FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 25. april 1996 *

A — Faktiske omstændigheder

1. Den foreliggende sag vedrører en appel iværksat af Viho Europe BV (herefter »appellanten«) til prøvelse af dom afsagt den 12. januar 1995 af Retten i Første Instans (herefter »Retten«) i sag T-102/92 [1]. Denne sag vil give Domstolen anledning til nærmere at fastlægge sin praksis vedrørende spørgsmålet om anvendeligheden af konkurrencereglerne — særlig EF-traktatens artikel 85, stk. 1 — på vedtagelser og former for samordnet praksis mellem virksomheder inden for en koncern.

2. Til grund for sagen ligger følgende faktiske omstændigheder.

3. Appellanten er et nederlandsk selskab. Det driver virksomhed med engrosforhandling af kontorudstyr og importerer og eksporterer sådant udstyr.

4. Parker Pen Ltd (herefter »Parker«) er et engelsk selskab. Det fremstiller skriveredskaber, som det sælger overalt i Europa gennem helejede datterselskaber eller uafhængige forhandlere.

5. Datterselskabernes salg og forhandling af Parker's produkter såvel som disse selskabers personalepolitik kontrolleres af Parker. Dette sker stedse gennem en områdegruppe bestående af tre direktører, hvoraf en samtidig er medlem af moderselskabets bestyrelse. Områdegruppen overvåger efter Rettens konstateringer bl. a. salgsmålene, bruttofortjenesten og salgsomkostningerne og foreskriver det produktudvalg, der skal forhandles, og udsteder retningslinjer for priser og rabatter.

6. Ordrer fra kunder bliver inden for Parker-koncernen videregivet til det datterselskab, der har hjemsted i den stat, hvori kunden er etableret.

7. Efter at appellanten forgæves havde forsøgt at optage forretningsforbindelse med Parker og forhandle Parker-produkter på samme vilkår som Parker's datterselskaber

* Originalsprog: tysk.

1 — Sml. II, s. 17.

og uafhængige forhandlere, indgav appellanten den 19. maj 1988 en klage i henhold til artikel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 [2] til Kommissionen over, at Parker forbød sine uafhængige forhandlere at udføre sine produkter, opdelte markedet langs medlemsstaternes grænser og opretholdt kunstigt høje priser på Parker-produkter på de nationale markeder.

8. Under den herefter indledte administrative procedure begrænsede Kommissionen sig til at efterprøve aftalerne mellem Parker og dets uafhængige forhandlere. Denne procedure blev dog afsluttet med en beslutning truffet af Kommissionen den 15. juli 1992 [3]. Kommissionen fastslog heri, at Parker og en i Tyskland etableret grossist — Firma Herlitz AG — havde overtrådt traktatens artikel 85, stk. 1, ved at indsætte et eksportforbud i en aftale, der var indgået mellem dem, og pålagde begge virksomhederne bøder. Ved to domme af 14. juli 1994 — der i mellemtiden er blevet retskraftige [4] — forkastede Retten i det væsentlige de søgsmål, som virksomhederne havde anlagt til prøvelse af denne beslutning.

9. Allerede den 22. maj 1991 havde appellanten indgivet endnu en klage over Parker. I denne gjorde selskabet gældende, at den salgspolitik, Parker havde iværksat, og hvorefter datterselskaberne var forpligtet til at begrænse forhandlingen af Parker-produkter til det område, der var anvist dem, stred mod traktatens artikel 85, stk. 1. Under behandlingen af den herpå følgende sag indtog appellanten det standpunkt, at Parker misbrugte sin stilling, når selskabet tvang potentielle kunder til udelukkende at indkøbe hos et bestemt datterselskab.

10. Den 30. september 1992 afviste Kommissionen Viho's klage. Som begrundelse anførte den, at Parker i Tyskland, Frankrig, Belgien, Spanien og Nederlandene havde indført et integreret salgssystem gennem sine dér etablerede datterselskaber. På dette system fandt traktatens artikel 85, stk. 1, ikke anvendelse efter Domstolens praksis, da datterselskaberne og moderselskabet udgjorde en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskaberne ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af deres adfærd på markedet, og da tildelingen til hver af Parker-datterselskaberne af et bestemt salgsområde ikke gik ud over, hvad der normalt anses for nødvendigt med henblik på en rimelig opgavefordeling inden for en koncern. Ej heller stred det mod traktatens artikel 85, stk. 1, at Parker ikke ville indrømme appellanten de samme priser og vilkår som sine uafhængige forhandlere.

11. Appellanten anlagde herefter på grundlag af traktatens artikel 173 sag ved Retten med følgende påstande:

2 — EFT 1959-1962, s. 81.

3 — Viho mod Parker Pen (EFT L 233, s. 27).

4 — Sag T-66/92, Herlitz mod Kommissionen, Sml. II, s. 531, og sag T-77/92, Parker Pen mod Kommissionen, Sml. II, s. 549. Kun den bøde, der var blevet pålagt Parker, blev nedsat af Retten.

— Kommissionens beslutning af 30. september 1992 annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at forbyde Parker dels at pålægge selskabets datterselskaber i de enkelte EF-medlemsstater at begrænse deres salg af Parker-produkter til deres eget område, dels at henvise forespørgsler vedrørende levering af varer og bestillinger fra kunder i andre medlemsstater til Parker-datterselskaberne i kundens hjemland.

— Kommissionen tilpligtes at pålægge Parker at levere til sagsøgeren til de priser og på de vilkår, som gælder for Parker's uafhængige eneforhandlere og Parker-datterselskaberne i de enkelte medlemsstater.

12. Påstandene støttedes på tre anbringender, hvoraf det første var tilsidesættelse af artikel 85, stk. 1, det andet tilsidesættelse af artikel 86 og det tredje tilsidesættelse af traktatens artikel 190. Det første anbringende faldt desuden i to led. Appellanten gjorde gældende, at Parker's og dets datterselskabers salgssystem forfulgte det samme mål som de udtrykkelige forbud mod eksport over for eneforhandlerne, nemlig en opdeling i nationale markeder. Dette system udgjorde desuden en forskelsbehandling i medfør af artikel 85, stk. 1, litra d), da der anvendtes ulige vilkår for ydelser af samme værdi.

13. Ved dom af 12. januar 1995 har Retten i det hele frifundet Kommissionen og tilpligtet appellanten at betale sagens omkostninger [5].

14. Vedrørende det første anbringende henviste Retten til Domstolens bemærkninger i dens domme i ICI-sagen [6] og i sagen Ahmed Saeed Flugreisen [7], hvorefter artikel 85 ikke finder anvendelse, når den pågældende aftale er indgået mellem virksomheder, der i egenskab af moder- og datterselskaber tilhører samme koncern, dersom virksomhederne udgør en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskabet ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af sin adfærd på markedet. Retten har yderligere henvist til sin dom i SIV-sagen [8] og sin praksis, hvorefter artikel 85 kun omhandler forholdet mellem økonomiske enheder, der er i stand til at konkurrere med hinanden, men ikke aftaler eller samordnet praksis mellem virksomheder i samme koncern, såfremt virksomhe-

5 — Herunder Parker's omkostninger, der var indtrådt som intervenient til støtte for Kommissionens påstande.

6 — Dom af 14.7.1972, sag 48/69, Sml. 1972, s. 151, org. ref.: Rec. s. 619.

7 — Dom af 11.4.1989, sag 66/86, Sml. s. 803.

8 — Dom af 10.3.1992, forenede sager T-68/89, T-77/89 og T-78/89, Sml. II, s. 1403.

derne udgør en økonomisk enhed (præmis 47 i den appellerede dom).

15. Retten har herefter fastslået, at Parker stedse havde været ejer af hele aktiekapitalen i sine datterselskaber, og til enhver tid fastlagt deres salgs- og marketingvirksomhed. Heraf fulgte, at Kommissionen med rette havde beskrevet Parker-koncernen som en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskaberne ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af deres adfærd på markedet (dommens præmis 48 og 49).

16. I tilslutning hertil har Retten henvist til Domstolens dom i Hydrotherm-sagen [9] og sin egen dom i Shell-sagen [10], hvorefter der ved virksomhed i Fællesskabets konkurrenceret skal forstås økonomiske enheder. Heraf fulgte, at moderselskabets og datterselskabets fællesskab om markedsadfærd, når det gælder anvendelsen af konkurrencereglerne, er vigtigere end disse selskabers formelle adskillelse, der er et resultat af deres status som selvstændige juridiske personer (dommens præmis 50).

