FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 16. juni 1994 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

1. Er en bestemmelse i vedtægterne for et andelsselskab, der driver handel med grovvarer for landbruget, hvorefter selskabet kan *ekskludere* medlemmer, som deltager i organiserede samarbejdsenheder, som konkurrerer med selskabet, forenelig med traktatens konkurrenceregler? Det er — kort sagt — det centrale spørgsmål i den foreliggende sag.

Faktiske omstændigheder

2. Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA (herefter benævnt »DLG«) er et dansk andelsselskab, som driver virksomhed inden for landbrugsområdet. Det blev stiftet i 1969 efter fusion med tre forskellige hovedforeninger. Selskabets formål var oprindelig kun at forsyne lokalforeningerne (som også er andelsforeninger) med grovvarer. Lokalforeningerne solgte herefter varerne en detail til de enkelte landmænd. Med tiden blev DLG's virksomhed spredt over flere områder: Handelsvirksomheden blev udvidet til at omfatte detailsalg, også for at imødegå lignende tiltag, som konkurrerende selskaber, der ikke var andelsselskaber, havde iværksat. Selskabets virksomhed kom efterhånden til at omfatte en hel vifte af aktiviteter, som kunne tilbydes medlemmerne. For tiden er der ikke alene tale om forsyning med en række grovvarer (foderstoffer, korn, gødning, planteværnsmidler, såsæd osv.), men også med en lang række accessoriske tjenesteydelser: forarbejdning af og handel med forskellige landbrugsvarer (korn), tjenesteydelser af finansiel og forsikringsmæssig art, forskning og produktudvikling.

Medlemskredsen i DLG består af fire kategorier:

— A-medlemmer: enkeltpersoner, der driver landbrug (ca. 21 000)

— B-medlemmer: lokalforeninger (indtil 1988, dvs. indtil den omtvistede vedtægtsændring fandt sted, var 50 lokalforeninger medlemmer af DLG; som resultat

* Originalsprog: italiensk.

af de faktiske omstændigheder i hovedsagen blev 37 af disse foreninger — som det nærmere forklares i det følgende — ekskluderet af DLG)

faldt således efterhånden til omkring det halve; som jeg allerede har nævnt, betød den omstændighed, at en del af lokalforeningerne blev indlemmet i DLG, at DLG kunne gå direkte ind i detailsalget af grovvarer til landbruget.

— C- og D-medlemmer: andre sammenslutninger inden for landbruget, af forskellig art og med forskellige formål (brugsforeninger, kapitalselskaber, institutioner, hovedforeninger), der ikke naturligt hører hjemme som B-medlemmer.

På den anden side fandt der i samme periode en fusioneringsproces sted mellem lokalforeningerne indbyrdes. Herved opnåede de en sådan størrelse, at de fik mindre og mindre behov for DLG i forbindelse med deres indkøb af grovvarer.

3. Landsforeningen af Andels-Grovvareforeninger (hvis navn siden 1991 er »Landsforeningen den lokale andel«, herefter benævnt »LAG«), som en række B-medlemmer af DLG stiftede i 1975, er en landsdækkende sammenslutning af lokalforeninger, der er specialiseret i distribution af grovvarer til landbruget.

Der opstod således en situation med klare interessemodsætninger inden for den danske andelssektor: På den ene side ønskede DLG at samle al grovvarehandel gennem direkte fusionering af lokalforeningerne, og på den anden side ønskede en væsentlig del af lokalforeningerne, som nu var tilstrækkeligt store til, at de kunne operere selvstændigt på markedet, at bevare deres selvstændighed i kommerciel henseende, selv om de fortsat var B-medlemmer af DLG.

4. For bedre at forstå baggrunden for, at LAG blev oprettet, og de forhold, der er sagens genstand, vil jeg fremkomme med enkelte relevante oplysninger om, hvorledes den danske andelsbevægelse strukturelt har udviklet sig. I 1970'erne gik udviklingen således i to forskellige retninger. På den ene side blev en række lokalforeninger, som allerede var B-medlemmer af DLG, fusioneret med selskabet. Antallet af lokalforeninger

Fra 1975 (hvor B-medlemmernes købepligt over for DLG blev ophævet) begyndte lokal-

foreningerne på egen hånd at foretage indkøb af grovvarer hos andre leverandører end DLG. Samtidig fik B-medlemmerne også mindre indflydelse på DLG's ledelse, idet antallet af stemmer for B-medlemmer i henhold til DLG's vedtægter (§ 16, stk. 3) har sammenhæng med medlemmets omsætning med DLG i det senest forudgående regnskabsår.

5. Netop disse omstændigheder førte til, at en række lokalforeninger, som allerede var B-medlemmer af DLG, men som havde afslået at fusionere med DLG, stiftede LAG i 1975. Oprindelig var LAG en brancheforening uden kommercielle aktiviteter.

Fra midten af 1980'erne begyndte LAG imidlertid at foretage fællesindkøb for medlemmerne af grovvarer til landbruget, navnlig gødning og planteværnsmidler. LAG's medlemmer begrundede disse alternative indkøb med to forhold: DLG's høje salgspriser over for lokalforeningerne og den stadigt stigende konkurrence fra DLG inden for detailsalget (det område, hvor lokalforeningerne opererer).

6. De indkøb, B-medlemmerne af DLG foretog gennem LAG, svækkede DLG's position økonomisk og kommercielt. For det første havde nedgangen i DLG's omsætning med en del af medlemmerne negativ indflydelse på selskabets økonomi; da indkøbspriserne på gødning og planteværnsmidler i høj grad afhænger af de indkøbte mængder, indebar nedgangen i DLG's indkøb for det andet, at selskabet ikke kunne opnå samme vilkår som tidligere, hvilket var til skade for selskabet og de øvrige medlemmer.

7. Som følge heraf vedtog DLG i juni 1988 at gennemføre en række ændringer af selskabets vedtægter, hvori det navnlig blev bestemt:

— at det for B- og D-medlemmer gælder, at medlemskab eller anden form for deltagelse i foreninger, selskaber eller andre organiserede samarbejdsenheder, som på engrosområdet udøver konkurrence med DLG på området for gødning og planteværnsmidler, er uforeneligt med medlemskab af DLG

— at medlemmer, som måtte befinde sig i en situation, der er uforenelig med medlemskab af DLG, senest pr. 31. december 1988 enten skal afvikle deltagelsen i de konkurrerende foreninger eller udtræde som medlemmer af DLG

— at medlemmer, som efter ikrafttrædelsen af ovennævnte bestemmelser (den 1.1.1989) måtte befinde sig i en sådan situation, af selskabets bestyrelse kan ekskluderes af DLG

— at B- og D-medlemmer fortsat har mulighed for at foretage indkøb af gødning og planteværnsmidler uden om DLG, når blot sådanne indkøb sker direkte og ikke i form af deltagelse i foreninger, der konkurrerer med DLG.

Samtidig blev reglerne om retten til udtrædelse ændret, således at udtrædelse kunne ske efter fem års medlemskab mod før efter ti års medlemskab.

8. De nævnte vedtægtsændringer blev forelagt Kommissionen og de danske konkurrencemyndigheder. Kommissionen begærede yderligere oplysninger af DLG om rækkevidden af de nye vedtægtsbestemmelser, men har endnu ikke truffet afgørelse i sagen (som svar på et spørgsmål fra Domstolen har Kommissionen meddelt, at den afventer Domstolens afgørelse i nærværende sag, inden den i givet fald indrømmer negativattest).

De danske konkurrencemyndigheder — Monopoltilsynet og Monopolrådet — bemærkede, at vedtægtsændringerne ville kunne få konsekvenser for konkurrencen mellem DLG og andre selvstændige erhvervsdrivende, såsom LAG, og forbeholdt sig ret til at følge udviklingen i markedsforholdene inden for området, men fandt dog, at der ikke var tale om overtrædelse af de danske konkurrenceregler. Det må desuden understreges, at registreringen af DLG som dominerende enkeltvirksomhed i henhold til de danske konkurrenceregler ophørte den 31. december 1989 efter en ændring af den danske lovgivning.

9. I marts 1989, dvs. kort tid efter at de danske konkurrencemyndigheder havde underrettet DLG om deres afgørelse, blev 37 lokalforeninger (ud af 50), som var B-medlemmer af DLG, og som havde nægtet at efterleve de nye vedtægtsbestemmelser, men som på den anden side ikke havde udøvet deres ret til at udtræde, ekskluderet af DLG.

DLG's bestyrelse traf imidlertid beslutning om ikke over for de ekskluderede medlemmer at iværksætte de vidtgående sanktioner, som normalt er en følge af eksklusion (fortabelse af kravet på udbetaling af indbetalt andelskapital), men i stedet at anvende de vilkår, der gælder for normalt udtrædende medlemmer.

De præjudicielle spørgsmål

10. De ekskluderede foreninger anlagde herefter sag til prøvelse af lovligheden af den ovenfor nævnte vedtægtsændring. Sagsøgerne nedlagde desuden påstand om, at DLG tilpligtedes at betale erstatning for skade og ulemper som følge af eksklusionen.

Østre Landsret besluttede at udsætte sagen og forelægge Domstolen sytten præjudicielle spørgsmål. Jeg vil her tillade mig at tage udgangspunkt i den oversigt, den refererende dommer har udarbejdet i retsmøderapporten, og hvorefter spørgsmålene kan sammenfattes til følgende fem hovedspørgsmål:

1) Spørgsmålet, om den i artikel 2 i forordning nr. 26/62 [1] hjemlede undtagelse fra de generelle konkurrenceregler finder anvendelse på planteværnsmidler, fordi disse er omfattet af ordene i direktiv 91/414/EØF [2].

