strativ skrivelse, som meddeler den pågældende virksomhed, at dens sag er henlagt, ikke ensbetydende med, at der er indledt en procedure i medfør af artiklerne 2, 3, eller 6, i forordning nr. 17.

Kutscher O'Keeffe Touffait Mertens de Wilmars Pescatore

Mackenzie Stuart Bosco Koopmans Due

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 10. juli 1980.

A. Van Houtte
Justitssekretær

H. Kutscher
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. REISCHL FREMSAT DEN 22. NOVEMBER 1979 [1]

Høje Domstol.

Også i den sag, som jeg i dag skal tage stilling til, drejer det sig om et inden for parfumeindustrien praktiseret selektivt salgssystem, som allerede spillede en rolle i de forenede sager 253/78 og 1-3/79.

Det anvendes af det i 1967 stiftede franske selskab Estée Lauder, som er et datterselskab af det canadiske selskab Estée Lauder Cosmetics Limited. Det første selskab køber i Belgien og i Storbritannien dér fremstillede skønhedsmidler og parfumer og afsætter dem i fællesmarkedet via et net af autoriserede forhandlere. Vedrørende de nærmere enkeltheder skal jeg tillade mit at henvise til forelæggelsesdommen fra Tribunal de commerce de Paris, navnlig til siderne 7 f og 10 i den tyske version af dommen.

Kommissionen fik kendskab til salgsorganisationen ved, at selskabet Estée Lauder den 11. januar 1977 underrettede den dels om den standardkontrakt, det anvendte over for detailhandlere i Frankrig, dels om de almindelige salgsvilkår. I en skrivelse af 23. marts 1977 fra en direktør i Generaldirektoratet for Konkurrence udtaltes det herom, at der

1 — Oversat fra tysk.

kunne gås ud fra, at disse dokumenter »peuvent être considérés, compte tenu du contexte économique dans lequel ils opèrent, comme non susceptibles d'être visés par les règles de concurrence du Traité CEE« [1]. Efter at selskabet Estée Lauder på Kommissionens anmodning desuden havde oplyst, at salget i de øvrige 8 medlemsstater sker via filialer, der indgår tilsvarende aftaler med detailhandlere, udtaltes det i en på samme vis udertegnet skrivelse af 8. juni 1978, »qu'il a été procédé au classement de cette affaire sans autre suite« [2].

Af nedenstående grunde er det nævnte salgssystem og Kommissionens holdning hertil relevant for hovedsagen.

Det sagsøgende selskab i den nationale sag er ejer af en butik i Paris, hvor der også sælges parfume. I april 1978 anmodede det selskabet Estée Lauder om at få åbnet en konto og om fremtidig at levere til det, og afgav samtidigt den første ordre. Da Estée Lauder afslog at levere, anlagde selskabet sag ved Tribunal de commerce de Paris. Under sagen nedlagde Anne Marty blandt andet påstand om, at sagsøgte tilpligtedes at levere det bestilte og at betale erstatning for ubeføjet leveringsnægtelse. Til støtte for påstanden gjorde Anne Marty gældende, at Estée Lauders adfærd var en krænkelse af den franske bekendtgørelse af 30. juni 1945, som også er omtalt i de andre sager.

Heroverfor anførte sagsøgte, at fællesskabsretten tillader en salgsorganisation, der er baseret på kvalitative og kvantitative udvælgelseskriterier. Sagsøgte gjorde videre gældende, at selskabet, med henblik på fritagelse i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, underrettede Kommissionen om de aftaler, som selskabet anvender over for salgsstederne i Frankrig; Kommissionen besluttede herpå at tillade salgssystemet. Da salgssystemet herved ifølge sagsøgte er anerkendt som lovligt af Kommissionen, må det også være lovligt efter national lovgivning. Subsidiært gjorde sagsøgte gældende, at aftalerne kun indeholdt klausuler, der opfyldte kravene i et såkaldt »circulaire Fontanet« af 30. marts 1960, der blev udstedt til gennemførelse af bekendtgørelsen af 30. juni 1945. De pågældende klausuler kunne altså heller ikke anfægtes efter fransk lovgivning; selskabet Estée Lauder anførte, at det i hvert fald kunne påberåbe sig klausulerne over for det sagsøgende selskab, fordi dette ikke i første række sælger parfumer, men derimod beklædningsgenstande.

