FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PIETER VERLOREN VAN THEMAAT fremsat den 12. november 1985 *

Indholdsfortegnelse

1. Indholdsfortegnelse ... 3049
2. Parternes skriftlige anbringender og argumenter ... 3050
2.1. Formaliteten ... 3050
2.2. Første anbringende ... 3050
2.3. Andet anbringende ... 3051
2.4. Tredje anbringende ... 3052
2.5. Fjerde anbringende ... 3052
2.6. Femte anbringende ... 3052
2.7. Sjette anbringende ... 3053
2.8. Sammenfatning ... 3054
3. Anbringender vedrørede proceduren ... 3055
3.1. Indledende bemærkning ... 3055
3.2. Formaliteten ... 3055
3.3. Sagsøgerens sjette anbringende ... 3056
4. Stillingtagen til de væsentligste anbringender vedrørende realiteten ... 3057
4.1. Indledende bemærkninger ... 3057
4.2. Relevante præmisser i første Metro-dom ... 3058
4.3. Fjerde anbringende (manglende generel markedsundersøgelse) ... 3060
4.4. Første anbringende (anvendelse af artikel 85, stk. 1) ... 3062
4.5. Andet anbringende (anvendelse af artikel 85, stk. 3) ... 3065
4.6. Andre anbringender vedrørende realiteten ... 3070
5. Sammenfatning, afsluttende bemærkninger og forslag ... 3070
5.1. Sammenfatning ... 3070
5.2. Afsluttende bemærkninger ... 3071
5.3. Forslag ... 3072

* Oversat fra nederlandsk.

Høje Domstol.

1. Indledning

1.1. Den anden Metro-sag, som jeg skal tage stilling til i dag, forekommer umiddelbart ganske banal. Metro har nedlagt påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 21. december 1983 (EFT 1983 L 376, s. 41), hvorved beslutningen af 15. december 1975, som var genstand for den første Metro-sag (26/76, Sml. 1977, s. 1875), i virkeligheden blev forlænget. Parterne har ikke bestridt, at SABA-salgssystemet, som den her anfægtede beslutning vedrører, er blevet mindre stift end det af Kommissionen i 1975 godkendte system. Ved første øjekast kunne man således forestille sig, at Domstolen i den anden Metro-sag på grundlag af samme præmisser som i den første Metro-sag ville frifinde sagsøgte.

1.2. Skinnet bedrager imidlertid. I den anden Metro-sag har sagsøgeren i sine anbringender lagt hovedvægten på, at Kommissionen i sin beslutning ikke har taget tilstrækkeligt hensyn til en række af Domstolens udtalelser i den første Metro-sag, som indeholder retningslinier for Kommissionens fremtidige politik. Samtlige retningslinier vedrører markedsstrukturen for underholdsningselektronikken i almindelighed. Ifølge disse retningslinier kan en individuel producents selektive salgssystem navnlig kun godkendes, såfremt der sideløbende hermed findes andre former for afsætningskanaler, som er indført af andre producenter, og såfremt formålet er at undgå, at markedsstrukturen fastlåses, hvilket kan ske, hvis der for samme produkt findes et for stort antal selektive distributionsnet. I denne forbindelse henvises til den nævnte doms præmis 20, tredje og fjerde afsnit, præmis 21, femte afsnit, præmis 22, de første tre afsnit, og præmis 50, tredje afsnit. Hensigten med disse præmisser, som navnlig vedrører Kommissionens fremtidige politik, fremgår indirekte af præmis 22, tredje afsnit, i den første Metro-dom. Jeg mener imidlertid, at den ligeledes fremgår af det forhold, at det hverken kan udledes af generaladvokat Reischl's forslag til afgørelse, af sagsfremstillingen eller af dommens præmisser, at parterne i den første Metro-sag på dette punkt har givet konkrete oplysninger om den almindelige markedsstruktur. Parternes anbringender i den første Metro-sag koncentrerede sig derimod, ifølge forslaget til afgørelse og dommen, næsten udelukkende om det anfægtede SABA-system, som blev behandlet uafhængigt af den almindelige markedsstruktur.

I den anden Metro-sag, som jeg her skal tage stilling til, er den almindelige markedsstruktur derimod af afgørende betydning for at vurdere beslutningen, for så vidt angår SABA-systemet. Navnlig Det forenede Kongerige har i sin intervention til støtte for Metro tillagt dette aspekt af sagen afgørende betydning for Kommissionens politik vedrørende selektive salgssystemer i almindelighed. Det forenede Kongerige har navnlig under den mundtlige forhandling i besvarelse af Domstolens spørgsmål klart gjort rede for sit standpunkt vedrørende dette forhold.

1.3. For ikke at aflede opmærksomheden fra dette eneste virkelig nye moment, som tilmed er af afgørende betydning for sagen, finder jeg det uhensigtsmæssigt i mit forslag til afgørelse at give en fuldstændig fremstilling af Metro's kommercielle aktiviteter, af SABA's selektive salgssystem eller af indholdet af den her anfægtede beslutning. Jeg skal her blot bemærke, at gennemgangen af de faktiske omstændigheder i den anfægtede og offentliggjorte beslutning ikke indeholder oplysninger om markedsstrukturen (navnlig vedrørende de selektive salgssystemers antal og markedsandele samt prisudviklingen). I beslutningens retlige vurdering berøres dette aspekt — i øvrigt meget summarisk og uden talangivelser — kun i

forbindelse med en vurdering af SABA-systemet i forhold til betingelsen efter artikel 85, stk. 3, litra b. Som bekendt bestemmes det her, at de pålagte begrænsninger ikke må give »disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer« (jfr. punkt II B. 4., fjerde og femte afsnit, i beslutningen). Jeg skal senere under gennemgangen af realiteten uddybe ovennævnte præmisser i Domstolens dom i den første Metro-sag samt betragtningerne i den for den foreliggende sag relevante kommissionsbeslutning.