2) Spørgsmålet, om ændringen af DLG's vedtægter under nedenstående omstændigheder udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen, der omfattes af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, når:

a) Den har til formål at udelukke risikoen for udbredelse af forretningshemmeligheder.

b) Den blev gennemført, selv om B-medlemmerne stemte imod den.

c) De ekskluderede B-medlemmer ved eksklusionen er blevet ligestillet med lovligt udmeldte medlemmer.

d) De ekskluderede B-medlemmer har været i stand til at videreføre deres aktivitet på området for gødning og planteværnsmidler og i 1990 havde tilsammen en andel af det danske grovvaremarked, der svarede til DLG's.

e) Sagsøgerne under hovedsagen bl.a. har gjort krav på en andel af DLG's ufordelte formue, men ikke har nedlagt

1 — Rådets forordning (EØF) af 4.4.1962 om anvendelse af visse konkurrenceregler inden for produktion og handel med landbrugsvarer (EFT 1959-1962, s. 120).

2 — Rådets direktiv af 15.7.1991 om markedsføring af plantebeskyttelsesmidler (EFT L 230, s. 1).

påstand om at genindtræde som medlemmer af DLG.

h) B-medlemmerne ifølge vedtægtsændringen har mulighed for at købe gødning og planteværnsmidler enten individuelt eller som et ad hoc fællesindkøb vedrørende et enkelt parti.

i) B-medlemmerne efter vedtægtsændringen har mulighed for at købe gødning og planteværnsmidler gennem et indkøbssamarbejde, der ledes af DLG, som til gengæld afstår fra at tage avance.

j) Vedtægtsændringen ikke er til hinder for, at lokalforeninger, som ikke er medlemmer af DLG, kan foretage indkøb af hele DLG's varesortiment på normale engrosbetingelser.

k) Vedtægtsændringen er begrænset til området for gødning og planteværnsmidler, som udgør ca. 15% af DLG's samlede omsætning.

l) Den nationale retsinstans har fået forelagt fyldestgørende oplysninger, navnlig om karakteren og salget af substituerende produkter samt omsætningstal og markedsandele for DLG, LAG og konkurrerende virksomheder.

3) Spørgsmålet, om vedtægtsændringen kan påvirke handelen mellem medlemsstater i artikel 85, stk. 1's og artikel 86's forstand, når henses til, at de af LAG foretagne indkøb af gødning og planteværnsmidler delvis er sket i tredjelande.

4) Spørgsmålet, om og på hvilke betingelser en national retsinstans kan fortolke og anvende bestemmelserne i artikel 85, stk. 3, såfremt vedtægtsændringen er anmeldt til Kommissionen med henblik på at opnå en negativattest eller en fritagelseserklæring.

5) Spørgsmålet, om DLG, der har 36% af gødningsmarkedet og 32% af markedet

for planteværnsmidler, kan anses for at indtage en dominerende stilling på disse markeder, og, i bekræftende fald, om DLG har misbrugt sin stilling, når henses til, at DLG var registreret som dominerende enkeltvirksomhed efter de danske bestemmelser, indtil lovgivningen blev ændret i januar 1990, og til, at det danske Monopolråd, efter at det i 1989 havde undersøgt, om vedtægtsændringen var forenelig med de danske monopolbestemmelser, besluttede ikke at gribe ind.

11. Det må understreges, at hverken forelæggelseskendelsen eller de øvrige sagsakter indeholder nøjagtige og fyldestgørende oplysninger om situationen på de relevante markeder. I forbindelse med min behandling af sagen, og med forbehold af, hvad det tilkommer den nationale retsinstans at afgøre, skal jeg på dette sted blot give følgende oplysninger:

Handelen med gødning og planteværnsmidler udgør ca. 15% af DLG's og LAG's samlede omsætning.

På tidspunktet for vedtægtsændringen (1988) havde DLG en markedsandel af det danske gødningsmarked på ca. 36%. LAG's markedsandel udgjorde ca. 10%. Resten af markedet var delt mellem virksomheder, der ikke er andelsselskaber, i følgende forhold: KFK 23%, Superfos 14%, andre virksomheder 17%. Markedsandelene på den del af markedet, der omfatter NPK-gødning (med et højt indhold af kvælstof), som er specielt tilpasset forholdene for dansk landbrug (og som udgør 40% af det samlede gødningsforbrug), er tilsyneladende stort set de samme.

For så vidt angår handelen med planteværnsmidler fremgår det af sagen kun, at DLG i 1988 havde en markedsandel på ca. 32%.

Endelig bør det nævnes, at LAG's andel af det danske grovvaremarked i 1990 var stort set den samme som DLG's.

1) *Er gødning og planteværnsmidler omfattet af undtagelsesbestemmelsen i forordning nr. 26/62?*

12. I henhold til traktatens artikel 42 finder bestemmelserne i kapitlet om konkurrence-

regler kun anvendelse på produktionen af og handelen med *landbrugsvarer* i det omfang, Rådet beslutter dette. I artikel 38, stk. 1, hedder det, at ved *landbrugsvarer* forstås jordbrugsprodukter, husdyrbrugsprodukter og fiskeriprodukter samt varer, der direkte er forbundet med disse produkter, og som har undergået en første bearbejdning. I artikel 38, stk. 3, præciseres det desuden, at de varer, på hvilke bestemmelserne i artikel 39-46 finder anvendelse, er opregnet i listen i bilag II til traktaten.

Under henvisning til artikel 42 udstedte Rådet forordning nr. 26/62, hvorefter anvendelsen af artikel 85, stk. 1 (og ikke artikel 86), under nærmere angivne omstændigheder er begrænset til kun at omfatte aftaler, som vedrører »produktionen af eller handelen med de i traktatens bilag II anførte varer«.

For så vidt angår omfanget af undtagelsesbestemmelsen i forordning nr. 26/62 har Domstolen fastslået, at bestemmelsens anvendelsesområde ikke omfatter »en vare, der ikke er omfattet af bilag II, heller ikke selv om der er tale om et hjælpestof til produktion af en anden vare, der på sin side er omfattet af bilaget« [3].

Forordningen finder således udtrykkeligt *kun* anvendelse på varer, der er anført i bilag II, og det står fast, at gødning og plantebeskyttelsesmidler *ikke* er nævnt.

For så vidt dernæst angår den af DLG nævnte omstændighed, at Rådet under henvisning til artikel 43 (der udgør hjemmelen for retsakter vedrørende landbrugspolitikken) har udstedt et direktiv om plantebeskyttelsesmidler, er den efter min opfattelse ikke relevant. For det første kan et rådsdirektiv ikke — og slet ikke indirekte — udvide anvendelsesområdet for en undtagelsesbestemmelse, som skal fortolkes snævert, og hvis anvendelsesområde er præcist afgrænset i traktatens artikel 42 og i de relevante og specifikke bestemmelser i forordning nr. 26/62. For det andet er intet til hinder for, at artikel 43 kan tillægges en anden og større materiel rækkevidde end artikel 42. Mens artikel 42 er en undtagelsesbestemmelse, som skal fortolkes snævert, og som hjemler mulighed for, at produktionen af og handelen med landbrugsvarer kan undtages fra de almindelige konkurrenceregler, er artikel 43 den generelle bestemmelse, som tillægger Rådet beføjelse til at udstede de retsakter vedrørende den fælles landbrugspolitik, der tjener til virkeliggørelse af målsætningerne i artikel 39. Der er således intet til hinder for, at Rådet med henblik på at virkeliggøre de målsætninger, der er fastsat i artikel 39, træffer foranstaltninger (hvilket i øvrigt er sket [4]), som *materielt* omfatter produkter, der kun er hjælpestoffer eller på anden måde anvendes ved produktionen af og handelen med de landbrugsvarer, der er opregnet i bilag II.

3 — Dom af 25.3.1981, sag 61/80, Coöperatieve Stremsel-en Kleurselfabriek mod Kommissionen, Sml. s. 851.

4 — Jf. dom af 23.2.1988, sag 131/86, Det Forenede Kongerige mod Rådet, Sml. s. 905, hvori Domstolen fastslog, at Rådets direktiv 86/113/EØF om fastlæggelse af mindstekrav vedrørende beskyttelse af burhøns (der klart ikke er anført i bilag II) var omfattet af anvendelsesområdet for artikel 43.

2) Har den omtvistede vedtægtsændring til formål eller til følge at fordreje konkurrencen?

Sammenfatning af de forskellige synspunkter og bemærkninger

13. Som allerede nævnt er det centrale spørgsmål i den foreliggende sag, om vedtægtsændringen er forenelig med artikel 85, stk. 1. De synspunkter, der er fremført på det punkt, kan sammenfattes således. Ifølge DLG er medlemmets loyalitet over for andelsselskabet karakteristisk for denne selskabsform og det naturlige modstykke til de fordele, medlemmet opnår gennem sin deltagelse i et sådant selskab. En bestemmelse om eksklusion af et medlem, som foretager indkøb uden om selskabet, idet han deltager i virksomheder, der konkurrerer med dette, må altså betragtes som en logisk reaktion fra selskabets side over for handlinger, som kan undergrave selskabets økonomiske soliditet og kommercielle slagkraft, og falder derfor uden for artikel 85, stk. 1.

