 92.

26 — Jf. *Fjerde Beretning om Konkurrencepolitikken*, s. 33.

Fællesskabets myndigheder har foretaget [27]. I modsat fald ville en og samme aftale ikke alene blive behandlet forskelligt afhængig af den enkelte medlemsstats ret, hvilket ville være en hindring for den ensartede anvendelse af fællesskabsretten, men man ville tillige fratage en fællesskabsforanstaltning dens fulde virkning, og en sådan foranstaltning er der utvivlsomt tale om i forbindelse med en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3.

39. Jeg mener heller ikke, at man kan komme til en anden konklusion for så vidt angår aftaler, hvis beskyttelse ikke følger af en individuel fritagelse, men derimod af en fritagelsesforordning. Det skal i så henseende blot anføres, at fritagelsesforordningerne ligesom artikel 85, stk. 1, og artikel 86 »har ... umiddelbare virkninger i forholdet mellem private og fremkalder umiddelbart rettigheder for de retsundergivne, som de nationale domsmyndigheder skal beskytte« [28].

En national ret må derfor ikke træffe en afgørelse, der er uforenelig med bestemmelserne i en fritagelsesforordning, både i den forstand, at den ikke må udstrække deres rækkevidde til aftaler, der ikke er omfattet af dem, og i den forstand, at den ikke må anse dem for uanvendelige på aftaler, som til gengæld er omfattet af den pågældende fritagelse, hvilket i givet fald fastslås efter en forelæggelse for Domstolen i medfør af artikel 177.

40. Det fremgår klart af det anførte, at såfremt det tillades de nationale myndigheder at forbyde en aftale, der er fritaget, selv om det sker *med henblik på særlige forhold*, anfægter man nødvendigvis princippet om fællesskabsrettens forrang, medmindre disse særlige forhold i sig selv anses for at være af en sådan art, at der ikke opstår nogen konflikt mellem national ret og fællesskabsret.

Det er imidlertid ikke let at fastslå, hvornår der foreligger »særlige forhold« af en så særegen art. Efter den forklaring, som Kommissionen gav i retsmødet, vedrørende den uheldige formulering af 29. betragtning, kan det f.eks. betragtes som et særligt forhold, at en autoriseret forhandler har adgang til at sælge varer af flere mærker, såfremt dette viser sig at være nødvendigt med henblik på at sikre, at han kan overleve som erhvervsdrivende.

41. Da en sådan mulighed imidlertid er udtrykkeligt nævnt i forordningen [artikel 5, stk. 2, nr. 2, litra b)], kan man i det højeste

27 — Da en aftale, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, nødvendigvis har virkninger i alle de medlemsstater, hvor de pågældende virksomheder driver virksomhed, er det også klart — medmindre man vil acceptere en fuldstændig adskillelse mellem virkninger på EF-plan og nationale virkninger — at den ensartede anvendelse af fællesskabsretten (også på konkurrenceområdet) ville blive uden enhver betydning i alle de tilfælde, hvor den fællesskabsretlige fritagelse blev gjort afhængig af nationale bestemmelser på området.

28 — Jf. dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, præmis 45 og 46.

udlede heraf, at eventuelle konkurrencebegrænsende aftaler, der principielt kan fritages på grundlag af en bestemmelse i forordningen, kan forbydes efter national ret, men kun på betingelse af, at dette har udtrykkelig hjemmel i en anden bestemmelse i denne forordning. Og dette er efter min opfattelse den eneste måde, hvorpå man kan få en mening ud af bemærkningerne i 29. betragtning, selv om de også efter denne fortolkning stadig er selvmodsigende.

42. I lyset af det anførte må det derfor erkendes, at de udsagn, der findes i den mislykkede 29. betragtning i forordning nr. 123/85, er i indbyrdes modstrid: Under hensyn til princippet om fællesskabsrettens forrang kan det ikke tillades, at de nationale myndigheder foretager en anden bedømmelse (og regelanvendelse) med hensyn til en aftale, der er beskyttet i henhold til en fritagelsesforordning. En sådan aftale kan følgelig ikke forbydes på grundlag af national ret.

Forslag til afgørelse

43. På grundlag af disse bemærkninger foreslår jeg herefter Domstolen at svare Bundesgerichtshof som følger:

»En rundskrivelse fra fabrikanten til dennes autoriserede forhandlere inden for et selektivt salgssystem for motorkøretøjer, hvorved forhandlerne opfordres til ikke at sælge til uafhængige leasingselskaber, når køretøjerne efter et sådant køb skal bruges af kunder/leasingtagere, der har bopæl eller forretningssted uden for den pågældende forhandlers aftaleområde, er en aftale, der er forbudt i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, og den er ikke fritaget i henhold til bestemmelserne i forordning nr. 123/85.«

Såfremt Domstolen skulle komme til et andet resultat, foreslår jeg, at det andet spørgsmål besvares som følger:

»Ifølge princippet om fællesskabsrettens forrang kan en aftale, som er beskyttet i medfør af en fritagelsesforordning, ikke forbydes af de nationale myndigheder på grundlag af mere restriktive nationale bestemmelser.«