17. Af alt dette har Retten i præmis 51 draget følgende konklusion:

»Heraf følger, at forbindelserne inden for en økonomisk enhed ikke, da disse forbindelser ikke hviler på overenskomst mellem indbyrdes økonomisk uafhængige parter, kan udgøre en aftale eller en samordnet praksis mellem virksomheder, der begrænser konkurrencen i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand. Når et datterselskab, som det er tilfældet i den foreliggende sag, selv om det er en selvstændig juridisk person, ikke selvstændigt fastlægger sin adfærd på markedet, men følger de instrukser, der meddeles det direkte eller indirekte af moderselskabet, som det er et helejet datterselskab af, er forbuddene i artikel 85, stk. 1, uanvendelige på forholdet mellem datterselskabet og det moderselskab, som det danner en økonomisk enhed med.«

18. Retten anerkendte, at den af Parker iværksatte salgspolitik kan bidrage til opdeling af de forskellige nationale markeder og dermed modvirke en af de fundamentale målsætninger i forbindelse med gennemførelsen af det fælles marked. Den indtog dog det standpunkt, at dette efter »den ovenfor citerede retspraksis« ikke kunne ændre ved, at en sådan politik fra en økonomisk enheds side ikke faldt ind under anvendelsesområdet for artikel 85 (dommens præmis 52).

19. Appellanten havde følgelig forgæves påberåbt sig, at de pågældende aftaler mellem Parker og dets datterselskaber stred mod artikel 85, fordi de rakte videre end til en intern opgavefordeling i koncernen. Retten har begrundet dette således:

»Det må nemlig fastslås, at det af selve ordlyden af artikel 85 fremgår, at denne bestem-

9 — Dom af 12.7.1984, sag 170/83, Sml. s. 2999.
10 — Dom af 10.3.1992, sag T-11/89, Sml. II, s. 757.

melse ikke omfatter en adfærd, der i realiteten udøves af en økonomisk enhed. Det tilkommer ikke Retten at give artikel 85 en anden anvendelse end tilsigtet for eventuelt at udfylde en lakune i den kontrolordning, der er indført ved traktaten« (dommens præmis 54).

20. Angående den af appellanten påståede forskelsbehandling var Retten af den opfattelse, at forbindelserne mellem Parker og dets uafhængige forhandlere var uden betydning i det foreliggende tilfælde. I øvrigt havde appellanten heller ikke oplyst, i kraft af hvilken aftale, vedtagelse eller samordnet praksis mellem Parker og selskabets uafhængige forhandlere der var sket forskelsbehandling af appellanten (dommens præmis 62). Hvad angik forholdet mellem Parker og dets datterselskaber henviste Retten til sin allerede foretagne konstatering af, at disse virksomheder udgjorde en økonomisk enhed, hvis ensidige adfærd ikke faldt ind under artikel 85 (dommens præmis 63).

21. Også anbringendet om tilsidesættelse af traktatens artikel 86 forkastede Retten, da stævningen på dette punkt ikke opfyldte de krav, der stilles i procesreglementet, hvorefter stævningen skal indeholde en kort fremstilling af søgsmålsgrundene. Retten bemærkede, at appellanten ikke var fremkommet med tilstrækkelige oplysninger om den stilling, der indtages af Parker og de største øvrige leverandører på markedet for kontorartikler, deres eventuelt ensartede adfærd eller deres økonomiske forbindelser. Kommissionen havde i øvrigt ikke været forpligtet til at gennemføre en undersøgelse, da appellantens klage af 22. maj 1991 ikke havde indeholdt angivelser herom (dommens præmis 68-72).

22. Endelig forkastede Retten tillige anbringendet om tilsidesættelse af begrundelsespligten i henhold til traktatens artikel 190. Begrundelsen for en bebyrdende beslutning skal give de berørte parter mulighed for at blive bekendt med grundene til den trufne foranstaltning, således at de eventuelt kan gøre deres rettigheder gældende, samt gøre det muligt for Fællesskabets retsinstanser at udøve deres prøvelsesret. Dette var tilfældet her, da Kommissionen i den anfægtede beslutning havde redegjort for alle væsentlige retlige og faktiske forhold, der var af afgørende betydning for at afvise klagen.

23. Appellanten har iværksat appel af denne dom og har under sagen på ny fremført alle de anbringender, selskabet havde gjort gældende under sagen for Retten. Appellanten har nedlagt påstand om ophævelse af Rettens dom af 12. januar 1995, annullation af Kommissionens beslutning af 30. september 1992 samt om, at Kommissionen tilpligtes at betale samtlige sagens omkostninger.

24. I centrum for appellantens kritik står her Rettens synspunkt, hvorefter artikel 85 ikke finder anvendelse på forholdet mellem Parker og dets datterselskaber. Appellanten gør gældende, at Parker's salgspolitik bevirker en opdeling af de nationale markeder, hvilket bevirker økonomiske ulemper for appellanten. Denne salgspolitik begrænser ikke blot konkurrencen i forbindelse med salget af Parker-produkter (konkurrence inden for det

enkelte mærke), men indvirker tillige ugunstigt på Parker-produkternes konkurrence med andre fabrikanters produkter. Appellanten har endvidere gjort gældende, at Retten har undladt at fortolke forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, på baggrund af både dens artikel 3, litra c) og g), og artikel 2. I sidstnævnte artikel omtales oprettelsen af et fælles marked, hvortil også konkurrencereglerne må bidrage.

Den omstændighed, at det drejer sig om foranstaltninger, der er truffet inden for en økonomisk enhed, er i det foreliggende tilfælde ikke til hinder for anvendelse af traktatens artikel 85. Retten har med urette alene lagt vægt på, at der foreligger en økonomisk enhed. En forudsætning for, at artikel 85 ikke kan finde anvendelse, er dog desuden, at det i forbindelse med den pågældende foranstaltning drejer sig om en regulering, der tjener til arbejdsdeling inden for koncernen. Herom kan der dog ikke være tale i denne sag. Grænsen for anvendeligheden af artikel 85 er nemlig overskredet, når og så snart de inden for en koncern trufne foranstaltninger har virkninger for tredjemand på markedet, således som det er tilfældet her.

25. Kommissionen er med henblik på dette centrale spørgsmål af den opfattelse, at Rettens afgørelse er rigtig. Til grund for traktatens konkurrenceregler ligger et økonomisk, og ikke et retligt virksomhedsbegreb. Da Parker og dets datterselskaber udgør en økonomisk enhed, kan artikel 85 ikke finde anvendelse på deres indbyrdes forhold. Det kommer i denne forbindelse ikke an på kriteriet om den interne fordeling af opgaverne.

Subsidiært bemærker Kommissionen, at den pågældende betingelse utvivlsomt er opfyldt i det foreliggende tilfælde. Datterselskaberne kontrolleres 100% af Parker. De må derfor nødvendigvis følge en politik, der fastsættes af Parker. Derfor er alle aftaler inden for koncernen principielt bestemt til at tjene den interne fordeling af opgaverne.

26. Kommissionen påstår appellen forkastet som ubegrundet og appellanten tilpligtet at betale sagens omkostninger.

B — Stillingtagen

Appellens omfang

27. Appellanten har bl. a. påstået Rettens dom af 12. januar 1995 ophævet. Som allerede omtalt havde appellanten under sagen i første instans foruden påstand om annullation af den anfægtede kommissionsbeslutning tillige nedlagt to påstande om hand-

lingsforpligtelser, der blev afvist af Retten. Af appelskriftet fremgår dog, at appellanten ikke fastholder disse påstande om handlingsforpligtelser. Tværtimod bemærker appellanten udtrykkeligt, at selskabets påstand i selve sagen nu alene går ud på annullation af Kommissionens beslutning af 30. september 1992. Heraf kan det udledes, at dommen i første instans kun anfægtes, for så vidt som appellanten ikke har fået medhold i sin påstand om annullation af Kommissionens ovennævnte beslutning.

28. I denne sammenhæng må det bemærkes, at også Kommissionens påstand indeholder en mindre unøjagtighed. Dersom Domstolen fulgte Kommissionens påstand om afvisning af appellen, ville Rettens dom, hvorved Kommissionen blev frifundet, få retskraft. Kommissionens yderligere påstand om forkastelse af appellen som ubegrundet ville blive uden mening. Dette krav ville kun have mening, dersom Domstolen måtte anse det for nødvendigt at ophæve den anfægtede dom og selv afgøre sagen. Men denne mulighed tages ikke i betragtning i Kommissionens svarskrift. Nedlæggelsen af denne påstand synes derfor at bero på en forsømmelse, som det dog ikke er nødvendigt at gå nærmere ind på, da den er uden betydning for afgørelsen af den foreliggende sag.