Sagsøgerne i hovedsagen har derimod anført, at vedtægtsændringen medfører en vedvarende og vilkårlig begrænsning af det enkelte medlems kommercielle handlefrihed. En sådan begrænsning, hvis formål klart var at konsolidere den stærke stilling, DLG allerede indtog på grovvaremarkedet, ville begrænse konkurrencen mellem DLG og andre virksomheder yderligere. Sagsøgerne har endvidere understreget, at det i Domstolens og Kommissionens praksis altid har været anerkendt og fastslået, at medlemmer af en fælles indkøbsforening, uanset om den har form af et andelsselskab, frit kan optræde på markedet hver for sig og på den måde konkurrere med foreningen. Navnlig fremgår det af den nævnte praksis, at fælles indkøbsforeninger kun antages at være forenelige med konkurrencereglerne i den forstand, at de ikke er omfattet af artikel 85, stk. 1, såfremt medlemmerne har fuld handlefrihed [5]. Med hensyn til en beskeden, aftalt begrænsning af den nævnte frihed kan der i givet fald meddeles fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, men begrænsningen er i princippet omfattet af artikel 85, stk. 1 [6]; derimod må bestemmelser, hvorefter medlemmerne ikke længere kan foretage indkøb hver for sig, som f.eks. bestemmelser om loyalitetspligt som i sagen her, antages uden videre at være forbudt [7].

5 — Jf. f.eks. Kommissionens beslutning af 17.7.1968 i sagen SOCEMAS (JO L 201, s. 4) og beslutning af 14.7.1975 i sagen Intergroup (EFT L 212, s. 23).

6 — Jf. navnlig Kommissionens beslutning af 9.7.1980 i sagen National Sulphuric Acid Association (EFT L 260, s. 24), hvori Kommissionen meddelte en indkøbscentral for svovl, som var dannet af de største britiske svovlsyreproducenter (og som ikke var en erhvervsdrivende indkøbscentral, og som medlemmerne kunne trække sig ud af hvert år), fritagelse, efter at Kommissionen havde undersøgt selskabets indflydelse på forskellige relevante markeder og taget hensyn til, at centralens medlemmer kun havde forpligtet sig til at dække 25% af deres behov gennem centralen.

7 — Jf. Kommissionens beslutning af 5.12.1979 i sagen Coöperatieve Stremsel-en Kleurselfabriek (EFT L 51, s. 19), stadfæstet af Domstolen i den ovenfor nævnte dom, Kommissionens beslutning af 28.10.1988 i sagen Hudson Bay (EFT L 316, s. 43), stadfæstet af Retten i Første Instans ved dom af 2.7.1992, sag T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening, Sml. II, s. 1931. Begge de nævnte sager drejede sig om loyalitetsforpligtelser, som medlemmer af andelsselskaber inden for landbrugsområdet havde indgået.

Kommissionen har anført, at formålet med vedtægtsændringen er at få andelsselskabets medlemmer til at afholde sig fra at deltage i konkurrerende foreninger, og at den derfor kan begrænse konkurrencen mellem DLG og de øvrige virksomheder. Kommissionen har imidlertid bemærket, at der ikke er tale om en mærkbar begrænsning af konkurrencen, og at den derfor ikke er uforenelig med artikel 85, stk. 1. I sit indlæg, som på det punkt er ganske kortfattet, har Kommissionen imidlertid ikke angivet, på hvilket grundlag det er muligt at nå til denne konklusion.

Parternes argumenter viser klart interessemodsætningerne i sagen: på den ene side selskabets interesser og interesserne for de medlemmer, der er »loyale« over for selskabet, i, at der træffes forholdsregler over for medlemmer, hvis adfærd objektivt er i strid med det formål, der har været baggrunden for, at selskabet er blevet stiftet; på den anden side medlemmernes interesse i, at de i videst muligt omfang kan handle på egen hånd og således bevare muligheden for at benytte eller deltage i foreninger, der konkurrerer med andelsselskabet.

Lad mig straks sige, at den forvaltningspraksis og de retsafgørelser, som sagsøgerne har sammenfattet præcist og udtømmende, i det mindste ved første øjekast synes at lade hensynet til de sidstnævnte interesser veje tungere end hensynet til de førstnævnte. Nærmere overvejelser fører imidlertid til et andet resultat. For mig at se kan det således hævdes, at såfremt fællesindkøbsforeningen i sig selv er i overensstemmelse med hensynet til den frie konkurrence, må foreningen også have mulighed for at afgøre, om og hvordan den skal beskytte sig mod medlemmernes handlinger, såfremt de skønnes at være uforenelige med foreningens interesser, allerede af den grund, at en vis begrænsning af det enkelte medlems selvstændighed må antages at *være en logisk følge af* selve den omstændighed, at han deltager i en organiseret økonomisk enhed. Hensynet til foreningens interesser kan imidlertid ikke antage karakter af noget absolut: Når *nærmere angivne* retlige eller faktiske *omstændigheder* foreligger, kan det vise sig nødvendigt at beskytte det enkelte medlems selvstændighed for at undgå, at der opstår situationer, som kan bevirke, at markedskræfterne ikke fungerer, som de bør.

Ud fra dette perspektiv vil jeg behandle følgende punkter:

— de kriterier, Domstolen har opstillet som vejledning med hensyn til anvendelsen af artikel 85, stk. 1

— spørgsmålet, om en indkøbssammenslutning inden for landbrugsområdet, som f.eks. DLG, er forenelig med hensynet til beskyttelse af den frie konkurrence

— grundene til, at de omtvistede bestemmelser ikke har *til formål* at begrænse konkurrencen, jf. artikel 85, stk. 1

— de omstændigheder, hvorunder de omtvistede bestemmelser kan have *til følge* at begrænse konkurrencen, jf. artikel 85, stk. 1.

De kriterier, Domstolen har opstillet som vejledning med hensyn til anvendelsen af artikel 85, stk. 1

14. Artikel 85, stk. 1, bestemmer, at aftaler, som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, er forbudt.

15. For så vidt angår bestemmelsens *formål* har Domstolen præciseret, at det hensyn til beskyttelse af den frie konkurrence, som tilsigtes varetaget med bestemmelsen, ikke kan fastlægges abstrakt, men må ses ud fra den konkrete sammenhæng, som virksomhedernes adfærd er et led i. Kravet i traktatens artikel 3 og 85 om, at konkurrencen ikke må fordrejes, forudsætter, at der hersker effektiv konkurrence på markedet (*workable competition*), hvilket vil sige, at der skal være så meget konkurrence, at traktatens grundlæggende krav overholdes, og at traktatens mål, navnlig dannelsen af et enhedsmarked med hjemmemarkedslignende forhold, opfyldes; dette krav indebærer dog ikke, at karakteren af og intensiteten i konkurrencen aldrig kan variere alt efter de pågældende produkter eller tjenester og den økonomiske struktur på de pågældende markedsområder [8].

16. I henhold til Domstolens faste praksis skal der ved afgørelsen af, om en given aftale er omfattet af anvendelsesområdet for forbudsbestemmelsen i artikel 85, stk. 1, foretages en omhyggelig undersøgelse i to på hinanden følgende etaper [9].

Det må først undersøges, om aftalen i kraft af sit *formål* er konkurrencebegrænsende. Det kan i givet fald blive nødvendigt at foretage en vurdering af de formål, aftalen må antages at forfølge, når henses til den økonomiske sammenhæng, hvori den skal anvendes [10]. Såfremt aftalen har til formål at begrænse konkurrencen i artikel 85, stk. 1's forstand, må den uden videre antages at være forbudt, og det er i så fald ufornødent at undersøge, hvilke virkninger den måtte have [11].

8 — Dom af 25.10.1977, sag 26/76, Metro mod Kommissionen, Sml. s. 1875.

9 — Dom af 30.6.1966, sag 56/65, Société Technique Minière, Sml. 1965-1968, s. 211, org. ref.: Rec. s. 261, og af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935.

10 — Dom af 28.3.1984, forenede sager 29/83 og 30/83, CRAM og Rheinzink mod Kommissionen, Sml. s. 1679.

11 — Dom af 27.1.1987, sag 45/85, Verband der Sachversicherer mod Kommissionen, Sml. s. 405.

Såfremt aftalen ikke antages at have til formål at begrænse konkurrencen, må man gå videre til undersøgelsens næste led, idet der foretages en vurdering af de *virkninger*, aftalen *konkret* kan have på konkurrencen. I så fald må aftalen antages at være forbudt, såfremt det viser sig, at den kan begrænse konkurrencen *mærkbart* [12]. Det må desuden understreges, at det generelle kriterium, der skal lægges til grund ved afgørelsen af, om en aftale har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, er, hvordan konkurrenceforholdene på det relevante marked ville være uden den pågældende aftale [13].

Herefter må aftaler anses for at være forbudt på grund af deres formål, når de objektivt og abstrakt betragtet ikke har anden funktion end at begrænse den frie konkurrence mellem parterne eller mellem parterne og konkurrerende tredjemænd på en måde, der anses for uforenelig med fællesmarkedet (der kan f.eks. være tale om et kartel, som gennemfører en opdeling af markederne, som kontingenterer produktionen eller fastsætter salgspriser, eller en bestemmelse, indsat i en salgsaftale, hvorefter det er forbudt at indføre aftalevaren til eller udføre den fra fællesmarkedet, eller hvorved der fastsættes bindende salgspriser for varen).