Den ret, ved hvilken sagen verserede, kom på grundlag af disse sagsforhold til den opfattelse, at EØF-traktatens artikel 85 måtte anvendes på de af selskabet Estée Lauder indgåede aftaler. Vedrørende Kommissionens skrivelse af 23. juli 1977 (der menes klart skrivelsen af 23. 3. 1977), fandt retten, at den nærmest lignede en negativattest og ikke en fritagelse i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3. Negativattester er imidlertid beslutninger fra Kommissionen, som er bindende for de nationale retter, idet fællesskabsretten har forrang for nationale love.

For imidlertid at skabe klarhed herover, samt over indledelsen af proceduren efter artikel 9 i forordning nr. 17 og dennes afvikling og tilendebringelse, udsatte retten ved dom af 28. februar 1979 sagen og forelagde i medfør af EØF-traktatens artikel 177 følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

1 — »i betragtning af den økonomiske sammenhæng, de gælder for, ikke kan betragtes som værende omfattet af EØF-traktatens konkurrenceregler«.

2 — »at sagen er henlagt, uden at der foretages videre«.

»1. Er Kommissionens skrivelse af 23. juli 1977, som ikke indeholder ordet »negativattest«, og som synes at være afsendt, uden at den i forordning nr. 17 foreskrevne offentliggørelse er foretaget, en negativattest?

2. Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende: Er skrivelsen af 23. juli 1977 en beslutning fra Kommissionen, der kan gøres gældende over for tredjemænd, og som er bindende for retterne i Fællesskabets medlemsstater?

3. Såfremt spørgsmål 1 og 2 besvares benægtende: Er der indledt en procedure som nævnt i artikel 9, stk. 3, i forordning nr. 17, og hvilke myndigheder har da kompetence til at anvende traktatens artikel 85, stk. 1?«

Hertil skal jeg fremsætte følgende bemærkninger.

1. Efter min opfattelse bør det først undersøges, om den nævnte skrivelse overhovedet er en beslutning fra Kommissionen.

Dette har Kommissionen selv afvist, navnlig under henvisning til Domstolens praksis vedrørende begrebet beslutning. Herefter er det for det første afgørende, om en retsakt skal fremkalde retsvirkninger (Sag 54/65, Compagnie des Forges de Chatillon, Commentry et Neuves-Maisons mod Den Høje Myndighed for EKSF, dom af 16. 6. 1966, Sml. 1965-1968, s. 197; org. ref. Recueil 1966, s. 265). I de forenede sager 23, 24 og 53/63 (Usines Emile Henricot og 2 andre sagsøgere mod Den Høje Myndighed for EKSF, dom af 5. 12. 1963, Sml. 1954-1964, s. 437; org.ref. Recueil 1963, s. 439) blev der i overensstemmelse hermed lagt vægt på, om det fremgår af retsakten, at den skal skabe rettigheder for adressaterne eller pålægge dem pligter, og i de forenede sager 8-11/66 (aktieselskabet Cimenteries CBR mod Kommissionen, dom af 15. 3. 1967, Sml. 1965-1968, s. 337) blev det anset for afgørende, om en retsakt har retsvirkninger, der griber ind i bestemte virksomheders interesser, samt om den er bindende for virksomhederne. Det er ifølge retspraksis endvidere vigtigt, at retsakten afslutter den interne sagsbehandling og udgør en endelig viljeserklæring, hvis den skal kunne anses som en beslutning (sagerne 54/65, 23, 24, 52/63). Det er ikke mindst af betydning, at den kan identificeres som en retsakt udstedt af det kompetente organ, og at det af dens ydre form fremgår, at der foreligger en beslutning. I de forenede sager 23, 24 og 52/63 anføres det herved, at det er nødvendigt, at adressaterne kan identificere en retsakt ud fra dens ydre form; fremfor alt skal det fremgå, at der foreligger en beslutning udstedt af selve den kompetente *institution* som sådan, hvilket ifølge EKSF-retten kræver en underskrift fra et medlem af Den Høje Myndighed.

Ifølge Kommissionen opfylder den i sagen relevante omhandlede skrivelse ganske åbenbart ikke disse krav. Det har udelukkende den virkning, at Kommissionen herefter ikke længere — medmindre der foreligger nye omstændigheder — kan skride ind i medfør af artikel 85, stk. 1; derimod kan der ikke antages at være grebet ind i adressatens interesser, idet adressaten jo under alle omstændigheder kan påberåbe sig, at det har anmeldt salgssystemet. Det har sidst,

men ikke mindst, også betydning — og med hensyn hertil er der henvist til dommen i sag 71/74 (Nederlandse Vereniging voor Fruit en Groentenimporthandel og Nederlandse Bond van Grossiers in Zuidvruchten en ander Geimporteerd Fruit mod Kommissionen, dom af 15. 5. 1975, Sml. 1975, s. 563) —, at skrivelsen kun var underskrevet af en direktør i Generaldirektoratet for Konkurrence. Han er ikke beføjet til at træffe beslutninger i henhold til artikel 2 i forordning nr. 17; videre mener Kommissionen, at skrivelsen heller ikke gav indtryk af, at der skulle foreligge en bindende udtalelse fra Kommissionen, eller at der skulle foreligge noget, der lignede en beslutning, truffet på Kommissionens vegne.