Gruppeprivilegiets rækkevidde

29. Såvel Retten i Første Instans som parterne i den foreliggende sag går samstemmende ud fra, at forudsætningen for at erklære traktatens artikel 85, stk. 1, uanvendelig på koncerner (det såkaldte gruppeprivilegium) er, at der er tale om en økonomisk enhed mellem moder- og datterselskabet, inden for hvis rammer datterselskabet ikke har nogen reel selvstændighed vedrørende sin adfærd på markedet. Dette synspunkt stemmer også med den opfattelse, som Domstolen har hævdet i sin praksis, og som jeg straks nærmere skal komme ind på.

30. Derimod er der tvist om, hvorvidt uanvendeligheden af traktatens artikel 85, stk. 1, er afhængig af yderligere forudsætninger.

Domstolens og Rettens praksis

31. Med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål er det nødvendigt straks at undersøge Domstolens og Rettens hidtidige praksis.

32. I den i 1971 afsagte dom i Béguelin-sagen [11] var der tale om, hvorvidt traktatens artikel 85, stk. 1, er anvendelig, når et moderselskab, der har hjemsted i en medlemsstat og giver en eneforhandlingsret til bestemte varer, der omfatter to medlemsstater, på en af

11 — Dom af 25.11.1971, sag 22/71, Sml. 1971, s. 257, org. ref.: Rec. s. 949.

disse medlemsstaters område giver et datterselskab eller tillader dette at erhverve en sådan ret (fra fabrikanten af de pågældende varer). Domstolen bemærkede, at artikel 85, stk. 1, forbyder karteller, når de har til formål eller til følge at hindre konkurrencen. Dette er dog ikke tilfældet, når en eneforhandlingsret »faktisk delvist overføres fra et moderselskab til et datterselskab, som, skønt det udgør en særskilt juridisk person, ikke besidder nogen økonomisk selvstændighed«. Heraf fulgte, at disse retsforhold ikke kunne tages i betragtning ved bedømmelsen af gyldigheden af en eneforhandlingsaftale mellem datterselskabet og en tredjemand [12].

33. Denne dom kunne forstås sådan, at aftaler mellem virksomheder, der tilhører én og samme koncern, efter Domstolens opfattelse ikke falder ind under anvendelsesområdet for artikel 85, stk. 1. Da der i det konkrete tilfælde imidlertid først og fremmest var tale om forholdet mellem på den ene side de to med hinanden forbundne virksomheder og på den anden side den (af dem uafhængige) fabrikant, er denne fortolkning dog ikke tvingende. Interessant er det dog i alle tilfælde, at generaladvokat Dutheillet de Lamothe i sit forslag til afgørelse gik ind for den opfattelse, at der ikke fra de to koncernvirksomheders side forelå nogen aftale i artikel 85, stk. 1's forstand. Der var langt snarere tale om en »intern reorganisation af modervirksomheden«. Den nævnte forskrift er nemlig kun anvendelig, når en aftale mellem virksomheder er egnet til at begrænse konkurrencen, men dette var ikke tilfældet her:

»Men det er evident, at der ikke mellem et moderselskab og et fuldstændigt kontrolleret datterselskab kan bestå en konkurrence, som kan påvirkes af en aftale mellem disse to væsener, der er retligt adskilt, men udgør en og samme økonomiske enhed« [13].

34. Til grund for den i 1972 afsagte dom i ICI-sagen [14] lå en beslutning, hvorved Kommissionen bl. a. havde beskyldt det britiske firma ICI for at have deltaget i former for samordnet praksis, der stred mod artikel 85, stk. 1. Efter de af Kommissionen og Domstolen foretagne konstateringer havde ICI besluttet prisforhøjelser for aftagerne i Fællesskabet og gennemført denne beslutning ved brug af sine kontrolbeføjelser over de af koncernens datterselskaber, der var etableret i Fællesskabet. Af denne grund havde Kommissionen pålagt ICI en bøde. Virksomheden anlagde sag ved Domstolen til prøvelse af denne beslutning og gjorde under sagen bl. a. gældende, at den pågældende adfærd skulle tilregnes dens i Fællesskabet etablerede datterselskaber, men ikke virksomheden selv. Af disse grunde havde Kommissionen været ubeføjet til at pålægge virksomheden selv en bøde. Betydningen af denne indsigelse

12 — A.st. (fodnote 11), præmis 7, 8 og 9.

13 — Forslag til afgørelse af 28.10.1971, Sml. 1971, s. 265, på s. 268, org. ref.: Rec. s. 964, på s. 967.

14 — A.st. (fodnote 6).

kommer frem, når man holder sig for øje, at ICI havde sit hjemsted i en stat — Det Forenede Kongerige — der på det pågældende tidspunkt endnu ikke havde tiltrådt Fællesskabet. Kommissionen havde i sin afgørelse lagt den opfattelse til grund, at det var tilstrækkeligt, at de pågældende handlinger havde haft virkninger i Fællesskabet.

35. Domstolen forkastede ICI's indsigelse med følgende begrundelse:

»Den omstændighed, at datterselskabet er en selvstændig juridisk person, udelukker ikke, at ansvaret for dets adfærd eventuelt pålægges moderselskabet. Dette kan navnlig være tilfældet, hvor datterselskabet på trods af sin status som selvstændig juridisk person ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet. Når datterselskabet ikke har reel frihed til at tilrettelægge sin politik på markedet, kan forbuddene i artikel 85, stk. 1, anses for uanvendelige i dets forhold til moderselskabet, med hvilket det danner en økonomisk enhed. Under hensyn til den således dannede gruppeenhed kan datterselskabernes adfærd under visse omstændigheder henføres til moderselskabet« [15].

15 — A.st. (fodnote 6), præmis 132-135.

36. I denne afgørelse gik Domstolen for første gang udtrykkeligt ind for den opfattelse, at artikel 85 under bestemte forudsætninger ikke finder anvendelse på forholdet mellem virksomheder, der tilhører den samme koncern. Af sammenhængen fremgår det dog, at det for Domstolen i denne forbindelse først og fremmest drejede sig om at finde et tilknytningspunkt inden for Fællesskabet, der gjorde det muligt at sanktionere samordnede former for praksis i virksomheder, der havde hjemsted i tredjelande. Domstolens opfattelse gjorde det muligt for den i overensstemmelse hermed at erklære Fællesskabet for kompetent, uden at den behøvede at bygge på det i folkeretten omstridte territorialitetsprincip.

37. Den i 1974 afsagte dom i Commercial Solvents-sagen [16] angik fortolkningen af traktatens artikel 86. En italiensk virksomhed havde efter forespørgsel til sit amerikanske moderselskab, der ejede 51% af aktierne i det, indstillet leverancerne til en kunde for at udelukke konkurrence fra hans side. Kommissionen nåede til den opfattelse, at begge virksomhederne i deres forhold til kunden skulle behandles som en økonomisk enhed, og at de følgelig sammen var ansvarlige for misbrug af deres dominerende stilling på fællesmarkedet. Domstolen tiltrådte denne opfattelse [17].

38. I den i 1974 afsagte dom i sagen Centrafarm mod Sterling Drug [18] var der tale om handel med et lægemiddel, der blev fremstillet på grundlag af en fremstillingsmetode, der

16 — Dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Sml. s. 223.
17 — A.st. (fodnote 16), præmis 37-41.
18 — Dom af 31.10.1974, sag 15/74, Sml. s. 1147.

var beskyttet af flere parallelle patenter i medlemsstaterne. Indehaveren af disse patenter — det amerikanske selskab Sterling Drug Inc. — udnyttede disse patenter ved licensaftaler med datterselskaber i de enkelte medlemsstater. Datterselskaberne havde eneret til at sælge de pågældende varer i deres medlemsstat. En ikke til koncernen hørende nederlandsk virksomhed — Centrafarm — skaffede sig de pågældende produkter i Det Forenede Kongerige, hvor de lovligt var blevet bragt i omsætning, med henblik på salg i Nederlandene. Sterling Drug påstod ved de nederlandske retter på grundlag af sit patent nedlagt forbud mod, at Centrafarm solgte lægemidlerne i Nederlandene. Nederlandenes Raad van State forelagde herefter Domstolen flere spørgsmål til præjudiciel afgørelse. Bl. a. spurgte denne ret, om der kunne tales om tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1, når aftalerne mellem patenthaveren og de med ham forbundne virksomheder, som han har givet licens, forfølger det formål at fastsætte forskellige salgsbetingelser for det pågældende produkt fra medlemsstat til medlemsstat. Yderligere spurgte retten helt i almindelighed, om artikel 85 også kunne finde anvendelse, såfremt der i de aftaler eller den samordnede praksis, der er tale om, kun deltager virksomheder, der tilhører en og samme koncern.