Derimod må det antages, at aftaler, der er egnede til at udfylde en mere kompleks funktion, ikke har til formål at begrænse konkurrencen. Dette kan være tilfældet med bestemmelser, som er en integrerende del af en given aftale, og som på den måde bidrager til at fastlægge grundlaget for og ligevægten i retsforholdet mellem parterne. I henhold til retspraksis, som synes ret klar, må det ved afgørelsen af, om en bestemmelse har til formål at begrænse konkurrencen, jf. artikel 85, stk. 1, undersøges, hvilken funktion den har, set i sammenhæng med det kontraktforhold, hvori den indgår. På det punkt antager Domstolen normalt, at en sådan bestemmelse ikke er konkurrencebegrænsende, såfremt den teoretisk er *nødvendig* med henblik på at sikre, at en aftale, som ikke i sig selv er skadelig for konkurrencen, fuldt ud kan få den juridisk-økonomiske funktion, der kendetegner dens indhold. Domstolen har bl.a. fastslået, at følgende vilkår ikke på grund af deres formål var i strid med artikel 85, stk. 1 (idet de dog naturligvis konkret kunne have konkurrencebegrænsende virkninger):

— en konkurrenceklausul, indsat i en kontrakt om salg af en virksomhed (en kontrakt, som ifølge Domstolen i sig selv er dynamisk for markedet), idet en sådan klausul — forudsat at dens varighed ikke er urimelig — må antages at være nødvendig for at sikre, at overdragelsen bliver effektiv [14]

12 — Jf. ovennævnte dom i Technique Minière-sagen.
13 — Jf. ovennævnte dom i Technique Minière-sagen.
14 — Dom af 11.7.1985, sag 42/84, Remia mod Kommissionen, Sml. s. 2545.

— en bestemmelse om en eksklusiv købsforpligtelse og en konkurrenceklausul, indsat i en franchise-aftale, idet de er nødvendige for at sikre, at en sådan aftale fuldt ud kan få de typiske, tilsigtede virkninger [15]

— en ikke-angrebsklausul, indsat i en aftale om en (vederlagsfrit meddelt) licens, når den — som det hedder i generaladvokatens forslag til afgørelse — er afgørende for »ligevægten i en aftale, som hverken har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen« [16]

— en klausul om eksklusiv købspligt i en »bryggeri«-aftale, da den er et led i den form for samarbejde mellem en videreforhandler og en leverandør, som er baseret på et sammenfald af interesser i at fremme salget af det produkt, der er karakteristisk for sådanne aftaler [17].

Imidlertid er den omstændighed, at en aftale ikke har til formål at begrænse konkurrencen, som allerede nævnt ikke ensbetydende med, at den ikke i den konkrete økonomiske sammenhæng, hvori den optræder, kan have *virkninger*, der er i strid med hensynet til den frie konkurrence på fællesmarkedet. Der er derfor intet til hinder for, at en aftale, som ikke har til formål at begrænse konkurrencen, under bestemte markedsforhold kan betragtes som uforenelig med fællesmarkedet, hvorimod aftalen under andre markedsforhold vil blive anset for at være i overensstemmelse med hensynet til beskyttelse af den frie konkurrence. I forbindelse med en sådan undersøgelse skal der navnlig tages hensyn til [18] den aktuelle og potentielle konkurrence på de(t) relevante marked(er), uafhængigt af aftalen, samt til, om aftalen bidrager væsentligt til at begrænse konkurrencen på de(t) relevante marked(er) yderligere.

Der er således en klar forskel mellem undersøgelsen af aftalens formål og undersøgelsen af dens virkning [19]. Formålet med førstnævnte undersøgelse er rent abstrakt at vurdere en given bestemmelses objektive funktion i den aftalemæssige sammenhæng, hvori den indgår. Sigtet med sidstnævnte undersøgelse er derimod at fastslå, om en aftale, som ikke har til formål at begrænse konkurrencen, alligevel konkret på grund af de særlige markedsforhold, hvor den skal finde anven-

15 — Dom af 28.1.1986, sag 161/84, Pronuptia de Paris, Sml. s. 353.

16 — Dom af 27.9.1988, sag 65/86, Bayer, Sml. s. 5249.

17 — Jf. ovennævnte dom i Delimitis-sagen.

18 — Jf. navnlig den ovenfor nævnte dom i Delimitis-sagen.

19 — Det må dog understreges, at Kommissionen normalt ikke følger denne sondring, idet den i sine beslutninger normalt foretager en samlet vurdering og på det grundlag blot fastslår, om en given aftale er i strid med artikel 85, stk. 1, eller ej. I Domstolens praksis fastholdes sondringen derimod klart, i det mindste i princippet. Imidlertid synes anvendelsen af princippet at være mindre præcis. Et godt eksempel — måske det bedste — på anvendelsen af denne undersøgelsesmodel, baseret på sondringen mellem formål og virkning, findes i den flere gange nævnte dom i Delimitis-sagen.

delse, er egnet til mærkbart at begrænse konkurrencen på fællesmarkedet.

Endelig skal jeg nævne, at de konkurrencebegrænsninger, der eventuelt måtte følge af de bestemmelser, der regulerer retsforholdet mellem et andelsselskab og dets medlemmer, er omfattet af bestemmelserne i artikel 85 ff. [20].

Spørgsmålet, om en indkøbssammenslutning inden for landbrugsområdet, som f.eks. DLG, er forenelig med hensynet til beskyttelse af den frie konkurrence

17. Jeg vil herefter gå over til at anvende den ovenfor angivne undersøgelsesmodel på den konkrete situation. Det skal i den forbindelse navnlig understreges, at de omtvistede vedtægtsbestemmelser indgår i vedtægterne for et andelsselskab inden for landbruget, hvis formål bl.a. er at indkøbe og sælge grovvarer til landbruget (herunder navnlig gødning og planteværnsmidler) til sine medlemmer.

Set i relation hertil indeholder de omtvistede bestemmelser en specifik mulighed for at ekskludere visse kategorier af medlemmer, som beslutter at foretage indkøb hos andre leverandører i et organiseret samarbejde, der konkurrerer med andelsselskabet [21].

18. Når dette er sagt, må det tilføjes, at det at stifte en indkøbssammenslutning, som f.eks. DLG, er en form for samarbejde mellem virksomheder (eller sammenslutninger af virksomheder), som tilgodeser de hensyn, der typisk gør sig gældende inden for landbruget, og som derfor vurderes positivt såvel af de nationale, lovgivende myndigheder som af fællesskabsmyndighederne. En sådan form for indkøbssamarbejde styrker virksomhedernes effektivitet og følgelig den *workable*

20 — Jf. ovennævnte dom i sagen Coöperatieve Stremsel-en Kleurselfabriek og Rettens ovennævnte dom i sagen Dansk Pelsdyravlerforening.

21 — Det må fremhæves, at de omtvistede bestemmelser, der fastsætter en specifik regel om eksklusion af medlemmer, som foretager indkøb (af gødning og planteværnsmidler) gennem deltagelse i samarbejdsenheder, der konkurrerer med andelsselskabet, adskiller sig fra bestemmelser som f.eks. en konkurrenceklausul eller en bestemmelse om eksklusiv købepligt (en sådan bestemmelse om købepligt fandtes i DLG's vedtægter indtil 1975), idet førstnævnte i modsætning til sidstnævnte ikke indeholder en specifik *forpligtelse* til at handle eller undlade at handle på en bestemt måde (en forpligtelse, som i tilfælde af, at den ikke overholdes, kan sanktioneres gennem en forbudsforanstaltning, samt ved, at det medlem, der handler i strid med aftalen, ifalder erstatningsansvar). Forskellen har imidlertid ikke særlig stor betydning i praksis. I andelsselskaber sanktioneres medlemmers manglende overholdelse af deres forpligtelser, navnlig dem, som under ét kan betegnes som medlemmets loyalitetspligt over for andelsselskabet (konkurrenceklausuler, eksklusiv købepligt eller leveringspligt), normalt (ud over gennem andre forholdsregler) netop med, at medlemmet ekskluderes, hvilket normalt har økonomiske konsekvenser, der er til skade for medlemmet. I praksis synes resultatet således at blive det samme, hvad enten selskabet fastsætter en specifik loyalitetspligt for medlemmet, hvis tilsidesættelse medfører eksklusion, eller det ikke fastsætter en sådan forpligtelse, men dog forbeholder sig ret til at ekskludere illoyale medlemmer: I begge tilfælde fremstår eksklusionen som en sanktion af en adfærd, som i henhold til vedtægterne er betegnet som uforenelig med selskabets og medlemmernes interesser, set under ét.
Som svar på et spørgsmål, som det havde fået stillet af Kommissionen, har DLG i øvrigt udtrykkeligt bekræftet, at de omtvistede bestemmelser netop havde til formål at afholde andelshaverne (B-medlemmerne) fra at deltage i sammenslutninger, der konkurrerer med andelsvirksomheden. Det er således klart, at de omtvistede bestemmelsers funktion var at sikre loyaliteten, hvilket også er formålet med konkurrenceklausulerne og bestemmelserne om købepligt.

competition mellem dem, som er omhandlet i ovennævnte dom i Metro-sagen.

Et andelsselskab, der foretager fællesindkøb af grovvarer til landbruget, kan nemlig, navnlig på visse områder, imødegå den udbydermagt, som producenter/leverandører udøver. Dette gælder navnlig inden for områder som netop området for gødning og planteværnsmidler, hvor produktionen på verdensplan er koncentreret på et relativt begrænset antal virksomheder, og hvor det kan konstateres, at salgspriserne kan variere betydeligt, alt efter hvilke mængder der efterspørges. I en sådan situation er oprettelsen af en indkøbssammenslutning den naturlige reaktion over for udbydermagten, idet den medfører en styrkelse af efterspørgselssiden.

Som svar på et spørgsmål fra Kommissionen har DLG i øvrigt udtrykkeligt bekræftet, at formålet med de omtvistede bestemmelser netop var at få medlemmerne (B-medlemmerne) til at afholde sig fra at deltage i samarbejdsenheder, som konkurrerede med andelsselskabet. Det står således fast, at de pågældende bestemmelser tilsigtede at nå det samme mål, nemlig medlemmernes loyalitet, som er karakteristisk for en konkurrenceklausul eller en bestemmelse om købepligt.

