FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 6. november 1997 *

1. Er en bestemmelse i en aftale om selektiv distribution, der er indgået mellem en leverandør og en forhandler, der begge er etableret i Fællesskabet, som vedrører et tredjelands område, og hvorefter forhandleren ikke må sælge de af aftalen omfattede varer enten direkte eller ved reimport fra tredjelande på noget andet område, herunder også medlemsstaternes område, i strid med EF-traktatens artikel 85, stk. 1? Og vil dette i bekræftende fald også være tilfældet, såfremt leverandøren markedsfører sine varer på Fællesskabets område gennem et selektivt distributionsnet, for hvilket der i medfør af artikel 85, stk. 3, er givet fritagelse?

Dette er kernen i de spørgsmål, som Cour d'appel de Versailles har forelagt Domstolen, og som giver Domstolen lejlighed til at tage stilling til, om eksportbestemmelser og forbud mod reimport i forhandlerkontrakter er i overensstemmelse med Fællesskabets konkurrenceregler. I det foreliggende tilfælde kendetegnes det omhandlede forhandlingssystem af sammenhængen mellem et selektivt distributionssystem for Fællesskabet, for hvilket Kommissionen har meddelt fritagelse, og forhandlerkontrakter for tredjelande, der indeholder bestemmelser om bestemmelsessted, der skal virke både som eksportforpligtelser og som forbud mod reimport.

De relevante faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

2. De faktiske omstændigheder, der har givet anledning til tvisten i hovedsagen er ret enkle. Tvisten vedrører sektoren for forhandling af luksuskosmetik, dvs. kvalitetsprodukter, der sælges til høje priser under meget kendte varemærker. Selskabet Yves Saint Laurent Parfums SA, der er hjemmehørende i Frankrig (herefter »YSLP«), er aktivt på det markedssegment, der omfatter disse produkter, og forhandler sine produkter i Den Europæiske Union gennem et selektivt distributionssystem, for hvilket Kommissionen ved beslutning af 16. december 1991 i henhold til artikel 85, stk. 3, har meddelt fritagelse [1].

1 — Kommissionens beslutning 92/33/EØF om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/33.242 — Yves Saint Laurent) (EFT 1992 L 12, s. 24). Denne beslutning var genstand for Rettens dom af 12.12.1996, sag T-19/92, Leclerc mod Kommissionen, Sml. II, s. 1851, der annullerede den, for så vidt som det i beslutningen fastslås, at en bestemmelse, hvorefter YSLP kan stille detailhandlere, der ansøger om godkendelse, ringere, blot fordi deres parfumerivirksomhed er af mindre omfang, ikke er omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1. Specielt med henblik på den foreliggende sag bemærkes det, at Retten bekræftede, at den meddelte fritagelse var gyldig.

* Originalsprog: italiensk.

YSLP har desuden afsluttet to forhandlingsaftaler med selskabet Javico International (herefter »Javico«), den ene omfattende Republikken Ruslands og Republikken Ukraines områder, den anden Sloveniens område. Selskabet Javico er hjemmehørende i Tyskland og har specialiseret sig i markedsføring på markederne i Østeuropa. Det skal nævnes, at Javico ikke tilhører nettet af forhandlere af YSLP-produkter i Den Europæiske Union.

3. Den aftale, der blev indgået i februar 1992, vedrørte forhandling i Rusland og Ukraine og indeholdt følgende to bestemmelser:

»1. Vore produkter skal udelukkende sælges på Republikken Ruslands og Republikken Ukraines områder.

Det er under alle omstændigheder udelukket, at de kan forlade Republikken Ruslands og Republikken Ukraines områder.

2. Deres selskab afgiver løfte om og garanterer, at produkterne afsættes til endeligt forbrug på Republikken Ruslands og Republikken Ukraines områder, og forpligter sig til kun at sælge produkterne til handlende, der er hjemmehørende på Republikken Ruslands og Republikken Ukraines områder. Deres selskab meddeler derfor de adresser, hvorfra produkterne forhandles på Republikken Ruslands og Republikken Ukraines områder, samt de enkelte produkters fordeling på salgssteder.«

Aftalen indeholder desuden supplerende bestemmelser, der skal udbygge Javico's forpligtelse til at sikre, at produkterne ikke som bestemmelsessted får andre områder end de i aftalen fastlagte [2]. Faktisk omhandler hovedparten af aftalen mellem parterne den detaljerede udformning af forpligtelsen vedrørende bestemmelsesstedet og følgerne af eventuelle tilsidesættelser heraf.