39. Domstolen bemærkede indledningsvis, at udøvelsen af industrielle ejendomsrettigheder falder ind under forbuddet i artikel 85, stk. 1, når udøvelsen af en sådan rettighed fremtræder som formål med, middel til eller følge af en kartelaftale [19]. I tilslutning hertil tog Domstolen stilling til anvendeligheden af artikel 85 på koncerninterne aftaler:

»Imidlertid omhandler artikel 85 ikke aftaler eller samordnet praksis mellem virksomheder, der i egenskab af moderselskab og datterselskab tilhører samme koncern, dersom virksomhederne udgør en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskabet ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af sin markedspolitiske linje, og dersom disse aftaler eller den samordnede praksis som formål har en intern fordeling af opgaverne mellem virksomhederne« [20].

40. Domstolen tilkendegav ikke i denne dom nærmere, hvad der skal forstås ved »intern fordeling af opgaverne«. Domstolen synes dog i denne sammenhæng at have været påvirket af Kommissionens argumentation og generaladvokatens forslag til afgørelse.

Kommissionen havde anført, at artikel 85 ikke finder anvendelse på aftaler, som er indgået mellem virksomheder, der tilhører samme koncern, og »hvis eneste mål er fordelingen af opgaverne inden for en og samme økonomiske enhed. Men dersom aftaler indgået inden for rammerne af en koncern har en større rækkevidde — og f.eks. begrænser muligheden for, at virksomheder, der ikke tilhører denne koncern, kan trænge ind på et

19 — A.st. (fodnote 18), præmis 40.

20 — A.st. (fodnote 6), præmis 41.

bestemt marked — må sådanne aftaler antages at falde ind under bestemmelserne i artikel 85, stk. 1«. Besvarelsen af spørgsmålet vedrørende anvendeligheden af artikel 85 afhænger af omstændighederne i det enkelte tilfælde [21].

Generaladvokat Trabucchi tilsluttede sig denne opfattelse. Han henviste til, at Kommissionens opfattelse beroede på det synspunkt, at aftaler om opgavefordelingen i koncernen ikke faldt ind under artikel 85, da de på grund af manglende konkurrence inden for koncernen ikke kunne have konkurrencebegrænsninger til formål eller til følge. Artikel 85 kunne derimod finde anvendelse, hvis tredjemands konkurrencefrihed blev begrænset ved sådanne aftaler. Generaladvokaten indtog det standpunkt, at dommene i sagerne Béguelin og ICI ikke stred mod dette synspunkt, da disse afgørelser var skåret til efter behovene i de pågældende sager [22].

41. Samme resultat som i sagen Centrafarm mod Sterling Drug nåede Domstolen til i den samme dag afsagte dom i sagen Centrafarm mod Winthrop [23], der var snævert forbundet med den førstnævnte sag [24].

42. I den i 1984 afsagte dom i Hydrothermsagen [25] var der tale om fortolkning af Kommissionens forordning 67/67/EØF om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af eneforhandlingsaftaler [26]. Efter denne forordning gjaldt den ved denne indførte gruppefritagelse bestemte aftaler, hvori »der kun deltager to virksomheder«. Den aftale, den konkrete sag drejede sig om, var dog indgået mellem Hydrotherm på den ene side og tre forskellige personer på den anden side. For disse tre personers vedkommende var der tale om en fysisk person, nemlig Andreoli, der havde udviklet den vare, som skulle forhandles, såvel som to juridiske personer, nemlig selskaberne Compact og Officine Sant'Andrea. Disse to selskaber kontrolleredes fuldstændigt af Andreoli.

43. Domstolen udtalte, at der »i en konkurrenceretlig kontekst« skal forstås en økonomisk enhed, også når denne juridisk set udgøres af flere (fysiske eller juridiske) personer. Denne økonomiske enhed må således forstås som *en* virksomhed i medfør af forordning nr. 67/67: »Under disse omstændigheder eksisterer der nemlig ingen virksom konkurrence mellem de personer, der på samme tid deltager som en enkelt part i den pågældende aftale« [27].

21 — Sagsfremstillingen i dommen i sagen Centrafarm mod Sterling Drug, Sml. 1974, s. 1149, på s. 1158.

22 — Forslag til afgørelse af 18.9.1974, Sml. 1974, s. 1169, på s. 1179 f.

23 — Dom af 31.10.1974, sag 16/74, Sml. s. 1183, præmis 32.

24 — Mens dommen i sagen Centrafarm mod Sterling Drug angik hævdelse af patentrettigheder til et produkt, var der i sagen Centrafarm mod Winthrop tale om rettigheder til det varemærke, hvorunder dette produkt blev forhandlet.

25 — A.st. (fodnote 9).

26 — EFT 1967, s. 9. Denne forordning er i mellemtiden blevet afløst af Kommissionens forordning (EØF) nr. 1983/83 af 22.6.1983 (EFT L 173, s. 1).

27 — A.st. (fodnote 9), præmis 11.

44. I den i 1988 afsagte dom i Bodsonsagen [28] var der tale om forskellige tjenesteydelser i forbindelse med begravelser, som påhvilede kommunerne efter fransk ret. Ca. 5 000 af disse kommuner havde overdraget de pågældende opgaver og eneret til udførelse af disse til private virksomheder. I 2 800 af disse kommuner var denne koncession givet til en bestemt virksomhed eller dens datterselskaber. I en sag for de nationale retter opstod bl. a. spørgsmålet om, hvorvidt artikel 85 kunne finde anvendelse på forholdet mellem disse virksomheder, der tilhørte den samme koncern.

45. Domstolen fastholdt under henvisning til sin afgørelse i sagen Centrafarm mod Sterling Drug, at artikel 85 ikke omhandler aftaler eller samordnet praksis mellem virksomheder inden for samme koncern, »dersom virksomhederne udgør en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskabet ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af sin markedspolitiske linje, og dersom disse aftaler eller den samordnede praksis som formål har en intern fordeling af opgaverne mellem virksomhederne« [29]. Om dette var tilfældet, tilkom det de nationale domstole at fastslå. Disse skulle i denne forbindelse særlig være opmærksomme på, om virksomhederne fulgte samme markedspolitiske linje som fastlagt af moderselskabet [30]. Domstolen tilføjede: »Spørgsmålet, om de koncessionerede koncernvirksomheder, der udgør en økonomisk enhed i den betydning, hvori dette udtryk er anvendt i Domstolens praksis, har handlet i strid med konkurrencebestemmelserne, må afgøres efter traktatens artikel 86« [31].

46. Den i 1989 afsagte dom i sagen Ahmed Saeed Flugreisen [32] angik bedømmelsen af bestemte former for praksis ved fastsættelse af flybilletpriser bedømt efter Fællesskabets konkurrenceret. Der var bl. a. her tale om, hvorvidt den anvendelse af en prisliste for flybilletter af en virksomhed, der havde en dominerende stilling på markedet, kunne siges at begrunde misbrug af denne stilling, når den følger af en aftale mellem to virksomheder, der som sådanne kan rammes af forbuddet i artikel 85, stk. 1. Det skulle således afgøres, om artikel 85 og 86 samtidig kunne anvendes på det samme sagsforhold.

Domstolen besvarede dette spørgsmål bekræftende. I denne sammenhæng anførte den bl. a. følgende:

»Ifølge Domstolens praksis finder artikel 85 ikke anvendelse, når den omhandlede aftale er indgået mellem virksomheder, der i egenskab af moder- og datterselskab tilhører samme koncern, dersom virksomhederne udgør en økonomisk enhed, inden for

28 — Dom af 4.5.1988, sag 30/87, Sml. s. 2479.
29 — A.st. (fodnote 28), præmis 19.
30 — A.st. (fodnote 28), præmis 20.
31 — A.st. (fodnote 28), præmis 21.
32 — A.st. (fodnote 7).

hvilken datterselskabet ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af sin markedspolitiske linje (senest dom af 4.5.1988 i sag 30/87, Corinne Bodson, Sml. s. 2479). En sådan økonomisk enheds adfærd på markedet kan dog være omfattet af artikel 86« [33].