Da der er tale om et andelsselskab, må det desuden antages, at de fordele, andelsselskabet opnår ved sine grovvareindkøb i kraft af sin størrelse, ved regnskabsårets udløb normalt overføres fuldt ud til det næste led, nemlig de enkelte medlemmer, enten i form af nedsatte salgspriser eller uddeling af overskud, eller beløb, der er betegnet på anden måde. I øvrigt er der heller ingen grund til at befrygte, at samarbejdet med hensyn til indkøb af grovvarer i denne sektor medfører en faktisk begrænsning af konkurrencen i forholdet mellem andelsselskabets medlemmer. Som allerede nævnt domineres markedet for gødning og planteværnsmidler på verdensplan af en mindre kreds af producenter, i forhold til hvilke den enkelte landmand og også lokale landboforeninger er i en situation, hvor *de i sagens natur står svagt*. Heraf følger, at hvis der ikke fandtes indkøbssammenslutninger af en vis størrelse, som f.eks. DLG, ville landmændene og de lokale foreninger stå i den situation, at de var tvunget til at *acceptere* producenternes og de uafhængige grossisters beslutninger; uden andelsselskabets formidlingsvirksomhed måtte de således leve med højere, gennemsnitlige indkøbspriser, uden at de i andre henseender reelt havde mulighed for at skabe en større konkurrence med hensyn til forsyningen med de pågældende varer.

På dette punkt kan man således konkludere, at oprettelsen af en indkøbssammenslutning tilgodeser de særlige forhold, der gør sig gældende inden for landbruget, og på dette område bidrager til at forøge effektiviteten, både med hensyn til salget af grovvarer og selve produktionen af landbrugsvarer, uden at der set ud fra andre synspunkter er risiko for en faktisk begrænsning af konkurrencen (forstået som *workable competition*, jf. ovennævnte dom i Metro-sagen) mellem de virksomheder (eller sammenslutninger af virksomheder), der deltager i indkøbssamarbejdet.

Formålet med de omtvistede bestemmelser i relation til artikel 85, stk. 1

bart modsætningsforhold mellem at være medlem af et indkøbsfællesskab og samtidig deltage i konkurrerende indkøbsorganisationer.

19. Det skal dernæst understreges, at det principielt er *foreneligt med kravet om at sikre, at selskabet kan fungere*, at der i et andelsselskab inden for landbruget, der foretager fællesindkøb, vedtages vedtægtsbestemmelser, hvorefter medlemmer, som foretager indkøb uden om andelsselskabet og i konkurrence med dette, ekskluderes.

Set under denne synsvinkel har de omtvistede bestemmelser derfor udelukkende til formål at sikre selskabet et så bredt forretningsgrundlag som muligt, således at det effektivt kan forfølge det andelsformål, det er oprettet for at forfølge. Bestemmelserne har således ganske enkelt til formål at forhindre, at et medlem på den ene side kan være medlem af andelsselskabet og trække på de tjenesteydelser, han mener at have mest brug for, og på den anden side fortsætte med at udvise en adfærd (foretage selvstændige indkøb), som klart er i modstrid med selve de formål (at foretage fællesindkøb), som selskabet er stiftet for at forfølge.

Der er risiko for, at formålet med indkøbssamarbejdet, som er at give medlemmerne mulighed for, uanset deres kapitalindskud, at foretage indkøb til lavere priser, ikke nås, når enkelte medlemmer driver virksomhed for egen regning, uden om og i konkurrence med andelsselskabet. En sådan adfærd svækker først og fremmest selskabets økonomi, idet et andelsselskab udelukkende eller hovedsagelig gør forretninger med medlemmerne og ikke med andre. Dets omsætning afhænger således af det samlede antal transaktioner mellem medlemmerne og selskabet og dermed af medlemmernes større eller mindre »loyalitet« over for selskabet. Desuden forringer denne adfærd selskabets indkøbsbetingelser på markedet, idet den undergraver dets forretningsgrundlag, hvilket — især når der er tale om produkter, hvis pris varierer betydeligt alt efter omfanget af de afgivne ordrer — fører til større udgifter for selskabet og, indirekte, for de medlemmer, som fortsat benytter selskabet, når de skal foretage deres indkøb. Der er derfor et åben-

Det må derfor antages, at de omtvistede bestemmelser, hvorefter et medlem, der deltager i organisationer, som konkurrerer med andelsselskabet, ekskluderes, er en *normal form for vedtægtsmæssig beskyttelse over for interessekonflikter*, selv om det er åbenbart, at de indebærer en begrænsning af medlemmets handlefrihed, og at formålet med bestemmelserne derfor ikke er at begrænse konkurrencen, jf. artikel 85, stk. 1. Dette er i øvrigt grunden til, at der i selskabets vedtægter normalt indføjes sådanne eksklusionsbestemmelser eller andre bestemmelser (konkurrenceklausuler eller bestemmelser om købepligt), som skal sikre medlemmernes

»loyalitet«, (i nogle tilfælde er sådanne bestemmelser endog foreskrevet ved lov) [22].

fortolkning det enkelte medlems interesser større vægt end selskabets og efterlader dette uden beskyttelse mod de former for adfærd fra medlemmets side, som forstyrrer ligevægten i selskabet. Der er derfor tale om en fortolkning, som står i klar modsætning til den *velvilje*, retsordenen altid har vist andelstanken (især inden for landbrugssektoren).

20. En anden løsning ville i øvrigt føre til klart urimelige resultater. Hvis det nemlig antoges, at de omtvistede bestemmelser havde konkurrencebegrænsende *formål*, følger det nødvendigvis heraf, at ethvert medlem i medfør af artikel 85, stk. 1, har *ret* til ikke at blive ekskluderet af et indkøbsfællesskab, selv om han samtidig deltager i konkurrerende indkøbsorganisationer. Et medlem ville således have en egentlig ret til fortsat at være medlem til trods for, at han udviste en adfærd, som kunne skade selskabets og de andre medlemmers interesser. Med andre ord ville artikel 85, stk. 1, sikre en næsten fuldstændig beskyttelse (undtagen i tilfælde, hvor betingelserne for en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, er opfyldt) af medlemmets erhvervsmæssige handlefrihed, hvilket ville være til skade for selskabets virke. Som det ses, tillægger en sådan

De retlige og faktiske omstændigheder, hvorunder de omtvistede bestemmelser kan have til følge at begrænse konkurrencen, jf. artikel 85, stk. 1

21. Det må herefter undersøges, om de omtvistede bestemmelser har konkurrencebegrænsende *virkninger*, som er uforenelige med det fælles marked, fordi der foreligger særlige retlige eller faktiske omstændigheder.

22. I den henseende må det for det første undersøges, om andelsselskabets medlemmer har mulighed for at *udtræde* af selskabet med rimelige mellemrum. Hvis dette ikke var tilfældet, ville medlemmerne på den ene side være tvunget til at blive i selskabet meget længe, og på den anden side ville de — så længe andelshaverforholdet består — ikke have mulighed for at benytte konkurrerende virksomheder eller oprette konkurrerende organisationer. Denne dobbelte binding (andelshaverforholdets for lange varighed og »loyalitetspligten« over for selskabet, så længe andelshaverforholdet varer) ville bevirke, at medlemmet reelt mistede enhver handlefrihed, og at andre som følge heraf

22 — Denne løsning falder i øvrigt i tråd med, hvad Kommissionen for nylig anførte i sin *Meddelelse om vurdering i forhold til EØF-traktatens artikel 85 af joint venture-selskaber oprettet i samarbejdsøjemed* (EFT 1993 C 43, s. 2). I betragtning af, at et joint venture efter min opfattelse også kan antage form af et andelsselskab, hvis medlemmer er virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder (ifølge Kommissionen: »Den retlige form, de stiftende selskaber vælger at give JV-selskaber oprettet i samarbejdsøjemed, er uden betydning for vurderingen af JV-selskaber i forhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 1 og 3«), bemærkes, at det ifølge Kommissionen ikke er udelukket, at et joint venture etableret af konkurrerende virksomheder med henblik på indkøb i det mindste under visse omstændigheder (som kunne være dem, der er beskrevet i punkt 17 i dette forslag) kan falde uden for anvendelsesområdet for artikel 85, stk. 1 (jf. navnlig punkt 39 i meddelelsen). I sådanne tilfælde må en bestemmelse som den omtvistede blot betegnes som en »accessorisk begrænsning« (»ancillary restraint«), dvs. som en begrænsning, der er »umiddelbart forbundet med og nødvendig for JV-selskabets drift« (jf. punkt 65 ff. i meddelelsen), der som sådan ikke er undergivet anvendelsen af artikel 85, stk. 1.

blev forhindret i effektivt at konkurrere med andelsselskabet. For derfor at undgå, at markedet bliver for *stift*, og i overensstemmelse med visse elementer i Kommissionens [23] og Domstolens [24] praksis, må medlemmerne i det mindste i de tilfælde, hvor der er fastsat »loyalitetsklausuler« som dem, der er denne sags genstand, samtidig nødvendigvis kunne udtræde af selskabet med rimelige mellemrum; disse mellemrum bør være kortere, jo mindre konkurrencen er mellem det pågældende selskab og andre.