Aftalen fra maj 1992 om forhandling i Slovenien indeholder en bestemmelse, der har følgende ordlyd: »Af hensyn til beskyttelsen af den høje kvalitet af distributionen af produkter i andre lande i verden går forhandleren ind på ikke at sælge produkterne uden for området eller sælge dem til forhandlere på området, der ikke er godkendt.«

Det er ubestridt, at forhandleraftalerne mellem YSLP og Javico ikke er genstand for nogen individuel fritagelse, og at de heller ikke er blevet meddelt Kommissionen.

2 — Med henblik på at sikre, at produkterne forhandles på Ruslands og Ukraines områder, har YSLP stillet krav til Javico om, at dette selskab allerede før leveringen af produkterne og om muligt på bestillingstidspunktet, tilstiller YSLP samtlige de dokumenter, hvoraf det fremgår, at der faktisk findes et marked for disse produkter på de områder, der er omfattet af aftalen. Javico er desuden forpligtet til at kontrollere, at de lokale forhandlere agter at sælge udelukkende på Ruslands og Ukraines områder. Aftalen indeholder endog en bestemmelse om betaling af en konventionalbod, for hvilken der stilles banksikkerhed, såfremt en del af de leverede produkter videresælges uden for Ruslands og Ukraines områder og mere i almindelighed uden for Østeuropa.

4. Kort tid efter indgåelsen af de nævnte kontrakter konstaterede YSLP, at der på Fællesskabets område (navnlig i Det Forenede Kongerige, Belgien og Nederlandene) fandtes produkter, der var blevet leveret til Javico til salg i Rusland, Ukraine og Slovenien. YSLP opsagde derfor kontrakten og anlagde sag ved Tribunal de commerce de Nanterre bl.a. med påstand om erstatning for det tab, selskabet havde lidt. Selskabet fik medhold i første instans, og de sagsøgte tyske selskaber har derefter anket sagen til Cour d'appel de Versailles under anbringende dels af, at de tilsidesatte aftalebestemmelser som stridende mod traktatens artikel 85, stk. 1, er ugyldige, dels af, at fritagelsesbeslutningen af 16. december 1991 er irrelevant for sagens afgørelse.

5. Den nationale ret har med henblik på sagens afgørelse fundet det nødvendigt at anmode Domstolen om en fortolkning af traktatens artikel 85, stk. 1. Dens spørgsmål til Domstolen har følgende ordlyd:

»1) Skal artikel 85, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab fortolkes således, at i et tilfælde, hvor en virksomhed (leverandøren), der befinder sig i en medlemsstat i Den Europæiske Union, ved aftale giver en anden virksomhed (forhandleren), der befinder sig i en anden medlemsstat, i opdrag at distribuere sine produkter på et område, der ligger uden for Unionen, er bestemmelser i nævnte aftale, hvorefter forhandleren ikke må sælge overhovedet på et andet område end det område, aftalen vedrører, det vil sige ikke sælge overhovedet inden for Unionen, det være sig ved direkte markedsføring eller ved videreforsendelse fra det af aftalen omfattede område, forbudt?

2) Skal nævnte artikel 85, stk. 1, såfremt der herefter gælder et forbud mod sådanne aftalebestemmelser, fortolkes således, at bestemmelsen ikke kan anvendes, når leverandøren i øvrigt afsætter sine varer på Unionens område gennem et selektivt distributionsnet, for hvilket der i medfør af samme artikels stk. 3 er givet fritagelse?«

Det første spørgsmål

6. Ved de i sagen omhandlede aftalebestemmelser forpligtes forhandleren på to måder, der hænger snævert sammen og er indbyrdes samvirkende. Aftalen omfatter dels en eksportforpligtelse, således at forstå, at forhandleren skal eksportere produkterne til de i aftalen omhandlede tredjelande, dels et forbud mod markedsføring uden for det af aftalen omfattede område. Forbuddet gælder såvel for direkte salg til videresælgere, der er

hjemmehørende uden for området, som for reimport af produkterne fra området.

7. YSLP har gjort gældende, at eksportforpligtelsen ikke henhører under anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, idet aftalen udelukkende vedrører organiseringen af varesalget i tredjelande og ikke berører samhandelen mellem medlemsstater. Og selv om man tilslutter sig det synspunkt, at artikel 85 finder anvendelse, må det anerkendes, at der her er tale om et ubetydeligt tab, og at de omtvistede aftaler hører til en af de kategorier af eneforhandlingsaftaler, som artikel 85, stk. 1, i medfør af forordning (EØF) nr. 1983/83 ikke finder anvendelse på [3]. Hvad forbuddet mod reeksport til Fællesskabet angår har YSLP selv ligesom Kommissionen anerkendt, at aftalebestemmelsen herom er omfattet af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, dog under forudsætning af, at indførsler økonomisk er tænkelige og tilføjer samhandelen mellem medlemsstater skade; disse betingelser er ikke opfyldt i det foreliggende tilfælde, når henses til markedets struktur, og de hindringer, der lægges i vejen for varerne, når de konkret reimporteres til Den Europæiske Union. Javico er derimod af den opfattelse, at de omhandlede aftaler netop har til formål at begrænse konkurrencen i Den Europæiske Union, og at de under alle omstændigheder virker til skade for konkurrencen og derfor under alle omstændigheder er strid med artikel 85, stk. 1.