47. Endelig skal jeg kort gå ind på Rettens praksis for så vidt den har betydning for den foreliggende sag. I dommen af 10. marts 1992 i Shell-sagen [34] var der tale om spørgsmålet, om et moderselskab kan holdes ansvarligt for sit datterselskabs adfærd. Retten besvarede dette spørgsmål bekræftende. Den støttede sig i denne forbindelse på, at artikel 85, stk. 1, »er rettet til økonomiske enheder bestående af menneskelige, materielle og immaterielle ressourcer, der forfølger et økonomisk mål på lang sigt, og som kan medvirke ved overtrædelsen af bestemmelsen« [35].

I den på samme dag som i Shell-sagen afsagte dom i SIV-sagen [36] var der tale om forholdet mellem tre — indbyrdes uafhængige — fabrikanter af planglas i Italien. Ifølge den anfægtede kommissionsbeslutning havde de pågældende virksomheder begået såvel overtrædelser af artikel 85 som misbrug af en kollektiv dominerende stilling på markedet i medfør af traktatens artikel 86. Retten bemærkede i denne sammenhæng følgende:

»Det er fast retspraksis, hvilket også er anerkendt af samtlige parter, at begrebet aftale eller samordnet praksis mellem virksomheder i traktatens artikel 85's forstand ikke omfatter aftaler eller samordnet praksis mellem virksomheder i samme koncern, såfremt virksomhederne udgør en økonomisk enhed (se f.eks. Domstolens ovennævnte dom af 31.10.1974, Centrafarm, præmis 41). Heraf følger, at når artikel 85 omhandler aftaler eller samordnet praksis mellem 'virksomheder', tænkes der på forholdet mellem to eller flere økonomiske enheder, der er i stand til at konkurrere med hinanden« [37].

Vurdering af den hidtidige retspraksis

48. Betragter man de netop anførte afgørelser i sammenhæng, viser der sig et uensartet billede. Såvel Domstolen som Retten går ud fra, at det i artikel 85 anvendte virksomhedsbegreb skal forstås således, at det finder anvendelse på økonomiske enheder. Om man dog deraf må slutte, at artikel 85 i fuldt omfang skal anses for uanvendelig på aftaler

33 — A.st. (fodnote 32), præmis 35.
34 — Sag T-11/89, Sml. II, s. 757.
35 — A.st. (fodnote 34), præmis 311.
36 — A.st. (fodnote 8).
37 — A.st. (fodnote 8), præmis 357.

eller samordnede former for praksis i koncernselskaber, er et helt åbent spørgsmål.

49. Vedrørende spørgsmålet om anvendelsen af artikel 85 på koncernområdet har Domstolen hidtil udtrykkeligt kun taget stilling til fire tilfælde — nemlig i dommene i sagerne ICI, Centrafarm, Bodson og Ahmed Saeed Flugreisen [38]. Betragter man disse domme, konstaterer man, at Domstolen i denne forbindelse i to sager — nemlig Centrafarm og Bodson — som yderligere betingelse for at erklære artikel 85 uanvendelig fastsætter, at den pågældende aftale eller samordnede praksis skal tjene det formål at fastlægge den interne opgavefordeling i koncernen, mens denne betingelse ikke nævnes i dommene i sagerne ICI og Ahmed Saeed [39]. Der opstår derfor det spørgsmål, om og i givet fald hvorledes disse afgørelser kan bringes i indbyrdes overensstemmelse.

50. Man kunne her først overveje, om der i forbindelse med den pågældende klausul faktisk er tale om en yderligere betingelse, der skal være opfyldt, for at den pågældende aftale eller form for praksis i en koncernvirksomhed ikke skal falde ind under anvendelsesområdet for artikel 85. Rent teoretisk kunne man tænke sig, at denne klausul muligvis alene belyser den tidligere opstillede betingelse (hvorefter de pågældende virksomheder skal danne en økonomisk enhed), uden at den har noget indhold, der er forskelligt herfra [40]. Denne mulighed er dog efter min mening udelukket. Formuleringen af den pågældende passus i dommene i Centrafarm-sagerne (»og dersom«) viser ganske tydeligt, at der i forbindelse med den pågældende klausul er tale om en yderligere betingelse, som efter Domstolens opfattelse skal være opfyldt, for at artikel 85 kan erklæres uanvendelig. Betragter man denne klausul på baggrund af de synspunkter, Kommissionen og generaladvokaten har givet udtryk for, kan man vel alene drage den slutning, at Domstolen har villet begrænse gruppeprivilegiet. Meget taler for at antage, at Domstolen har villet holde muligheden åben for under bestemte forudsætninger også at anvende artikel 85 på aftaler mellem koncernvirksomheder, der udgør en økonomisk enhed.

51. Dette bliver endnu tydeligere, når man holder sig for øje, at denne yderligere betingelse netop findes i begge de domme, hvori Domstolen umiddelbart måtte beskæftige sig med spørgsmålet om, hvorvidt en aftale eller samordnet praksis inden for koncernvirksomheder, der udgør en økonomisk enhed, kan være i strid med artikel 85. I Centrafarm-sagen var der tale om aftaler mellem koncernvirksomheder vedrørende licensrettigheder og industrielle ejendomsrettigheder, der kunne have en opdeling af de

38 — Jf. fodnoterne 6, 7, 18, 23 og 28. Jeg sammenfatter i denne forbindelse de to domme i sagerne Centrafarm mod Sterling Drug og Centrafarm mod Winthrop.

39 — Det er overraskende, at Retten i den appellerede dom alene nævner dommene i ICI-sagen og Ahmed Saeed-sagen. Af parternes sagsfremstilling i dommen fremgår det, at parterne i sagen i første instans for Retten har påberåbt sig dommene i Centrafarm- og Bodson-sagerne (a.st.) — fodnote 1 — præmis 32 og 44. I dommens præmis 32 omtales endog en yderligere betingelse i denne sammenhæng.

40 — Jf. herom Richard Whish, *Competition Law*, 3. oplag, London, Edinburgh, 1993, s. 212 f., hvorefter den pågældende aftale betragtes (»is regarded as«) som en intern opgavefordeling, når der er tale om en økonomisk enhed.

nationale markeder til følge. Det er i denne sammenhæng værd at bemærke, at Kommissionen i sin stillingtagen i dette tilfælde var gået ind for den opfattelse, at spørgsmålet, om artikel 85, stk. 1, fandt anvendelse, ud fra den foreliggende sags konkrete omstændigheder »tilsyneladende [måtte] besvares bekræftende« [41]. Også i dommen i Bodson-sagen gik Domstolen konkret ind på spørgsmålet, om forbindelserne mellem de til samme koncern hørende koncessionerede virksomheder skulle bedømmes efter artikel 85. Domstolens bemærkninger herom må dog ses i sammenhæng med dens henvisning til artikel 86, da der ikke i dommen findes nogen nærmere oplysninger om den konkrete beskaffenhed og udformning af forbindelsen mellem de pågældende koncernvirksomheder [42].

52. Dommene i ICI- og Ahmed Saeed-sagerne, på hvilke Retten støtter sin argumentation, ændrer ikke ved denne bedømmelse. I den førstnævnte dom var der tale om, hvorvidt et moderselskab, der havde hjemsted i et tredjeland, kunne gøres ansvarligt for et datterselskabs adfærd. Som generaladvokat Trabucchi allerede havde fastslået i sit forslag til afgørelse i Centrafarm-sagen, skulle begrebet en økonomisk enhed, som Domstolen allerede havde sat i centrum i sin dom i ICI-sagen, derfor »modsvare helt præcise krav« [43]. Jeg har allerede redegjort for baggrunden for denne afgørelse [44]. Det kan derfor ikke udledes af dommen i ICI-sagen, at artikel 85 aldrig kan anvendes på forbindelserne mellem koncernvirksomheder, der udgør en økonomisk enhed. Det samme gælder dommen i Ahmed Saeed-sagen. I denne var der, som jeg allerede har nævnt, i den pågældende sammenhæng tale om, hvorvidt artikel 85 og 86 samtidig kan finde anvendelse. Da der i dette tilfælde var tale om prisaftaler mellem uafhængige luftfartsselskaber, meldte spørgsmålet om anvendeligheden af artikel 85 på koncernen som sådan sig overhovedet ikke [45]. Domstolen synes på det pågældende sted alene at have haft til hensigt før afgørelsen af det præjudicielle spørgsmål, den havde fået forelagt, at sammenfatte den samlede retspraksis, der hidtil havde dannet sig vedrørende forholdet mellem artikel 85 og 86, også selv om dette i og for sig var uden betydning for den konkrete sag.