Af lignende grunde må en vedtægtsbestemmelse, som fastsætter sanktioner, der klart er for vidtgående og ikke står i rimeligt forhold til overtrædelsen i tilfælde, hvor en andelshaver ekskluderes på grund af tilsidesættelse af loyalitetspligten, anses for uforenelig med artikel 85, stk. 1. I det foreliggende tilfælde bliver eksklusionen af DLG imidlertid sanktioneret efter almindelige retsregler; desuden har DLG — som allerede anført — givet afkald på at anvende de nævnte sanktioner over for de ekskluderede B-medlemmer, idet det sidestiller dem med medlemmer, som har benyttet sig af deres ret til at udtræde.

Hvad angår den foreliggende sag, finder jeg det afgørende, at DLG, da det besluttede at indføre de omtvistede vedtægtsbestemmelser, også besluttede at nedsætte medlemsperioden fra ti til fem år. Femårsperioden, som er den længste periode, der kan fastsættes i henhold til Kommissionens forordning nr. 1984/83 for så vidt angår eksklusive købsaftaler, må under normale markedsvilkår anses for passende med henblik på at skabe ligevægt mellem hensynet til beskyttelse af den frie konkurrence på den ene side og selskabets krav om at sikre sig tilstrækkelig stabilitet og kontinuitet i forholdet til medlemmerne på den anden.

23. For det andet må man også sikre sig, at den (aktuelle og potentielle) konkurrence mellem andelsselskabet og tredjemænd ikke i andre henseender svækkes for meget. De omhandlede bestemmelser begrænser som nævnt medlemmernes handlefrihed, idet de får dem til at afholde sig fra at benytte eller deltage i konkurrerende organisationer. I en situation, hvor konkurrencen af andre grunde allerede er stærkt begrænset, vil sådanne bestemmelser, som har til formål at sikre, at medlemmet er »loyalt« over for andelsselskabet, altså kunne have den *bivirkning*, at andre forhindres i at komme ind på markedet eller i hvert fald i effektivt at konkurrere på markedet.

23 — Jf. artikel 3, litra d), i forordning (EØF) nr. 1984/83 af 22.6.1983 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af eksklusive købsaftaler (EFT L 173, s. 5).

24 — Jf. navnlig præmis 26 i den flere gange omtalte dom i Delimitis-sagen, hvor Domstolen i forbindelse med undersøgelsen af *virkningerne* af en aftale om levering af øl udtalte: »Betydningen af et bryggeris enkeltaftaler for så vidt angår afskærmningen af markedet afhænger desuden af aftalernes varighed. Såfremt denne åbenbart er uforholdsmæssig lang, set i forhold til den gennemsnitlige varighed af de aftaler om levering af øl, der sædvanligvis indgås på det relevante marked, er den enkelte aftale omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1. Et bryggeri, der har en forholdsvis lille markedsandel, men som binder sine salgssteder i mange år, kan nemlig bidrage til en lige så betydelig afskærmning af markedet som et bryggeri, hvis stilling på markedet er forholdsvis stærk, men som normalt stiller salgsstederne frit med kortere mellemrum.«

24. Dette ville kunne ske, hvis andelsselskabet havde en meget stor markedsandel, som var langt større end konkurrenternes, og hvis det på grund af betydelige *barriers to entry* (navnlig, at der krævedes økonomiske, teknologiske eller produktionsmæssige ressourcer eller en høj grad af loyalitet fra kundernes side over for de allerede etablerede

virksomheder) ville være vanskeligt for nye virksomheder at få adgang til det relevante marked. I en sådan situation er der den risiko ved en yderligere forstærkning af den allerede eksisterende binding mellem andelsselskabet og dets medlemmer (som også er dets *handelspartnere)*, at de (aktuelle eller potentielle) konkurrenter ikke længere kan finde tilstrækkelige afsætningsmuligheder. Såfremt den (aktuelle og potentielle) konkurrence mellem andelsselskabet og andre derfor skulle vise sig at blive svækket i for høj grad, kunne det blive anset for uomgængelig nødvendigt at anerkende medlemmernes ret til at foretage indkøb hos konkurrenter eller til at oprette konkurrerende indkøbsorganisationer, uden at de af den grund risikerede at blive ekskluderet af selskabet. I øvrigt har et selskab i en stærk konkurrencemæssig position også mindre behov for beskyttelse mod, at medlemmerne foretager indkøb uden om selskabet; tværtimod bevirker den mulighed, at medlemmerne driver virksomhed i konkurrence med selskabet, at der kommer mere liv i markedet, og at man undgår ineffektivitet og urimelige avancer.

I øvrigt forekommer dette mig ved nærmere eftertanke at være *ratio decidendi* i de domme, hvori Domstolen og Retten har fastslået, at bestemmelser i vedtægterne for andelsselskaber inden for landbruget, som — om end i andre former — ligeledes skulle sikre, at medlemmerne var fuldt ud »loyale« over for andelsselskabet [25], var uforenelige med artikel 85, stk. 1; i begge domme tillægges det nemlig afgørende vægt, at det pågældende andelsselskab havde en meget stærk stilling på markedet, og at de omtvistede bestemmelser derfor i denne sammenhæng bidrog til at opretholde denne magtposition, idet de forhindrede konkurrenterne i at få adgang til markedet [26].

25 — Det drejer sig om de allerede nævnte domme i sagen Coöperatieve Stremsel-en Kleurselfabriek og i sagen Dansk Pelsdyravlerforening.

26 — Navnlig udtalte Domstolen i dommen i sagen Coöperatieve Stremsel-en Kleurselfabriek følgende:
»Hensigten med de bestemmelser i andelsselskabets vedtægter, hvorved medlemmerne forpligtes til at købe al den løbe og alle de farvestoffer til ost, de har brug for, hos selskabet, en forpligtelse, der forstærkes af bestemmelsen om, at der skal betales et ikke ubetydeligt beløb ved udtræden eller eksklusion, er ganske klart at hindre medlemmerne i at købe hos andre leverandører af løbe eller farvestoffer eller at producere disse varer selv, såfremt der skulle være kvalitets- eller prismæssige fordele forbundet hermed. *Da andelshaverne ifølge oplysninger, der ikke er blevet bestridt, i dag repræsenterer over 90% af den hollandske osteproduktion, bidrager disse bestemmelser desuden til at fastholde den foreliggende situation, i hvilken andelsselskabet stort set er den eneste løbeleverandør på det nederlandske marked«* (min fremhævelse).
Med hensyn til dommen i sagen Dansk Pelsdyravlerforening bør det bemærkes, at Retten bl.a. understregede, at den omtvistede klausul gør det meget vanskeligt for konkurrenterne at få adgang til markedet »på grund af sagsøgerens meget stærke stilling på dette marked« (præmis 78). Ganske vist indeholder Rettens dom også mere kategoriske udtalelser, hvoraf det kan udledes, at »loyalitetsklausulerne« i sig selv og på grund af selve deres formål er uforenelige med artikel 85, stk. 1 (jf. navnlig præmis 98-110, hvori Retten fandt, at en eksklusiv leveringsforpligtelse til fordel for et andelsselskab foruden at virke konkurrencebegrænsende havde til formål at begrænse konkurrencen). Jeg mener imidlertid, at Rettens udtalelser nødvendigvis må »nuanceres«, dvs. at de skal forstås på baggrund af de særlige markedsforhold i den konkrete sag. Andre løsninger ville nemlig have konsekvenser, der var for vidtgående, og som vanskeligt kunne begrundes. Hvis man antog, at eksklusivitetsklausulerne eller andre »loyalitetsklausuler« i vedtægterne for et andelsselskab inden for landbruget principielt på grund af selve deres formål er uforenelige med artikel 85, stk. 1, følger det — stadig i princippet — heraf, at et sådant andelsselskab ikke ville have nogen mulighed for at beskytte sig mod situationer, hvor medlemmerne driver virksomhed på markederne i klar modstrid med selskabets og de andre medlemmers interesser. Efter min mening er den korrekte måde at læse dommen på derimod den modsatte, nemlig at hvis stiftelsen af selskabet i sig selv er forenelig med hensynet til beskyttelse af den frie konkurrence og med andre værdier, der anerkendes af retsordenen, må det også stå selskabet frit for at træffe de foranstaltninger, det anser for nødvendige med henblik på at beskytte sine egne væsentlige interesser; artikel 85, stk. 1, kan altså ikke fortolkes således, at den indebærer en fuldstændig beskyttelse af medlemmets forretningsmæssige handlefrihed til skade for andelsselskabets og de andre medlemmers interesser. Enhver anden fortolkning ville være det samme som at rokke ved selve ligevægten i selskabet og ville derfor være i modstrid med den velvilje, retsordenen — også ud fra hensynet til beskyttelse af den fri konkurrence — netop i landbrugssektoren har vist bestemte former for samarbejde mellem virksomheder. Det er derfor kun, såfremt andelsselskabet befinder sig i markedssituationer, som frembyder en betydelig risiko for en fordrejning af konkurrencen, eller hvor medlemmets frihed begrænses for stærkt af andre bestemmelser (for lange medlemsperioder, uforholdsmæssige sanktioner i tilfælde af eksklusion), at de særlige *virkninger* af »loyalitetsklausulerne« kan være genstand for en nærmere undersøgelse i henhold til artikel 85, stk. 1.

Man måtte naturligvis nå samme konklusion, hvis situationen på markedet var den, at andelsselskabet indtog en *dominerende stilling* i artikel 86's forstand; i så fald måtte det i overensstemmelse med Domstolens praksis uden videre antages, at »loyalitetsklausulen« principielt er i strid med denne bestemmelse [27].

25. I det foreliggende tilfælde og med forbehold af, hvad det tilkommer den nationale retsinstans at fastslå, kan det uden videre udelukkes, at konkurrencen vil blive svækket i for høj grad, og det af følgende grunde:

— Da den omtvistede vedtægtsændring fandt sted, var der efter det oplyste ligevægt mellem de forskellige konkurrenters markedsandele.