3 — Kommissionens forordning af 22.6.1983 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af eneforhandlingsaftaler (EFT L 173, s. 1).

Den manglende relevans af forordning nr. 1983/83

8. Først må det kort undersøges, om forordning nr. 1983/83 kan finde anvendelse på de omtvistede aftaler. Blot ved en gennemlæsning af artikel 1 i denne forordning, hvori forordningens anvendelsesområde fastlægges, er det klart, at forordningen ikke har betydning for det foreliggende tilfælde. Den i forordningen omhandlede gruppefritagelse vedrører således aftaler ... »hvorved den ene kontrahent over for den anden forpligter sig til udelukkende at levere bestemte varer til denne med henblik på videresalg *i hele Fællesskabet eller i en begrænset del af dette*« [4]. Det er altså nødvendigt for en fritagelse, at eneforhandlingsområdet er hele Fællesskabet eller en del heraf [5]. Aftalen mellem YSLP og Javico vedrører derimod udelukkende forhandling af førstnævntes produkter på tredjelandes område. Følgelig er disse aftaler ikke omfattet af anvendelsesområdet for gruppefritagelse i henhold til forordning nr. 1983/83.

Anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1

9. Jeg vil først undersøge, om traktatens artikel 85, stk. 1, er relevant for en bedømmelse af de omtvistede aftaler og her først og fremmest bemærke, at efter fast retspraksis må det ved afgørelsen af, om en aftale er omfattet af denne traktatbestemmelses

4 — Kursiveringen er min.

5 — Jf. dom af 12.7.1984, sag 170/83, Hydrotherm, Sml. s. 2999, præmis 13-16.

anvendelsesområde undersøges, om aftalen efter sit formål fører til en konkurrencebegrænsning [6]. Denne undersøgelse indebærer en vurdering af det formål, parterne havde for øje ved aftalens indgåelse, og på baggrund af den økonomiske sammenhæng, som aftalen er et led i.

I den foreliggende sag er der tale om en aftaleordning, der dels forpligter en i Fællesskabet hjemmehørende forhandler til at eksportere til bestemte tredjelande, dels forbyder den samme forhandler at markedsføre de af aftalen omfattede produkter uden for de i aftalen nævnte tredjelandes område, det være sig ved direkte salg eller ved reimport fra tredjelande.

10. Som den nationale ret har bemærket i forelæggelsesdommen, er det forbuddet mod at indbringe eller genindbringe YSLP-produkter på Fællesskabets område, der særlig (om ikke udelukkende) har betydning i denne sag, selv om forbuddet mod markedsføring uden for det ved aftalen fastlagte område er således formuleret, at der bliver tale om alle stater, det være sig Fællesskabets medlemsstater eller andre. Næsten hele kontrakten handler om de mange detailspørgsmål i forbindelse med forbuddet mod markedsføring af produkterne uden for det af aftalen omfattede område, og det kan med bestemthed siges, at parternes hensigt var at hindre, at de produkter, der blev solgt til Javico, kom ud på det fælles marked. Dermed blev det muligt for YSLP at imødegå parallelimport til dette marked, på hvilket selskabet er aktivt gennem et selektivt distributionssystem, hvis effektivitet vil kunne trues, hvis der på markedet forekommer produkter, der stammer fra forhandlere, der ikke tilhører systemet [7].

Jeg er følgelig af den opfattelse, at aftalens bestemmelser om eksport og forbud mod reimport i alt væsentligt har til formål at begrænse konkurrencen. Disse bestemmelser synes i øvrigt ikke at være nødvendige for at sikre, at forhandlingsaftalen økonomisk kan virke i overensstemmelse med sit særlige formål, som jo er at muliggøre udbredelsen af YSLP-produkter på markederne i Østeuropa.

Eksportbestemmelserne må derfor alene i kraft af deres formål principielt anses for ulovlige.

11. De resultater, jeg her er nået til, stemmer overens med Domstolens praksis, hvori det om en bestemmelse, der svarer til den, jeg her beskæftiger mig med, er fastslået, at den af forhandleren krævede bestemmelse om, at

6 — En vurdering af lovligheden i flere trin, hvorved først aftalens formål og dernæst dens følger tages i betragtning, er en fremgangsmåde, der har vundet hævd i Domstolens praksis; jf. mit forslag til afgørelse i DLG-sagen, dom af 15.12.1994, sag C-250/92, Sml. I, s. 5641, præmis 16; jf. desuden dom af 28. februar 1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, præmis 9. Blot for fuldstændighedens skyld skal jeg nævne, at det ikke er en forudsætning for anvendelsen af artikel 85, stk. 1, at aftalen har et konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkninger, idet det er tilstrækkeligt, at det ene eller det andet er tilfældet; jf. dom af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 14 og 15.