Heroverfor har sagsøgte indtaget det standpunkt, at der rent faktisk må siges at være gjort indgreb i dets interesser ved den nævnte skrivelse. Endvidere har sagsøgte anført, at selskabet, ligesom andre virksomheder, har forstået Kommissionens Femte Beretning om Konkurrencepolitikken således, at Kommissionen havde til hensigt at »tilvejebringe en samlet og ensartet løsning for . . . parfumerisektoren«. Heraf mente selskabet at kunne slutte, at det var selve Kommissionen, som havde truffet en beslutning. Selv om Kommissionens tjenestemænd imidlertid skulle have begået visse formfejl ved meddelelsen af den, kan dette ikke tillægges afgørende betydning.

Med hensyn til denne uenighed kan det vel stå hen, om meddelelsen til firma Estée Lauder efter sit *indhold* kan betegnes som en beslutning. Men jeg vil dog alligevel antyde, at det ikke forekommer mig at være helt udelukket. For hvad angår det materielle beslutningsbegreb må det være tilstrækkeligt, at en udtalelse har retsvirkninger — hvilket med sikkerhed er tilfældet, når Kommissionen bindende fastslår, at EØF-traktatens konkurrenceregler ikke finder anvendelse —, hvorimod det ikke turde være afgørende, om der er sket et *indgreb* i nogle interesser.

Tværtimod er det for det første vigtigt at fastslå, at det ifølge Kommissionens forretningsorden (EFT specialudgave Anden Serie, VII. Institutionelle anliggender, juli 1975, s. 14) kun er Kommissionen, der er beføjet til at træffe formelle beslutninger inden for konkurrenceretten (negativattester, konstatering af en krænkelse af artikel 85, stk. 1, fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3, eller nægtelse heraf). Her er der ingen hjemmel til at delegere beføjelser til enkelte kommissionsmedlemmer endsige til tjenestemænd ved Kommissionen. En sådan mulighed blev først indført ved afgørelse af 23. juli 1975 (EFT L af 30. 7. 1975, s. 43), som dog også kun gælder for »foranstaltninger af forvaltningsmæssig eller administrativ art«. For det andet må der lægges vægt på den ubestridte beskrivelse, Kommissionen har givet af de begivenheder, der førte til den i denne sag relevante skrivelse og de andre skrivelser, der behandles i de præjudicielle sager 153/78 og 1-3/79. Som jeg allerede har nævnt i de andre sager, blev det — efter at der var sket anmeldelse af en hel række aftaler om selektive salgssystemer inden for parfumeindustien — med henblik på bestemte klausuler, der kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, besluttet at indlede en procedure mod tre virksomheder — dog ikke mod selskabet Estée Lauder — og at tilstille disse de hertil svarende klagepunkter. Hertil var en retsakt fra det for konkurrencespørgsmål kompetente kommissionsmedlem åbenbart tilstrækkelig. Under den administrative procedure blev der herefter indledt drøftelser mellem Kommissionens tjenestegrene og de

pågældende virksomheder, hvorunder man opnåede, at de påtalte klausuler blev fjernet. Kommissionen traf imidlertid ikke nogen besluting herom, der var altså ikke tale om nogen viljestilkendegivelse fra selve kommissionsmedlemmerne som sådanne om, at forholdet skulle bedømmes på en bestemt måde. Under hensyntagen til den langsommelighed, der er forbundet med en formel procedure — begæringen skal offentliggøres, jf. artikel 19 i forordning nr. 17, og Det Rådgivende Udvalg for Kartel og Monopolspørgsmål skal høres — og da det er nødvendigt at koncentrere det arbejde, der udøves af det ikke ligefrem velbemandede Generaldirektorat for Konkurrence, om vigtigere konkurrencesager, undlod man at udstede formelle negativattester og nøjedes med en bedømmelse fra den for konkurrencespørgsmål kompetente kommissær. Denne bedømmelse blev herefter anvendt på alle tilfælde af ensartet karakter, og skrivelserne herom blev senere tilsendt virksomhederne, underskrevet af generaldirektøren for konkurrence eller af en direktør i dette generaldirektorat.