— Nye virksomheders adgang til det relevante marked stødte ikke på uoverstigelige hindringer, dels fordi der formentlig ikke kræves betydelige økonomiske, teknologiske og produktionsmæssige ressourcer for at komme ind på et nationalt marked, hvor der omsættes grovvarer, dels fordi den nye virksomhed (LAG) i den foreliggende sag blot var et nyt dansk andelsforetagende, som var oprettet af lokalforeninger, som allerede var på markedet, som allerede formidlede de omhandlede produkter, og som derfor allerede for en stor del havde den infrastruktur og de ressourcer, der er nødvendige for at skabe en konkurrerende virksomhed.

26. For det tredje må der tages stilling til endnu en indvending, som er fremsat af sagsøgerne i hovedsagen. Når en forening forlader andelsselskabet, idet den enten udtræder eller bliver ekskluderet, indebærer det ifølge sagsøgerne, at den faktisk mister en diversificeret og fordelagtig forsyningskilde, da DLG er et konglomerat i den forstand, at selskabet tilbyder sine medlemmer en hel vifte af varer og tjenesteydelser. Under disse omstændigheder vil det derfor være særligt vanskeligt (for ikke at sige umuligt) at drive virksomhed uden om andelsselskabet; *ipso facto* vil medlemmerne være stærkt tilskyndet til ikke at udtræde af selskabet eller bringe sig i en sådan situation, at de bliver ekskluderet. For at undgå, at markedet bliver for stift, må der derfor i disse tilfælde ifølge sagsøgerne sikres medlemmerne ret til at indkøbe bestemte produkter uden om andelsselskabet, uden at de af den grund løber risiko for at blive ekskluderet af selskabet.

Jeg finder ikke denne indvending velbegrundet. Frem for alt bemærkes, at det at forlade et andelsselskab, uanset af hvilken grund,

27 — Jf. Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, og af 3.7.1991, sag C-62/86, AKZO, Sml. I, s. 3359, samt Rettens dom af 1.4.1993, sag T-65/89, BPB, Sml. II, s. 389.

sædvanligvis indebærer, at man mister de (store og små) fordele, der er forbundet med at være medlem af selskabet. Dette forhold, som er fuldstændig normalt, er ikke i nogen henseende i strid med artikel 85, stk. 1. Som jeg allerede har understreget, kan denne bestemmelse nemlig ikke fortolkes således, at den giver et medlem af en andelsforening ret til at bevare sin status som medlem og udnytte fordelene herved, samtidig med at det handler i strid med selskabets og de andre medlemmers interesser. Medlemmet må derfor efter moden overvejelse alene under hensyn til sine egne interesser vælge, om det vil udtræde af selskabet (eller handle på en sådan måde, at det bliver ekskluderet) eller blive og så overholde selskabets vedtægter; når medlemmet først frit har truffet sin beslutning, kan det imidlertid ikke beklage sig over de ulemper, der eventuelt følger heraf.

27. Det ville forholde sig anderledes, hvis andelsselskabet indtog en dominerende stilling i forhold til sine egne medlemmer, jf. traktatens artikel 86; dette kunne være tilfældet, hvis andelsselskabet indtog en dominerende stilling på et eller flere markeder for varer og tjenesteydelser, eller hvis det var særlig byrdefuldt for medlemmerne at indkøbe *alle* de varer og tjenesteydelser, som andelsselskabet kan tilbyde under ét, enkeltvis hos andre konkurrenter (i dette tilfælde ville selskabet være dominerende, fordi det kunne tilbyde et komplet sortiment af komplementære varer/tjenesteydelser på betingelser, som konkurrenterne ikke kunne imødegå). Såfremt andelsselskabet indtog en sådan dominerende stilling, ville artikel 86 give en dobbelt beskyttelse: i) reglen om eksklusion (eller en anden form for »loyalitetsklausul«) måtte anses for forbudt og ugyldig af de i punkt 24 anførte grunde; ii) en eventuel boykotning eller forskelsbehandling af medlemmerne fra andelsselskabets side (nægtelse af at levere varer eller tjenesteydelser til de ekskluderede medlemmer eller fastsættelse af overpriser i forhold til værdien af de leverede varer eller tjenesteydelser) ville kunne udgøre særlige og selvstændige tilfælde af misbrug i artikel 86's forstand.

I den foreliggende sag holder selve forudsætningen for ræsonnementet, nemlig at DLG indtager en dominerende stilling, efter min opfattelse imidlertid ikke. DLG indtager nemlig ikke en dominerende stilling på et eller flere af de enkelte markeder for varer eller tjenesteydelser, hvor det driver virksomhed, og indtager heller ikke en sådan stilling i kraft af sin tilstedeværelse som konglomerat på alle de relevante markeder. Desuden må det tages i betragtning, at DLG driver virksomhed som formidler ved levering af varer og tjenesteydelser, og at det ikke skulle være vanskeligt for lokalforeningerne (som også driver formidlingsvirksomhed, om end på et lavere niveau) at finde — eller i givet fald oprette — andre formidlingsvirksomheder end DLG med henblik på at skaffe sig de omhandlede varer og tjenesteydelser.

Endelig skal det også i den forbindelse understreges, at DLG formelt har forpligtet

sig til også at levere de varer og tjenesteydelser, selskabet forhandler, til ikke-medlemmer, selv om sådanne varer og tjenesteydelser — som rimeligt er — leveres på normale markedsvilkår og ikke på de naturligvis mere favorable vilkår, der er forbeholdt medlemmerne.

28. Afslutningsvis kan det fastslås, at det af oplysningerne i sagen og med forbehold af, hvad det tilkommer den nationale retsinstans at fastslå, fremgår, at DLG's medlemmer har ret til at udtræde af selskabet med rimelige mellemrum, at markedet ikke har en sådan struktur og sådanne karakteristika, at indførelsen af de omtvistede bestemmelser må antages at indebære en reel risiko for en begrænsning af den aktuelle eller potentielle konkurrence mellem DLG og andre, og at bestemmelserne derfor ikke i sig selv har til følge, at konkurrencen begrænses, jf. artikel 85, stk. 1.

Denne konklusion bekræftes af den udvikling, der er sket på markedet, efter at andelsselskabet i medfør af de omtvistede bestemmelser besluttede at ekskludere B-medlemmerne. Til trods for eksklusionen har LAG nemlig ikke blot fortsat sin virksomhed, men har endog hurtigt forøget sin markedsandel, som i 1990 var på samme niveau som DLG's. Dette viser, at de ekskluderede medlemmer faktisk kunne drive virksomhed uden om DLG ved at oprette en organisation, som udførte det samme formidlingsarbejde, og som fuldt ud var i stand til at konkurrere med DLG [28].

29. For fuldstændighedens skyld må det desuden tages i betragtning, at nogle af de omstændigheder, den nationale retsinstans har fremhævet i de præjudicielle spørgsmål, ligeledes viser, at DLG har begrænset de omtvistede bestemmelsers rækkevidde — og dermed rækkevidden af den binding, der ligger i »loyaliteten« — til, hvad der er *strengt nødvendigt* for at sikre beskyttelse af andelsselskabet mod faktiske interessekonflikter. I den forbindelse skal — i korthed — nævnes følgende omstændigheder:

— De omtvistede bestemmelser vedrører udelukkende gødning og planteværnsmidler (men ikke de andre varer/tjenesteydelser, DLG leverer), dvs. kun produkter, hvor nedgangen i ordrer til andelsselskabet som følge af LAG's

28 — Ved bedømmelsen af, hvorledes nærmere angivne bestemmelser indvirker på konkurrencen, finder jeg det rent metodologisk fuldt ud korrekt også at tage den udvikling i betragtning, der allerede er sket på markedet i tiden efter, at disse bestemmelser trådte i kraft. Naturligvis kan den udvikling, der er sket på markedet, ikke være det *eneste* forhold, der tages i betragtning; det er endda indlysende, at man ved bedømmelsen af, om en aftale er forenelig med konkurrencereglerne, ikke udelukkende kan stotte sig på de virkninger, aftalen har haft; ellers ville man nå til absurde resultater, idet man, for at kunne afgøre, om aftalen er i strid med artikel 85, måtte vente nogle år for at se, hvilke resultater (og skader!) den har ført til, for derefter at afgøre, om og hvordan man skal gribe ind. Selv om denne undersøgelse *a posteriori* imidlertid ikke under nogen omstændigheder kan træde i stedet for en undersøgelse *a priori* (som bygger på en undersøgelse af formålet med og de forudseelige følger af aftalen), betyder dette ikke, at de resultater, aftalen faktisk har ført til, og som er kendte, skal anses for fuldstændig irrelevante. De skal betragtes som et indicium, som skal tages i betragtning, i det omfang de tjener til at bekræfte eller afkræfte de konklusioner, der er resultatet af den juridisk-økonomiske bedømmelse af formålet med og de forudseelige følger af aftalen, jf. f.eks. beslutningen i SOCEMAS-sagen (punkt II, sjette betragtning) af 17.7.1968 (JO L 201, s. 4) og den ovenfor i fodnote 3 nævnte beslutning i Intergroup-sagen (punkt 6), som går i samme retning.

selvstændige indkøb og i betragtning af priselasticiteten kunne bevirke en mærkbar forringelse af indkøbsvilkårene.

— De omtvistede bestemmelser vedrører udelukkende indkøb foretaget af B- og D-medlemmer (ikke af de andre medlemmer), dvs. medlemmer, som på grund af størrelsen af deres indkøb kan skade andelsselskabets interesser, når de driver virksomhed i konkurrence med dette.