7 — Aftalens bestemmelse om, at Javico skal betale en konventionalbod, der kun skal gælde for det tilfælde, at produkterne sælges uden for »østlandenes« område — idet det således er uden betydning, at produkterne får et andet bestemmelsessted end det af aftalen omfattede område, blot dette er begrænset til Østeuropa — viser klart, at formålet med de omtvistede bestemmelser først og fremmest var at hindre, at de af kontrakten omfattede produkter, blev markedsført inden for fællesmarkedet.

varerne skulle eksporteres til et tredjeland, »i det væsentlige havde til formål at forhindre genudførsel af varerne til de lande, hvor de var fremstillet«, således at der kunne opretholdes et system af dobbeltpriser i fællesmarkedet, hvorved konkurrencen inden for dette blev begrænset [8].

I øvrigt kan den blotte omstændighed, at forhandleraftalen formelt har til formål at fremme salget i et tredjeland ikke udelukke, at aftalens bestemmelser i alt væsentligt har til formål at fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet [9], og at de dermed er omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1 [10].

12. Selv om jeg anser det for helt sikkert, at de omtvistede aftaler har et konkurrencebegrænsende formål og dermed er aftaler, der er forbudt i henhold til artikel 85, stk. 1, mener jeg dog, at jeg også bør se på, hvilke virkninger aftalen konkret kan få for konkurrencen på det fælles marked [11]. Som bekendt stilles der i Domstolens praksis krav om, at de skadelige virkninger for den frie konkurrence skal være tilstrækkeligt mærkbare, således at alle aftaler, hvis skadelige virkning er ubetydelig, falder uden for artikel 85, stk. 1's anvendelsesområde [12].

13. En afgørelse med hensyn til den konkurrencefordrejende virkning skal træffes under hensyntagen til en række faktiske forhold som f.eks. intensiteten af konkurrencen på markedet uden hensyntagen til den pågældende aftale, den økonomiske og retlige sammenhæng, som aftalen optræder i, hvorved det også må undersøges, om den konkret er egnet til at fordreje konkurrencen på fællesmarkedet. Om bestemmelser om bestemmelsessted har Kommissionen i årenes løb

8 — Jf. dom af 28.3.1984, forenede sager 29/83 og 30/83, CRAM og Rheinzink, Sml. s. 1679, præmis 24-31. Kommissionen havde i den anfægtede beslutning anført, at »den konkurrencebegrænsning, der følger af forpligtelsen til at videresælge i et bestemt land, ... i sig selv [kan] påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart, eftersom videresælgeren har sin virksomhed i fællesmarkedet, hvor han frit må kunne afsætte varer, hvor han ønsker det, alt afhængigt af omstændighederne og især de priser, der tilbydes ham«; jf. Kommissionens beslutning 82/866/EØF af 14.12.1982 vedrørende en procedure i medfør af EØF-traktatens artikel 85 (IV/29.629 — valseværkprodukter og zinklegeringer) (EFT L 362, s. 40).

9 — Jf. på linje hermed Kommissionens beslutning 68/376/EØF af 6.11.1968 vedrørende en procedure i medfør af traktatens artikel 85 (IV/23077 — Rieckermann/AEG — Elotherm) (JO L 276, s. 25).

10 — Kommissionens 21. Beretning om Konkurrencepolitikken fra 1991 nævner (s. 378) Iqbal-sagen, hvori Kommissionen nåede til det resultat, at en aftale, hvorved en videresælger af medicinske specialiteter forpligtedes til udelukkende at markedsføre produkterne i et bestemt tredjeland, ikke var i strid med artikel 85, stk. 1, der »ikke har til formål at forbyde vertikale aftaler, der begrænser konkurrencen mellem produkter udstyret med forskellige mærker i forholdet mellem Fællesskabet forstået som et hele og tredjelande, således at producenterne får mulighed for at følge en uafhængig prispolitik, der er indrettet efter vilkårene på markederne i tredjelandene«. Tilsyneladende havde anvendelsen i dette særlige tilfælde af eksportbestemmelserne ingen sammenhæng med bestræbelser på særligt at hindre handelen mellem medlemsstaterne. Iqbal-løsningen — med hensyn til hvilken jeg på enhver måde forbeholder mig min stillingtagen henset til de ufuldstændige oplysninger, jeg råder over — som i øvrigt ikke foreligger i en beslutning, men, som det synes, i en skrivelse i henhold til artikel 6 i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25.7.1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42) kan efter min mening, medmindre det sidstnævnte forhold tillægges særlig betydning, forenes med den opfattelse, der ligger til grund for den netop omtalte CRAM og Rhenzink-dom. Jf. i overensstemmelse hermed Van Bael I. og Bellis F.: *Il Diritto della Concorrenza nella Comunità Europea*, Torino 1995, s. 126, jf. navnlig note 24.