53. Af en lignende grund forekommer også dommen i Hydrotherm-sagen mig at være uden større betydning for afgørelsen af denne sag. Dommen vedrørte fortolkningen af en gruppefritagelsesforordning. Som allerede nævnt var der konkret tale om, hvorvidt denne forordning kunne finde anvendelse på aftaler, hvori der på den ene eller den anden side deltog flere virksomheder, som udgjorde en økonomisk enhed. Dommen angår derfor ikke spørgsmålet om, hvorvidt aftaler eller former for samordnet praksis mellem disse virksomheder kunne stride mod artikel 85 [46].

41 — Jf. sagsfremstillingen til dommen, a.st. (fodnote 21), s. 1159.

42 — Dette er formentlig også grunden til, at hverken parterne eller generaladvokaten — så vidt man kan se af retsmoderapporten og forslaget til afgørelse — gik nærmere ind på spørgsmålet om anvendeligheden af artikel 85 på koncernen.

43 — A.st. (fodnote 22), s. 1180.

44 — Jf. punkt 36 ovenfor.

45 — Af disse grunde behøvede jeg heller ikke at komme ind på dette spørgsmål i mit forslag til afgørelse i den pågældende sag.

46 — Således også Helmuth Schroter, Les accords intragroupe au regard de l'article 85 du Traité CE, i Christopher Jones (red.), *Competition Policy Newsletter*, bind 1, nr. 4 (forår 1995), s. 28 og 30.

54. Desuden bør det dog overvejes, om Domstolen ikke i mellemtiden har opgivet den yderligere betingelse, hvorefter aftalen skal tjene til fordeling af opgaverne inden for koncernen. Som allerede nævnt findes denne klausul ikke i dommen i Ahmed Saeed-sagen, der er den sidste dom, hvori Domstolen hidtil har ytret sig i dette spørgsmål. Af det ovenfor anførte fremgår det i alle tilfælde forudsætningsvis, at en sådan fortolkning ikke ville være rigtig. En udtrykkelig afstandtagen fra den tilsvarende tidligere retspraksis findes ikke i dommen i Ahmed Saeed-sagen. Da Domstolen i denne overhovedet ikke var stillet over for problemet vedrørende den konkurrenceretlige behandling af aftaler inden for koncerner, synes den antagelse, at Domstolen har villet ændre sin praksis på dette område, derfor endnu mere fjerntliggende. Først og fremmest må man dog henvise til, at Domstolen i dommen i Ahmed Saeed-sagen overhovedet ikke omtaler den her omhandlede klausul, men udtrykkeligt henviser til dommen i Bodson-sagen, hvori denne er indeholdt.

55. Ej heller i Domstolens praksis siden afsigelsen af den her appellerede dom findes der noget yderligere til belysning af spørgsmålet. I dommen i SIV-sagen omtales den yderligere betingelse ganske vist ikke, men Domstolen henviser udtrykkeligt til det sted i dommen i Centrafarm mod Sterling Drug-sagen, hvori dette yderligere krav er opstillet.

56. Som resultat kan man således fastholde, at Domstolen i Centrafarm-sagen har fundet, at betingelsen for at erklære artikel 85 uanvendelig på koncerner, ikke alene er, at de pågældende virksomheder danner en økonomisk enhed, men tillige, at den pågældende aftale eller samordnede praksis tjener til fordeling af opgaverne inden for koncernen. Dette yderligere kriterium findes også i dommen i Bodson-sagen, men ikke i andre afgørelser, men meget taler for, at Domstolen ikke hidtil har opgivet dette kriterium.

57. I den af Retten afsagte dom er der alene med henblik på spørgsmålet om uanvendeligheden af artikel 85 på koncernen tale om, hvorvidt der er tale om en økonomisk enhed. Set på baggrund af den netop skildrede retspraksis kan dette kun forstås således, at Retten har villet forkaste den yderligere betingelse, hvorefter den i sagen omhandlede aftale eller samordnede praksis skal tjene fordelingen af opgaverne inden for koncernen. Således er dommen også blevet forstået af mange kommentatorer [47]. Denne opfattelse fra Rettens side kan således kun have mening, hvis den af Domstolen opstillede yderligere betingelse for at finde artikel 85 uanvendelig på koncerner faktisk ikke behøver at være opfyldt. Dette spørgsmål vil jeg behandle nu.

47 — Jf. f. eks. Jean-Bernard Blaise's og Catherine Robin-Delaine's kommentarer til dommen i *Revue des affaires européennes* 1995, s. 110, og Schröter (a.st., fodnote 46, s. 28).

58. Retten støtter sin opfattelse på tre punkter, nemlig den hidtidige retspraksis, ordlyden af artikel 85 og artikel 85's begrænsede anvendelsesområde [48].

59. Som allerede nævnt finder jeg at måtte lægge til grund, at påberåbelsen af den — af Retten alene en passant — anførte retspraksis er uden betydning. Ej heller påberåbelsen af ordlyden af artikel 85 kan overbevise mig. Artikel 85, stk. 1, taler om aftaler mellem »virksomheder«. Moderselskabet og dets datterselskaber er således utvivlsomt virksomheder. Udelukkelsen af anvendeligheden af artikel 85 kan derfor kun følge af, at virksomhedsbegrebet forstås som »økonomiske enheder«. Rettens opfattelse forudsætter desuden, at aftaler inden for en økonomisk enhed aldrig kan falde ind under artikel 85. Af ordlyden af artikel 85 alene lader dette sig givet ikke udlede.

60. Det afgørende spørgsmål er derfor, om artikel 85 ifølge sin *mening og formål* overhovedet kan finde anvendelse på aftaler og former for samordnet praksis inden for koncernvirksomheder, der danner en økonomisk enhed.

61. Førend jeg går ind på dette spørgsmål, er det på sin plads at henvise til, at der i det foreliggende tilfælde er tale om forbindelserne mellem et selskab og dets 100%-kontrollerede datterselskaber. Det foreliggende tilfælde angår derfor efter min opfattelse kun spørgsmålet om, hvorvidt artikel 85 kan anvendes på en sådan koncern. Jeg vil derfor *udelukkende* lægge denne situation til grund for mine overvejelser.

62. Til fordel for muligheden af tillige under bestemte forudsætninger at anvende artikel 85 på aftaler og samordnet praksis inden for koncernvirksomheder, der udgør en økonomisk enhed, kan man anføre, at dette kan tjene beskyttelsen af konkurrencen. Som appellanten med rette har bemærket, kan aftaler mellem sådanne koncernvirksomheder have de samme virkninger som aftaler mellem uafhængige virksomheder. Heraf kunne man slutte, at artikel 85 også skulle finde anvendelse på sådanne aftaler og former for samordnet praksis, men traktatens artikel 3, litra g), kræver dog — som appellanten med rette har anført — et system, der beskytter konkurrencen på det fælles marked mod fordrejninger. En formålsbestemt fortolkning bestemt af konkurrencereglernes effektive virkning, som også rettes mod skadelige virkninger for konkurrencen, skulle efter denne betragtningsmåde også gøre artikel 85 anvendelig på aftaler inden for koncerner, for så vidt sådanne skadevirkninger forekommer.

For så vidt en sådan koncerns adfærd derfor fører til, at det fælles marked opdeles efter nationale grænser, ville også det indre enhedsmarked blive berørt, hvis oprettelse er foreskrevet i traktatens artikel 2 og artikel 3,

48 — Jf. punkt 14-19 ovenfor.

litra c). Ved ikke at anvende artikel 85 på adfærd inden for en koncern, kan der opstå virkninger, som strider mod formålene med det indre marked.