Vi kommer derfor ikke uden om den kendsgerning, at der overhovedet ikke forelå nogen retsakt fra Kommissionen selv, som kunne sidestilles med negativattester. Herudover kan det efter min opfattelse — hvis det skulle være afgørende — også anføres, at man heller ikke vakte et sådant indtryk. I Kommissionens Femte Beretning om Konkurrencepolitikken, som selskabet Estée Lauder har henvist til, tales der nemlig kun om en samlet løsning fra Kommissionens side vedrørende parfumerisektoren, altså ikke om en bedømmelse af enkeltsager, som under alle omstændigheder, såfremt Kommissionen selv havde afstukket en almindelig retningslinje, ville være blevet henført under denne generelle løsning. Desuden fremgår det af den pågældende beretning klart, at der ikke skal træffes formelle beslutninger.

Den skrivelse, som nævnes i den forelæggende rets første spørgsmål, skal derfor ikke bedømmes som en beslutning eller som en meddelelse om en beslutning, men kun som en administrativ skrivelse, hvori det anføres, at Kommissionens tjenestegrene ikke finder anledning til at skride ind i medfør af artikel 85, stk. 1. Såfremt dette antages, kan det heller ikke dreje sig om en negativattest som anført i artikel 2 i forordning nr. 17, hvilket i øvrigt også kan sluttes af, *at* udtrykket »negativattest« blev undgået, *at* man ikke valgte den form, der ellers gælder for negativattester, *at* der ikke skete nogen offentliggørelse, jf. artikel 21 i forordning nr. 17, og *at* meddelelsen heller ikke findes i den liste over beslutninger, som er bilagt Den Femte Beretning om Konkurrencepolitikken. Ud fra de pågældende virksomheders synspunkt, som ønsker at træffe deres forretningsmæssige dispositioner på et solidt grundlag, er denne fremgangsmåde særdeles utilfredsstillende. Dette skal jeg dog ikke gå nærmere ind på, ligesom jeg heller ikke skal behandle det spørgsmål, om virksomhederne efter anmeldelse af en aftale råder over egnede midler til at udvirke, at Kommissionen træffer en formel beslutning.

2. Efter denne besvarelse af det første spørgsmål er det egentlig unødvendigt også at behandle det andet spørgsmål, der kun er stillet, såfremt den nævnte skrivelse må betragtes som en beslutning. Jeg skal dog fremsætte to korte bemærkninger herom.

a) Den forelæggende ret har med rette antaget, at selskabet Estée Lauders salgssystem ikke er blevet fritaget i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3. Vedrørende dette spørgsmål kan der henvises til de i sagerne 253/78 og 1-3/79 fremsatte bemærkninger, som også gælder for Estée Lauder-sagen, fordi Kommissionen ønskede at tilvejebringe en samlet og ensartet løsning for parfumerisektoren. Denne antagelse støttes i øvrigt også af ordlyden af skrivelsen i nærværende sag. Når det heri anføres, at aftalerne med detailhandlerne i Frankrig »i betragtning af den økonomiske sammenhæng, de gælder for, ikke kan betragtes som værende omfattet af EØF-traktatens konkurrenceregler«, udtrykkes det hermed tilstrækkeligt klart, at de nævnte aftaler ikke rammes af artikel 85, stk. 1. Der kan altså højest foreligge en stillingtagen, som ligner den, en negativattest indeholder, jf. artikel 2 i forordning nr. 17, hvorved det også kun fastslås, at Kommissionen ikke efter de forhold, den har kendskab til, finder anledning til i medfør af artikel 85, stk. 1, at skride ind mod en aftale.

b) Kommissionen har også med rette fremhævet, at selv en formel negativattest som hovedregel ikke kan gøres gældende over for tredjemænd og heller ikke er bindende for nationale retter. Som nævnt — jf. også sjette betragtning i forordning nr. 17 — fastslås i sådanne attester, at Kommissionen ikke efter de forhold, den har kendskab til, finder anledning til at skride ind. Attesterne indeholder altså ingen endelig bedømmelse og navnlig ikke en sådan udtalelse, idet Kommissionen alene kan opgive denne. Da artikel 85, stk. 1 — som gentagne gange fastslået — har direkte virkning, da private altså kan påberåbe sig den for nationale retter og støtte ret på den, og da sagens enkeltheder for de nationale retter muligvis foreligger anderledes oplyst, har de naturligvis pligt til — ud fra de konkret foreliggende omstændigheder — selv at danne sig en mening om, hvorvidt artikel 85, stk. 1, kan anvendes på bestemte aftaler.