11 — Jf. dom af 30.6.1966, sag 56/65, Société Technique Minière, Sml. 1965-1968, s. 211, org. ref.: Rec. s. 337, og af 12.12.1967, sag 23/67, Brasserie de Haecht, Sml. 1965-1968, s. 421, org. ref.: Rec. s. 479, samt den ovenfor i note 6 nævnte Delimitis-dom.

12 — Dette er den velkendte de minimis-regel, som først blev udformet af Domstolen (jf. dom af 9.7.1969, sag 5/69, Völk, Sml. 1969, s. 69, præmis 7, org. ref.: Rec. s. 295) og senere kodificeret af Kommissionen i meddelelse vedrørende aftaler af ringe betydning, som ikke falder ind under artikel 85, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (EFT C 231, s. 2) og ajourført ved den af Kommissionen i EFT 1994 C 368, s. 20, offentliggjorte oplysende meddelelse.

udviklet en vis praksis, der selv om den ikke er utvetydig, har afdækket de elementer, der skal lægges vægt på ved vurderingen af den konkurrencebegrænsende virkning. Herunder falder bl.a. virkningen af den told, som produktet pålægges ved genindførsel til Fællesskabet [13], eventuelle prisforskelle på Fællesskabets område og i tredjelande, der må være tilstrækkeligt høje til at kunne udligne de ekstra transportomkostninger og fortjenstmargenerne for de virksomheder, som varetager reimport og forhandling på Fælles skabets område [14], intensiteten i konkurrencen mellem mærkevarer i Fællesskabet.

Såfremt det efter en analyse af de nævnte faktorer må antages, at reimport af de af aftalen omfattede produkter fra tredjelande til Fællesskabets område økonomisk er mulig eller endog sandsynlig, må det anses for godtgjort, at aftalen har en konkurrencebegrænsende virkning, idet der uden forbuddet ville være sket en parallelimport af de af aftalen omfattede produkter til medlemsstaternes område, hvis den er økonomisk indbringende.

14. Det tilkommer den nationale ret at tage stilling til spørgsmålet om artikel 85, stk. 1's anvendelighed og til herved at lægge de faktorer, jeg netop har omtalt, og som fremgår af Domstolens praksis, til grund. Den forelæggende rets dom giver mig ikke mulighed for at udbygge disse synspunkter, idet vigtige

13 — Jf. Kommissionens beslutning 64/233/EØF af 11.3.1964 om en ansøgning om negativattest i henhold til artikel 2 i Rådets forordning nr. 17 (IV/A-00061) (JO 1964, 58, s. 915). Toldens betydning som et for vurderingen af sandsynligheden for reimport nødvendigt element fremgår af de kommissionsbeslutninger, der tager hensyn til foreliggende frihandelsaftaler; jf. Kommissionens beslutning 76/159/EØF af 15.12.1975 vedrørende en procedure i medfør af EØF-traktatens artikel 85 (IV/847 — SABA) (EFT 1976 L 28, s. 19), hvori forbuddet mod eksport til tredjelande og reimport fra disse lande antages ikke at være omfattet af artikel 85, stk. 1, som følge af opkrævningen i to omgange af told og på grund af den omstændighed, at produkterne ikke sælges billigere i tredjelande end i medlemsstaterne. En sådan forbudsaftale var imidlertid kun tilladt til den 1.7.1977, for så vidt som told på indførsler fra EFTA-landene skulle ophæves netop på denne dato. Jf. på linje hermed Kommissionens beslutning 77/100/EØF af 21.12.1976 vedrørende en procedure i medfør af EØF-traktatens artikel 85 (IV/5715 — Junghans) (EFT 1977 L 30, s. 10) og 78/253/EØF af 23.12.1977 vedrørende en procedure i medfør af EØF-traktatens artikel 85 (IV/171, 856, 172, 117, 28.173 — Campari) (EFT 1978 L 70, s. 69). For nylig har afslutningen af frihandelsaftaler mellem Fællesskabet og tredjelande i forbindelse med afskaffelse af told og andre hindringer for den grænseoverskridende handel givet Kommissionen anledning til at stille krav om, at bestemmelser i forhandlingsaftaler, hvorved det forbydes forhandlerne at eksportere til disse lande fjernes; jf. Kommissionens meddelelse i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17 (EFT 1994 C 334, s. 11) i Chanel-sagen.