63. Endvidere kunne følgen af undladelsen af at anvende artikel 85 på aftaler og samordnede former for praksis inden for koncerner have til følge, at virksomhederne blev foranlediget til at betjene de enkelte nationale markeder i stedet for at udvikle salgskoncepter for det samlede fælles marked. Yderligere kunne man måske befrygte, at der ville blive stillet strengere konkurrenceretlige krav til små og mellemstore virksomheder end til store koncerner. Disse virksomheder har ofte ikke økonomiske midler til at stifte egne salgsselskaber i samtlige medlemsstater og ville derfor være henvist til aftaler med uafhængige forhandlere. Disse aftaler er imidlertid fuldt ud underlagt kravene i artikel 85.

64. Af alle disse grunde er det absolut forståeligt, at den opfattelse, som appellanten går ind for, også deles af fremtrædende forfattere [49]. Lignende overvejelser har måske også ført Domstolen til at gøre undladelsen af at anvende artikel 85 afhængig af ovennævnte yderligere betingelse.

65. Men vægtige grunde taler dog mod en sådan opfattelse, og disse har ført mig til den overbevisning, at man må foretrække det af Retten indtagne standpunkt.

66. Der skal her for det første henvises til, at artikel 85 ikke absolut beskytter konkurrencen. Traktatens artikel 85, stk. 1, finder nemlig kun anvendelse, når der foreligger »aftaler mellem virksomheder ... vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis«, som har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Dersom artikel 85 havde til formål i al almindelighed at beskytte konkurrencen, ville disse kriterier ikke være nævnt i bestemmelsens ordlyd. Artikel 85's gyldighedsområde er altså for så vidt begrænset. Også en formålsfortolkning af denne bestemmelse på baggrund af traktatens artikel 2 og 3 må respektere denne begrænsning. Dette lader sig måske udlede af Domstolens praksis vedrørende spørgsmålet om, hvilke pligter der følger for medlemsstaterne af artikel 85 sammenholdt med traktatens artikel 5 [50]. Efter Domstolens faste praksis på dette område tilsidesætter en medlemsstat kun disse pligter, dersom den enten foreskriver eller fremmer indgåelse af aftaler i strid med artikel 85 eller forstærker sådanne aftalers virkninger, eller berøver sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention [51]. Der foreligger derimod ikke tilsidesættelse af disse

49 — Jf. først og fremmest Helmuth Schröter i: Groeben mod Thiesing og Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 4. udg., Baden-Baden, 1991, artikel 85, punkt 89 ff. (særlig punkt 92), Schröter (a.st., fodnote 46, s. 30 ff.) og Volker Emmerich i Manfred Dauses (red.) *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*, München, 1993, H. I, afsnit 66.

50 — Efter denne bestemmelse skal medlemsstaterne træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnede til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, som følger af traktaten (artikel 5, stk. 1), og afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af traktatens målsætning i fare (artikel 5, stk. 2).

51 — Jf. senest dom af 17.10.1995, forenede sager C-140/94, C-141/94 og C-142/94, DIP, Sml. I, s. 3257, præmis 15.

pligter, »når enhver sammenhæng med en adfærd fra virksomhedens side, der er omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1, kan udelukkes« [52]. Ej heller efter denne praksis, som dog skal tjene til sikring af artikel 85's »effektive virkning«, kan der således ses bort fra kravet om, at der skal foreligge en aftale eller form for samordnet praksis mellem flere virksomheder.

En aftale eller samordnet praksis i medfør af artikel 85 forudsætter imidlertid en overensstemmende hensigt mellem to eller flere virksomheder. Ensidige foranstaltninger er derimod ikke omfattet af artikel 85. Da artikel 85 efter fast retspraksis går ud fra et økonomisk virksomhedsbegreb, er det nærliggende at antage, at der i et tilfælde som det her foreliggende allerede mangler en overenskomst eller form for samordnet praksis [53]. Grundlæggende er der her nemlig ikke tale om en aftale mellem to eller flere deltagere. Forholdet er tværtimod det, at *én* virksomhed — nemlig moderselskabet — fastsætter den salgspolitik, som skal anvendes af koncernen. Denne opfattelse har Kommissionen også gjort gældende i replikken.

67. Som allerede nævnt er denne betragtning alene dog ikke tilstrækkelig til at begrunde den af Retten forfægtede opfattelse, da den ikke redegør for, hvorfor traktaten her går ud fra et økonomisk virksomhedsbegreb. Den afgørende grund hertil er efter min opfattelse at finde i, at der i et tilfælde som det her foreliggende ikke kan være tale om nogen konkurrence mellem moderselskabet og datterselskaberne. Man kan ikke tænke sig selvstændige økonomiske konkurrenceforanstaltninger iværksat af datterselskabet, når moderselskabet fuldstændig kontrollerer og fastlægger deres adfærd, som det er tilfældet her. Der foreligger derfor ikke nogen konkurrence mellem koncernselskaberne, som skal beskyttes, hvilket er en betingelse for anvendeligheden af artikel 85 [54]. I denne forbindelse skal det først og fremmest bemærkes, at moderselskabet i så tilfælde kunne opnå det samme resultat ved instrukser eller anden form for udøvelse af sin kontrol.

68. Det er rigtigt, at forholdet mellem koncernvirksomhederne kan have indflydelse på tredjemands stilling i konkurrencen på det pågældende marked. Men hvis koncernvirksomhederne skal betragtes som en *enhed*, udgør deres handlemåde en *ensidig* adfærd, som artikel 85 ikke finder anvendelse på.

69. Denne betragtningsmåde fører også til rimelige og sagligt rigtige resultater. Det

52 — Jf. således eksempelvis dom af 15.11.1993, sag C-2/91, Meng, Sml. I, s. 5751, præmis 22.

53 — Således Bellamy & Child, *Common Market Law of Competition*, udg. Vivien Rose, 4. udgave, London, 1993, punkt 2053, og Norbert Koch i: Grabitz/Hilf, *Kommentar zur Europäischen Union*, Artikel 85, punkt 15.

54 — Gleiss/Hirsch (Martin Hirsch og Thomas O. J. Burkert), *Kommentar zum EG-Kartellrecht*, bind 1, 4. udg., Heidelberg, 1993, punkt 199, vedrørende artikel 85, Peter-Christian Muller-Graff i: Hailbronner/Klein/Magiera/Graff, *Handkommentar zum EU-Vertrag*, Köln, Berlin, Bonn og München. udg. 1994, artikel 85, punkt 73, Gerhard Grill i: Lenz (red.), *Kommentar zum EG-Vertrag*, Köln, Basel, Wien, 1994, indledende bemærkninger til artikel 85-90, punkt 33. Således også Kommissionens beslutning af 18.6.1969 (Christiani & Nielsen, JO L 165, s. 12 og 14).

følger allerede af, at dette koncernprivilegium kun har en begrænset rækkevidde. Det finder for det første kun anvendelse, når og for så vidt der er tale om forholdet mellem koncernvirksomheder, der faktisk danner en økonomisk enhed, inden for hvis rammer datterselskaberne reelt ikke selvstændigt kan tilrettelægge deres adfærd. I denne forbindelse må der anvendes en streng målestok. Dersom den økonomiske enhed opløses (f.eks. ved afhændelse af et datterselskab til tredjemand), bliver artikel 85 anvendelig på den hidtil interne koncernaftale [55]. For det andet finder artikel 85 anvendelse, når også udenforstående virksomheder er parter i en aftale eller deltager i en form for samordnet praksis tillige med koncernvirksomhederne. Endelig vil artikel 85, når moderselskabet bestemmer, at dets datterselskab skal indsætte bestemte klausuler i sine aftaler med uafhængige salgsvirksomheder, finde anvendelse på *disse* aftaler [56].

Den frygt, som appellanten har givet udtryk for, og hvorefter denne betragtningsmåde kan have til følge, at virksomhederne vil forsøge at unddrage sig anvendelsen af artikel 85 ved at overlade deres salg til datterselskaber, som de behersker, forekommer mig ubegrundet. I øvrigt skal det bemærkes, at virksomhederne vel også kunne opnå dette på andre måder — der står åbne for alle virksomheder — idet de nemlig selv gennemfører dem ved egne, ikke-selvstændige filialer.

70. For det første skal det dog bemærkes, at den af Retten forfægtede betragtningsmåde ikke på nogen måde fører til, at den indbyrdes forbindelse mellem koncernvirksomheder ville blive fuldstændig unddraget anvendelsen af Fællesskabets konkurrenceregler. Det er ubestridt, at artikel 86 kan finde anvendelse i sådanne tilfælde. For så vidt koncernvirksomhederne derfor har en dominerende stilling og misbruger denne, kan denne bestemmelse anvendes på dem. Den her forfægtede opfattelse udhuler således ikke anvendeligheden af traktatens konkurrencebestemmelser i strid med traktaten.