Da der i denne sag imidlertid ikke engang foreligger en negativattest, altså en beslutning, som er bindende — den givne meddelelse kan allerhøjst være af betydning for krav, der rejses under påberåbelse af tjenstlige fejl — kan det uden videre fastslås, at en sådan — for øvrigt heller ikke offentliggjort — retsakt, ikke kan gøres gældende over for tredjemænd og for nationale retter.

3. Det er ikke nødvendigt at behandle det resterende tredje spørgsmål indgående.

a) Med hensyn til den første del er det på den ene side tilstrækkeligt at henvise til dommen i sag 48/72 (SA Brasserie de Haecht mod Wilking og Janssen, dom af 6. 2. 1973, Sml. 1973, s. 77). Ifølge dommen forudsætter indledelsen af en procedure i medfør af artiklerne 2, 3 og 6 i forordning nr. 17 nemlig en myndighedsakt fra Kommissionen, som tilkendegiver viljen til at træffe en beslutning i medfør af de nævnte artikler. Desuden har det også betydning, at Kommissionen udtrykkeligt har udtalt, at den over for sagsøgte aldrig har indledt en procedure i medfør af artikel 9, stk. 3, i forordning nr. 17. Der synes faktisk heller aldrig — hvad der vel er påkrævet — at være tilgået sagsøgte meddelelse

herom. I øvrigt er det vil klart, at meddelelsen af klagepunkter til tre andre virksomheder desangående ikke kan anses for tilstrækkelig, selv om det står fast, at Kommissionen ville anvende disse sager som prøvesager for hele den pågældende økonomiske sektor.

b) Med hensyn til anden del af tredje spørgsmål kan jeg henvise til dommen i sag 127/73 (Belgische Radio en Televisie og Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs mod SV/SABAM og NV Fonior, dom af 30. 1. 1974, Sml. 1974, s. 51, og dom af 21. 3. 1974, Sml. 1974, s. 313). I dommen blev det fastslået, at når Kommissionen har indledt en procedure, mister medlemsstaternes myndigheder deres kompetence til at skride ind mod den samme adfærd i medfør af artikel 85, stk. 1, og at myndighederne også omfatter retter, hvis særlige opgave er at anvende national konkurrenceret. I dommen blev det imidlertid også fremhævet, at de nationale retters kompetence til at anvende fællesskabsretten følger af artikel 85, stk. 1's direkte virkning, og at de ikke kan fratages kompetencen til at anvende den nævnte bestemmelse under påberåbelse af artikel 9 i forordning nr. 17. Herefter er det klart — og dette alene er relevant for hovedsagen — at nationale retter, hvis Kommissionen ikke har indledt nogen procedure, og hvis den direkte virkning af artikel 85, stk. 1, påberåbes i en national sag, altid er beføjet til at anvende denne bestemmelse.

Hvad herudover angår de enkelte problemer ved anvendelsen af artikel 85, stk. 1, på en sag som den foreliggende, skal jeg tillade mig at henvise til mine bemærkninger i forslaget til afgørelse i de forenede sager 253/78 og 1-3/79. Der er blot ét forhold i nærværende sag, som jeg særligt skal nævne, nemlig at anmeldelsen af de af sagsøgte påtænkte aftaler — da selskabet først blev stiftet i 1967 — følgelig skete senere, hvorfor der ikke er tale om såkaldte gamle aftaler, hvilket indebærer, at retspraksis herom derfor heller ikke er relevant.

4. På spørgsmålene fra Tribunal de commerce de Paris kan der herefter sammenfattende svares således:

a) Skrivelsen af 23. marts 1977 til sagsøgte er ingen negativattest efter den i artikel 2 i forordning nr. 17 forudsatte betydning.

b) Denne udtalelse, der var underskrevet af en direktør i Generaldirektoratet for konkurrence, og som ikke beroede på nogen beslutning fra Kommissionen, kan ikke påberåbes over for tredjemænd og binder ikke medlemsstaternes retter.

c) Der er ikke indledt nogen procedure over for sagsøgte i medfør af artikel 9, stk. 3, i forordning nr. 17. Medlemsstaternes retter er også beføjet til at anvende artikel 85, stk. 1.

SUPPLERENDE FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA HR. REISCHL

(se forenede sager 253/78 og 1-3/78, s. 2392)