14 — Jf. den ovenfor nævnte Grosfillex-Fillistorf-beslutning, hvori Kommissionen anerkender, at der vil kunne være tale om en begrænsning af konkurrencen, såfremt de priser, producenten tager på det schweiziske marked, er lavere end dem, der tages i fællesmarkedet. Jf. endvidere ovennævnte SABA-beslutning samt Kommissionens beslutning 75/94/EØF af 19.12.1974 vedrørende en procedure i medfør af EØF-traktatens artikel 85 (IV/23.013 — Goodyear Italiana — Euram) (EFT 1975 L 38, s. 10), hvori videresalg på Fællesskabets område af det reimporterede produkt anses for lidet sandsynlig, for så vidt som der »ikke forekommer ... og ikke i en overskuelig fremtid vil forekomme sådanne prisforskelle mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og tredjelandene, at der herigennem kan ske en udligning af disse supplerende omkostninger«. Jf. fremdeles Kommissionens beslutning 94/987/EF af 21.12.1994 vedrørende en procedure i medfør af EF-traktatens artikel 85 (IV/32.948 og IV/34.590 — Tretorn m.fl.) (EFT L 378, s. 45) for så vidt angår prisforskellens betydning ved afgørelsen med hensyn til sandsynligheden for reeksport fra tredjelande.

faktiske forhold, som der i øvrigt ikke er enighed mellem parterne om, først er blevet omtalt i deres indlæg for Domstolen og ikke er blevet godtgjort. Jeg mener dog at kunne fastslå, at det i det foreliggende tilfælde er sikkert, at det var muligt og økonomisk fordelagtigt at reimportere de af aftalen omfattede produkter, om ikke af andre grunde, så fordi reimport faktisk har fundet sted. Det er nemlig ubestridt, at de af aftalen omfattede produkter i større mængder har været udbudt på markederne i Det Forenede Kongerige, Belgien og Nederlandene til meget lavere priser af forhandlere, der ikke tilhører YSLP's distributionssystem, og dette beviser klart, at parallelimport har været rentabel og dermed mulig.

15. Anvendelsen af artikel 85 forudsætter, at endnu en betingelse er opfyldt: Der må være tale om en påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater. Ifølge fast retspraksis skal denne påvirkning anses for godtgjort, såfremt det på grundlag af alle faktiske og retlige omstændigheder kan forudsiges med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed, at aftalen vil kunne øve en direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indflydelse på handelen mellem medlemsstater, således at den vil kunne hindre, at der skabes et indre marked mellem medlemsstater. Endvidere må denne indflydelse ikke være ubetydelig [15], selv om det herudover ikke kræves, at der faktisk har været tale om en påvirkning, idet det er tilstrækkeligt, at aftalen efter sin art kan medføre den [16].

Det skal her fremhæves, at de kriterier, der er blevet lagt til grund for konstateringen af, at der sker en begrænsning af konkurrencen, og navnlig klart forskellige prisniveauer henholdsvis på fællesmarkedet og på markedet i tredjelandet, også har givet grundlag for en slutning om, at en eventuel senere eksport til en anden medlemsstat ikke var en sandsynlig følge af reimporten til Fællesskabets område, og at der således ikke forelå en påvirkning af samhandelen i Fællesskabet [17].

Man kan ikke i det foreliggende tilfælde efter de priser, der blev anvendt på markedet i tredjelandene, teoretisk udelukke, at der fandt reeksport sted til en anden medlemsstat. Endvidere kan man under alle omstændigheder også for YSLP-produkter mene, at påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstater henset til den handelspolitik, der føres af de store koncerner, som skaffer sig produkterne ved at foretage opkøb på hele det europæiske marked, må anses for godtgjort [18].

16. Jeg når således til det resultat, at det første spørgsmål fra den nationale ret skal besvares med, at traktatens artikel 85, stk. 1, skal fortolkes således, at denne bestemmelse forbyder en bestemmelse i en aftale om

15 — Jf. dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig, Sml. 1965-1968, s. 245, org. ref.: Rec. s. 429, samt fra nyere praksis Rettens dom af 14.7.1994, sag T-77/92, Parker Pen mod Kommissionen, Sml. II, s. 549, præmis 39, og af 14.5.1997, sag T-77/94, VGB m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 759, præmis 132.

16 — Jf. som den nyeste praksis den ovenfor i note 6 nævnte dom i sagen Ferriere Nord mod Kommissionen.

17 — Jf. Kommissionens beslutning 70/332/EF af 30.6.1970 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/24055 — Kodak) (EFT L 147, s. 24).

18 — Jf. Kommissionens beslutning 93/352/EØF af 10.11.1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 og 86 (IV/33.440 — Warner Lambert/Gillette m.fl. og IV/33.486 — BIC/Gillette m.fl.) (EFT L 116, s. 21).

forhandling af produkter på et område uden for Unionen, hvorefter forhandlerne skal sikre, at der ikke sker reimport til Fællesskabets område, hvorved naturligvis de i gældende ret fastsatte betingelser om, at aftalen har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen samt om, at samhandelen mellem medlemsstater påvirkes, skal være opfyldt.