— De omtvistede bestemmelser vedrører udelukkende indkøb foretaget af B- og D-medlemmer i et organiseret samvirke, dvs. ved permanent deltagelse i konkurrerende foreninger eller andre organisationer, men ikke indkøb foretaget uden om andelsselskabet enten af enkelte B- eller D-medlemmer eller af fællesskaber af B- eller D-medlemmer, som er etableret *ad hoc* med henblik på et enkelt indkøb; også i den henseende er det klart, at andelsselskabet kun har haft til hensigt at beskytte sig mod situationer, hvor det i særlig grad kan blive påført skade.

— De omtvistede bestemmelser tillader udtrykkeligt de medlemmer, som finder DLG's salgspriser for høje, blot at benytte DLG som formidler ved indkøb af varepartier; i så fald afstår DLG fra at opkræve vederlag for formidlingen, og de medlemmer, som har benyttet sig heraf, mister retten til overskudsbetaling for de således indkøbte varer ved regnskabsårets udløb.

Derimod anser jeg de andre omstændigheder, der er fremhævet af den nationale retsinstans, for at være uden betydning, navnlig at:

— de omtvistede bestemmelser også er indført med det formål at undgå, at der i DLG's ledende organer sad B- eller D-medlemmer, som deltog i konkurrerende organisationer; DLG's forretningshemmeligheder kunne nemlig under alle omstændigheder beskyttes gennem fastsættelse af regler om inhabilitet med henblik på at forhindre, at medlemmer, der befandt sig i en interessekonflikt med selskabet, sad i selskabets organer

— de omtvistede bestemmelser ikke er vedtaget enstemmigt, men mod (i det mindste nogle) B-medlemmers protest; det har således under alle omstændigheder ikke betydning for anvendelsen af artikel 85, stk. 1, på en given bestemmelse i et selskabs vedtægter, om bestemmelsen er gyldigt vedtaget i overensstemmelse med de interne retsregler, der gælder i selskabet; hvis og så længe bestemmelsen ikke

formelt er blevet ophævet af parterne eller ved en myndigheds foranstaltning, er den omfattet af anvendelsesområdet for artikel 85, stk. 1, når blot betingelserne herfor er opfyldt

— de ekskluderede medlemmer er blevet ligestillet med udmeldte medlemmer; når det først er fastslået, at bestemmelsen om eksklusion ikke er i strid med artikel 85, stk. 1, er der nemlig intet, der forhindrer selskabet i ikke at anvende de fordelagtigere regler om udtrædelse, men derimod de regler, der generelt gælder, når et medlem ekskluderes, herunder eventuelle sanktioner, med den ene begrænsning (som er omtalt i punkt 22), at der består en forpligtelse til ikke at pålægge sanktioner, der klart er for vidtgående og ikke står i rimeligt forhold til overtrædelsen

— sagsøgerne under hovedsagen bl.a. har gjort gældende, at de har krav på andel af DLG's ufordelte formue uden dog at nedlægge påstand om at genindtræde som medlemmer af DLG; hvordan *petitum* for den nationale retsinstans end er formuleret, fremgår det nemlig under alle omstændigheder, at sagsøgerne har gjort gældende, at de omtvistede vedtægtsbestemmelser er uforenelige med artikel 85, stk. 1, og at det, såfremt Domstolen giver dem medhold heri, tilkommer den nationale retsinstans at erklære bestemmelserne ugyldige i henhold til artikel 85, stk. 2, og udlede retsvirkningerne af denne ugyldighed i medfør af de nationale retsregler.

3) *Kan de omtvistede vedtægtsbestemmelser påvirke handelen mellem medlemsstaterne?*

30. Når henses til det tidligere anførte, har det ikke noget formål at undersøge, om de omtvistede bestemmelser kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne. For fuldstændighedens skyld bemærkes imidlertid, at det i den foreliggende sag må anses for godtgjort, at de omhandlede produkter er genstand for samhandel inden for Fællesskabet, og navnlig, at såvel DLG som LAG har deltaget og deltager i samhandelen. Under disse omstændigheder er der ingen tvivl om, at betingelsen om påvirkning af handelen inden for Fællesskabet i den foreliggende sag må anses for opfyldt.

4) *Kan den nationale retsinstans bringe traktatens artikel 85, stk. 3, i anvendelse i et tilfælde, hvor aftalen er blevet anmeldt til Kommissionen med henblik på at opnå en negativattest eller en fritagelse?*

31. Hvad dette spørgsmål angår skal jeg blot erindre om, at Kommissionen i henhold til artikel 9, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17 af

6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 [29], har enekompetence til at træffe beslutning om individuel fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3 [30]. Derimod har Kommissionen ved anvendelsen af artikel 85, stk. 1 og 2, og artikel 86 en kompetence, der konkurrerer med de nationale retsinstansers kompetence. Som det fremgår af det ovenfor anførte, er de omtvistede bestemmelser i den foreliggende sag ikke uforenelige med bestemmelserne i artikel 85, stk. 1; spørgsmålet om en eventuel fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, opstår derfor ikke. Det tilkommer således den nationale retsinstans at fastslå, at de omtvistede bestemmelser ikke er i strid med artikel 85, stk. 1.

5) *Indebærer de omtvistede bestemmelser misbrug af en dominerende stilling i traktatens artikel 86's forstand?*

32. Ifølge Domstolens faste praksis [31] består en dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel 86 i en virksomheds økonomiske magtposition, som sætter denne i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på markedet, og som giver den mulighed for i betydeligt omfang at udvise uafhængig adfærd over for sine konkurrenter, kunder og over for forbrugerne. En sådan stilling kan være en følge af en række faktorer, som hver for sig ikke nødvendigvis er afgørende. Blandt disse faktorer har betydelige markedsandele (over 50%) særlig stor betydning; derimod er en markedsandel, som ligger på omkring 40%, eller som måske endda er lavere, ikke i sig selv tilstrækkelig til, at det kan konkluderes, at virksomheden kontrollerer markedet [32]. Desuden må der også tages hensyn til faktorer som f.eks. forholdet mellem den pågældende virksomheds og konkurrenternes markedsandele, de fordele, virksomheden eventuelt har frem for sine konkurrenter på det økonomiske plan og i henseende til virksomhedens struktur, markedsføringsorganisation og teknologiske viden, samt om der består en mere eller mindre intens potentiel konkurrence [33]. Endelig er stabiliteten eller ændringer i markedsandelene også omstændigheder, der skal tages i betragtning ved bedømmelsen af, om der foreligger en dominerende stilling [34].

Det tilkommer den nationale retsinstans at anvende disse kriterier på den sag, den skal afgøre. Efter min opfattelse fremgår det imidlertid af oplysningerne i sagen, navnlig:

— at DLG's markedsandel på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i sagen var begrænset

29 — EFT 1959-1962, s. 81.

30 — Jf. også dommen i Delimitis-sagen, præmis 43 ff..

31 — Jf. senest dom af 12.12.1991, sag T-30/89, Hilti mod Kommissionen, Sml. II, s. 1439.

32 — Jf. dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207.

33 — Jf. ovennævnte domme i Hoffmann-La Roche-sagen og i United Brands-sagen.

34 — Jf. dommen i Hoffmann-La Roche-sagen.

— at der i det væsentlige er ligevægt mellem DLG's og dets konkurrenters markedsandele

— at LAG i høj grad har vist sig at være konkurrencedygtig, hvortil kommer, at der består en mærkbar potentiel konkurrence, da der ikke foreligger *barriers to entry* af betydning, og

— udviklingen i henholdsvis DLG's og LAG's markedsandele,

at DLG ikke indtog en dominerende stilling i artikel 86's forstand. Endnu et moment, der dog ikke er afgørende, men som peger i samme retning, er den omstændighed, at registreringen af DLG som dominerende enkeltvirksomhed i henhold til den danske lovgivning ophørte i 1990.

Forslag til afgørelse

33. På baggrund af disse overvejelser mener jeg, at den nationale retsinstans' spørgsmål må besvares således:

»1) Den i forordning nr. 26/62 fastsatte undtagelse finder ikke anvendelse på produkter — såsom gødning og planteværnsmidler — som ikke er opregnet i bilag II til traktaten.

2) Med forbehold af, hvad det tilkommer den nationale retsinstans at fastslå i overensstemmelse med de kriterier, der er anført i dette forslag til afgørelse, har en bestemmelse i vedtægterne for et andelsselskab inden for landbruget, som foretager fællesindkøb af grovvarer til landbruget, hvorefter medlemmer, som med henblik på indkøb af sådanne varer permanent deltager i organisationer, der konkurrerer med andelsselskabet, kan ekskluderes af selskabet, ikke til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, jf. traktatens artikel 85, stk. 1.

3) Betingelsen om påvirkning af handelen mellem medlemsstaterne i traktatens artikel 85, stk. 1, er opfyldt i et tilfælde som det, der er hovedsagens genstand, hvor det er godtgjort, at de omhandlede produkter er genstand for samhandel inden for Fællesskabet, og hvor det ligeledes er godtgjort, at de pågældende virksomheder kan deltage og faktisk deltager i denne samhandel.

4) Kommissionen har enekompetence til at træffe beslutning om fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3. Den nationale retsinstans har derimod kompetence til at anvende reglerne i traktatens artikel 85, stk. 1 og 2, og artikel 86.

5) Med forbehold af, hvad det tilkommer den nationale retsinstans at fastslå i overensstemmelse med de kriterier, der er anført i dette forslag til afgørelse, er der ikke omstændigheder i sagen, der giver grundlag for at antage, at andelsselskabet DLG indtager en dominerende stilling i traktatens artikel 86's forstand.«