71. Endelig skal det bemærkes, at den modsatte opfattelse — som Kommissionen med rette har understreget — ville føre til næsten uløselige afgrænsningsvanskeligheder. Man måtte nemlig herefter i hvert enkelt tilfælde fastslå, hvornår en aftale eller form for samordnet praksis tjener til opgavefordelingen inden for koncernen, og hvornår dette ikke er tilfældet. Domstolen har ikke nærmere redegjort for dette begreb i de to domme, hvori den har benyttet det. Dersom det afgørende kriterium — som antaget af tilhængerne af muligheden for anvendelse af artikel 85 på koncernaftaler [57] — for den med henblik herpå fornødne afgrænsning skulle bestå i, at den pågældende adfærd har virkninger for *tredjemands* konkurrencesituation, giver denne betragtningsmåde anledning til flere spørgsmål, end den besvarer. Accepterer man nemlig, at der ikke består nogen konkurrence

55 — Jf. f. eks. Kommissionens beslutning af 22.12.1987 (Austin Rover Group/Unipart, EFT 1988 L 45, s. 34, på s. 38, punkt 25).

56 — Jf. tillige Whish, a.st., fodnote 40, s. 213.

57 — Jf. først og fremmest Schröter (a.st., fodnote 49, punkt 92) samt tillige den af generaladvokat Trabucchi i Centrafarm-sagen forfægtede opfattelse (punkt 40 ovenfor).

mellem virksomheder, der danner en økonomisk enhed, måtte en aftale mellem sådanne virksomheder desuagtet begrænse tredjemands konkurrence for overhovedet at kunne falde ind under artikel 85.

72. Rettens opfattelse, hvorefter det alene kommer an på, om der foreligger en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskaberne reelt ikke kan fastlægge deres adfærd på markedet, har derfor også den fordel, at den er let at håndtere. Jeg deler i øvrigt også derfor den opfattelse, at der derved skabes en vis indbyrdes sammenhæng i retspraksis på dette område [58].

73. Det er i øvrigt bemærkelsesværdigt, at den af Retten hævdede opfattelse er i overensstemmelse med det synspunkt, der hersker i amerikansk kartelret. Supreme Court har i 1984 i sin dom i sagen Copperweld Corporation m.fl. mod Independence Tube Corporation fundet, at aftaler eller former for samordnet praksis mellem et selskab og dets helejede datterselskaber ikke strider mod § 1 i Sherman Act [59]. Supreme Court lagde herved særlig vægt på, at moder- og datterselskabet havde fuldstændig overensstemmende interesser, og måtte opfattes som *en* virksomhed i konkurrencereglernes forstand [60].

Det første anbringende (fortolkning af artikel 85)

74. Da jeg herefter er af den opfattelse, at Retten med henblik på besvarelsen af spørgsmålet om uanvendeligheden af artikel 85 med rette alene har lagt vægt på, at der er tale om en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskaberne ikke reelt og selvstændigt kan bestemme deres adfærd, kan jeg fatte mig i korthed i det følgende. Appellanten bestrider nemlig, som Kommissionen har fastslået, ikke længere, at der foreligger en sådan enhed i denne sag.

75. Hvad særlig angår spørgsmålet om en eventuel forskelsbehandling, er jeg som Retten og Kommissionen af den opfattelse, at appellanten ikke som begrundelse for anvendeligheden af artikel 85 i det foreliggende tilfælde kan påberåbe sig aftaleforholdet mellem Parker og dets uafhængige forhandlere.

58 — Således Laurence Idot i en kommentar til den appellerede dom, *Europe* 1995, nr. 105, s. 13 og 14.

59 — 15 USC § 1. I første punktum i denne bestemmelse hedder det: »Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal.« Den fuldstændige tekst er aftrykt i S. Chesterfield Oppenheim, Glen E. Weston, J. Thomas McCarthy, *Federal Antitrust Laws*, 4. udg. St. Paul, 1981, s. 1117 f.

60 — 467 US 752, særlig s. 771. Retspraksis havde ej heller i Amerika indtil denne dom været særlig ensartet. Det er ikke uden interesse at bemærke, at tre af dommerne i Copperweld-sagen gav udtryk for en afvigende opfattelse, hvori de (a.st., s. 778 og 792) forfægtede den opfattelse, at § 1 i Sherman Act også under bestemte forudsætninger skulle finde anvendelse i et sådant tilfælde (»if the behaviour at issue is unrelated to any functional integration between the affiliated corporations and imposes a restraint on third parties of sufficient magnitude to restrain marketwide competition«).

Det er ganske vist rigtigt, at gruppeprivilegiet ikke gælder for disse aftaler. *Disse* aftaler var dog ikke omhandlet i den procedure for Kommissionen, hvorom der er tale her. Retten har i øvrigt fastslået i sin dom, at appellanten ikke havde anført, ved hvilke aftaler eller former for samordnet praksis appellanten hidtil havde været udsat for forskelsbehandling. Jeg er enig med Kommissionen i, at der i denne forbindelse er tale om faktiske forhold, som ikke kan bestrides under en appelsag. I øvrigt har appellanten ej heller under sagen for Domstolen fremført noget konkret herom.

76. Da Retten herefter korrekt har fastslået, at artikel 85 ikke var anvendelig på forholdet mellem Parker og dets datterselskaber, må det første anbringende forkastes.

77. Dersom Domstolen derimod tilslutter sig den opfattelse, at det for at erklære artikel 85 for uanvendelig, kommer an på, om den pågældende aftale tjener til fordeling af opgaverne inden for koncernen, er der naturligvis tale om en retlig fejl i Rettens dom. Med henblik herpå skal jeg kun ex tuto tilføje, at den af Kommissionen subsidiært anførte betragtning, hvorefter aftaler mellem et selskab og dets helejede datterselskaber »principielt« skal tjene den interne fordeling af opgaverne, ikke er overbevisende. Snarere skulle man da undersøge, hvilke virkninger aftalen inden for koncernen har for tredjemand.

Det andet anbringende (fortolkning af artikel 86)

78. Hvad angår spørgsmålet om den rigtige fortolkning af artikel 86 begrænser appellanten sig i sit appelskrift til at henvise til stævningen. Ifølge artikel 112, stk. 1, litra c), i Domstolens procesreglement skal appelskriftet imidlertid indeholde de retlige anbringender og argumenter, der påberåbes. Heraf følger, at de retlige argumenter, der støtter den foreliggende appel, skal fremstilles konkret. Det er ikke tilstrækkeligt alene at gentage de anbringender og argumenter, der har været fremført for Retten eller blot ordret at gengive disse [61]. Lige så utilladeligt er det følgelig blot at henvise til stævningen.

79. Dette anbringende må derfor afvises fra realitetsbehandling.

Det tredje anbringende (fortolkning af artikel 190)

80. Appellanten påberåber sig, at Kommissionen i sin beslutning har tilsidesat artikel

61 — Jf. navnlig kendelse af 26.9.1994, sag C-26/94 P, X mod Kommissionen, Sml. I, s. 4379, præmis 12 f., og de dér anførte afgørelser, og af 14.12.1995, sag C-173/95 P, Hogan, Sml. I, s. 4905, præmis 20.

190 og mod Rettens opfattelse ikke har behandlet væsentlige argumenter fra appellantens side. Appellanten henviser i denne sammenhæng til »bilag K 5 og K 6 til stævningen«.

81. Også dette anbringende bør efter min opfattelse afvises, da det strider mod artikel 112, stk. 1, litra c), i Domstolens procesreglement, for så vidt som Retten hævdes at have fejlfortolket artikel 190. Når anbringendet består i, at Kommissionen ikke har behandlet væsentlige argumenter i sin beslutning, uden at Retten har lagt vægt på dette, burde disse argumenter i det mindste have været nævnt i appelskriftet. Påberåbelsen af et bilag til stævningen er naturligvis ikke tilstrækkelig i denne henseende [62].

Resultat

82. Da således intet af de fremførte anbringender kan tages til følge, må appellen forkastes. Afgørelsen vedrørende sagens omkostninger følger af artikel 122, 118 og 69 i Domstolens procesreglement.

C — Forslag til afgørelse

83. Jeg foreslår derfor Domstolen at forkaste appellen og pålægge appellanten at afholde sagens omkostninger.

62 — Jf. punkt 78 ovenfor.