Det andet spørgsmål

17. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om det, såfremt de i sagen omtvistede aftalevilkår er omfattede af artikel 85, stk. 1, har betydning, at producenten på Fællesskabets område benytter sig af et selektivt distributionssystem, for hvilket Kommissionen i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3, har givet fritagelse. Det spørges med andre ord, om det af den fritagelse, der er givet for det selektive distributionssystem vedrørende Fællesskabets område, kan udledes, at artikel 85, stk. 1, ikke kan finde anvendelse på de i sagen omtvistede bestemmelser om produkternes bestemmelsessted.

18. Indledningsvis bemærkes det, at såfremt man lægger til grund, at artikel 85, stk. 1, ikke kan finde anvendelse på den omhandlede aftale som følge af, at der findes et selektivt distributionssystem, som Kommissionen har givet fritagelse for, indebærer dette ganske logisk, at der skabes sikkerhed for dette systems uigennemtrængelighed, idet det hindres, at det på den ene eller den anden måde kommer til parallelimport i alt fald af produkter hidrørende fra de pågældende tredjelande. Dette ville gøre det umuligt for de erhvervsdrivende at udnytte de økonomiske muligheder, som de af YSLP anvendte prisforskelle giver, og der vil yderligere opstå risiko for en skarp opdeling af markederne inden for det fælles marked og en afskærmning af det sidstnævnte i dets helhed.

Først bemærkes, at lovligheden efter artikel 85 af et selektivt distributionssystem ikke på nogen afgørende måde har som forudsætning, at systemet er tæt, bl.a. fordi dette »ville have den paradoksale følge, at de snævreste og mest lukkede distributionssystemer behandles lempeligere efter traktatens artikel 85, stk. 1, end distributionssystemer, der er mere fleksible og i højere grad åbner mulighed for parallelle transaktioner« [19]. Endvidere kan denne egenskab ved systemet heller ikke begrundes i ønsket om effektivt at beskytte konkurrencen. Jeg har tidligere [20] med baggrund i Domstolens faste praksis haft lejlighed til at omtale, hvorledes muligheden for at sælge varer uden om et system også kan have en gavnlig virkning, idet der herved holdes en niche åben for en begrænset, parallel trafik, hvorved en særlig stor stivhed i systemet, navnlig på prisområdet, kan mildnes. En parallel trafik kan naturligvis føre til en destabilisering af det selektive distributionssystem, men her er der, når alt kommer til alt, tale om følger, der afhænger af producentens valg, for han kan vurdere virkningerne heraf på grundlag af en cost/benefit-analyse og, såfremt han finder det hensigtsmæssigt, enten vælge et frit distributionssystem eller lægge det specialiserede distributionssystem om eller også ændre priserne, så de bliver mere ensartede og derved »i de øvre led« fjerne det eneste virkelige grundlag for de parallelle forhand-

19 — Jf. dom af 13.1.1994, sag C-376/92, Cartier, Sml. I, s. 15, præmis 26.

20 — Jf. mit forslag til afgørelse, punkt 21 og 22, i den i note 19 nævnte Cartier-sag.

lingskanaler. Jeg ønsker hermed at fremhæve, at paralleltrafikken slet ikke kan anses for et udslag af en form for fordærvelig og dermed ulovlig økonomisk behændighed, som mange ondskabsfuldt ønsker at fremstille den som, men tværtimod en garanti for hele distributionssystemets vitalitet, der i tilknytning til de selektive forhandlernet i sidste ende begunstiger forbrugeren, hvis interesser til enhver tid udgør (i alt fald) et af formålene med artikel 85, stk. 1 og 3.

19. Det er ud fra denne synsvinkel, at man må bedømme, hvilken virkning beslutningen om fritagelse af YSLP's distributionssystem har for forholdet mellem dette selskab og Javico, der er en forhandler, der står uden for dette systems forhandlingsnet.

Beslutningen om fritagelse kan ikke bringe forhandlingsaftaler, der ikke er blevet forelagt Kommissionen, og som ikke udtrykkeligt er blevet fritaget af den, »i ly«. For det første skal beslutningerne om fritagelse, det være sig individuelle fritagelser eller gruppefritagelser, eftersom der er tale om undtagelser fra forbuddet i artikel 85, stk. 1, der indeholder den grundlæggende regel om konkurrencebegrænsende aftaler, nødvendigvis fortolkes indskrænkende og ikke anvendes uden for de situationer, der udtrykkeligt er taget højde for. Princippet herom udspringer af en indlysende vejledende regel for fortolkningen og bygger desuden på kravet om, at Kommissionens enekompetence for så vidt angår anvendelsen af artikel 85, stk. 3, ikke antastes [21].

Faktisk må Kommissionen, når den skal træffe afgørelse om, hvorvidt en fritagelse skal gives eller ej, hvilket den er enekompetent til i medfør af artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 17 [22], kunne kontrollere, om aftalen opfylder betingelserne ifølge artikel 85, stk. 3. Såfremt en fritagelsesbeslutning kom til at omfatte aftaler, der ikke er omhandlet i den, ville de nationale domstole i et vist omfang få mulighed for direkte at anvende artikel 85, stk. 3, men denne beføjelse har de tværtimod kun for så vidt angår bestemmelsens stk. 1 [23]. Naturligvis kunne den anfægtede aftale have været forelagt Kommissionen med en ansøgning om fritagelse, og Kommissionen kunne herigennem have taget stilling til dens påståede egnethed til at beskytte det selektive distributionssystem i fællesskabssammenhæng, men det er ikke sket. Denne aftale kunne ikke fritages, idet Kommissionen ikke havde fået underretning om den [24], og den nationale ret må derfor

21 — Jf. den ovenfor i note 6 nævnte Delimitis-dom, præmis 44, 45 og 46, jf. specielt om nødvendigheden af en indskrænkende fortolkning Rettens dom af 22.4.1993, sag T-9/92, Peugeot mod Kommissionen, Sml. II, s. 493, præmis 37, og Domstolens dom af 24.10.1995, sag C-266/93, Volkswagen og VAG Leasing, Sml. I, s. 3477, præmis 33.

22 — Rådets forordning af 6.2.1962: første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81).

23 — Jf. vedrørende de nationale retters direkte anvendelse af artikel 85, stk. 1, og artikel 86, dom af 30.1.1974, sag 127/73, BRT og SABAM, Sml. s. 51, samt den ovenfor i note 6 nævnte Delimitis-dom, præmis 45, 46 og 47. Jf. vedrørende Kommissionens enekompetence til at vedtage beslutninger til gennemførelse af artikel 85, stk. 3, sidstnævnte dom, præmis 44. Den nævnte praksis har givet anledning til en »kodificering« i Kommissionens meddelelse vedrørende samarbejdet mellem Kommissionen og de nationale retter om anvendelsen af EØF-traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1993 C 39, s. 6).

24 — For aftaler fra tiden efter den 30.3.1962, da forordning nr. 17 trådte i kraft, forudsætter fritagelse, at der er givet underretning om en aftale, bortset fra de aftaler, der ikke er omfattet af underretningspligten i henhold til artikel 4, stk. 2, i nævnte forordning, og de mellem YSLP og Javico afsluttede aftaler tilhører ikke denne gruppe.

blot anvende artikel 85, stk. 1, når betingelserne ifølge denne bestemmelse er opfyldt.

Jeg mener følgelig, at den nationale rets andet spørgsmål skal besvares med, at traktatens artikel 85, stk. 1, også finder anvendelse på de i sagen omtvistede aftalevilkår, når leverandøren markedsfører sine produkter på Fællesskabets område gennem et selektivt distributionsnet, for hvilket Kommissionen har vedtaget en beslutning om fritagelse.

Forslag til afgørelse

20. På baggrund af det anførte skal jeg foreslå Domstolen at besvare spørgsmålene fra Cour d'appel de Versailles på følgende måde:

»1) EF-traktatens artikel 85, stk. 1, skal fortolkes således, at bestemmelsen finder anvendelse på et vilkår i en aftale om markedsføring i bestemte tredjelande mellem en leverandør, der er etableret i en medlemsstat og en forhandler, der er etableret i en anden medlemsstat, hvorefter forhandleren ikke må sælge de pågældende produkter i et andet område end det i aftalen fastlagte og dermed ikke på Fællesskabets område, uanset om der er tale om direkte salg eller reeksport fra det af aftalen omfattede område. Det tilkommer den nationale ret på grundlag af de konkrete omstændigheder i sagen — og navnlig ud fra en vurdering af, om reimporten til det fælles marked var mulig og hensigtsmæssig, hvilken størrelse den havde og endelig, hvilken påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater der kunne blive tale om — at afgøre, hvorvidt det pågældende vilkår som stridende mod traktatens artikel 85, stk. 1, er ugyldigt.

2) Såfremt det antages, at traktatens artikel 85, stk. 1, forbyder vilkår af den omhandlede art, skal bestemmelsen fortolkes således, at den også finder anvendelse i tilfælde, hvor leverandøren markedsfører sine produkter på Fællesskabets område gennem et selektivt distributionsnet, for hvilket der i medfør af artikel 85, stk. 3, er meddelt fritagelse.«