1.4. I en sammenfattende oversigt over de af parterne under skriftvekslingen fremsatte anbringender og argumenter i *andet afsnit* af mit forslag gennemgår jeg af samme grund kun de processuelle anbringender og argumenter samt de materielle anbringender og de til støtte herfor anførte argumenter, som vedrører ovennævnte nye og afgørende moment i den anden Metro-sag. Kun for så vidt det skønnes nødvendigt, gennemgår jeg yderligere i slutningen af mit forslag sagsøgerens anbringender vedrørende SABA-systemet som sådant. Yderligere gengiver jeg i andet afsnit kun ganske kort parternes anbringender og argumenter. Jeg går her ud fra, at sagsfremstillingen i dommen vil indeholde en mere detaljeret sammenfatning dels af de faktiske omstændigheder og sagens forløb, dels af de af parterne skriftligt og mundtligt fremsatte anbringender og argumenter, og at denne del af dommen — som sædvanlig i kartelsager — ligeledes offentliggøres. Jeg skal samtidig i mit forslag bestræbe mig på at undgå en dobbelt gennemgang af domspraksis på disse punkter for at spare oversættelsestjenesten og trykkeriet for dobbelt arbejde. Jeg skal dog, når jeg tager stilling til sagen, naturligvis behandle de fremførte argumenter mere udførligt.

1.5. I *tredje afsnit* af mit forslag gennemgås parternes anbringender vedrørende formaliteten og i *fjerde afsnit* anbringenderne og argumenterne vedrørende realiteten. Ved samme lejlighed behandler jeg parternes uddybning af deres synspunkter under den mundtlige forhandling. I *femte afsnit* fremsætter jeg som sædvanlig — efter en sammenfatning af mine betragtninger og nogle afsluttende bemærkninger — mit forslag til afgørelse.

2. Parternes skriftlige anbringender og argumenter

2.1. Alene SABA har påstået sagen *afvist*, hvorimod Kommissionen udtrykkeligt har udtalt, at den bør *admitteres*. SABA har anført, dels at Metro ikke har søgsmålsinteresse, dels at selskabet ikke udøver grossist- men detailhandelsvirksomhed og ikke opfylder de formelle betingelser for optagelse i SABA-systemet. For det andet berøres Metro ifølge SABA ikke umiddelbart og individuelt af den anfægtede beslutning, da den ikke blev udstedt på anmodning af Metro, jfr. artikel 3, stk. 2, litra b, i forordning nr. 17. Det er ikke tilstrækkeligt, at Metro eventuelt måtte være interesseret i at købe SABA-produkter. Jeg skal senere i forslagets tredje afsnit gennemgå de argumenter, som navnlig Kommissionen har fremført skriftligt og mundtligt til støtte for, at sagen admitteres.

2.2. I sit *første anbringende* vedrørende realiteten har Metro gjort gældende, at Kommissionen har begået magtfordrejning, idet den ikke ved anvendelsen af artikel 85, stk. 1, har taget hensyn til de af Domstolen

g 26/76 fastsatte betingelser. Selskabet har her navnlig henvist til præmis 22 i nævnte dom. Det har i replikken anført, at selv et såkaldt »simpelt« selektivt salgssystem kun er omfattet af artikel 85, stk. 1, når det findes på et marked med effektiv konkurrence. De af Domstolen i den første Metro-sag fastsatte betingelser er tilsidesat af Kommissionen, som heller ikke har taget hensyn til Domstolens domme af 10. juli 1980 i sag 99/79 (Lancôme, Sml. 1980, s. 2511) og 11. december 1980 i sag 31/80 (L'Oréal, Sml. 1980, s. 3775).

Det forenede Kongeriges regering har ligeledes anført, at Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad har taget hensyn til den første Metro-dom samt den sidste af de ovennævnte domme.

Kommissionen har vedrørende det første anbringende i duplikken gjort gældende, at det ikke som hævdet af Metro er en forudsætning for simple selektive salgssystemers forenelighed med artikel 85, stk. 1, at de ikke påvirker konkurrencen mærkbart. Følgelig har en eventuel koncentration af sådanne sys temer ingen betydning for spørgsmålet, om de er forenelige med artikel 85, stk. 1. Kun ved gennemgangen af muligheden for at anvende artikel 85, stk. 3, skal der tages hensyn til, om der består tilsvarende systemer.

Også *SABA* har vedrørende anvendelsen af artikel 85, stk. 1, anført, at det er irrelevant, om et »simpelt« selektivt salgssystem udelukker selvbetjeningsforretninger, *når* de ikke opfylder kvalifikationskravene, *om* markedet er stærkt koncentreret, eller *om* prisstrukturen er stiv. Ligeledes ifølge SABA har disse aspekter kun betydning for anvendelsen af artikel 85, stk. 3.

Forbundrepublikken Tysklands regering har navnlig gjort gældende, at prisstrukturen siden 1975, uafhængigt af antallet af selektive salgssystemer, absolut ikke er blevet stivere, men snarere smidigere, navnlig på grund af den japanske konkurrence.

Jeg skal senere under gennemgangen af dette anbringende vende tilbage til parternes skriftlige og mundtlige indlæg til belysning af deres standpunkt vedrørende anbringendet.

2.3. I det *andet anbringende* har sagsøgeren anført, at det er udtryk for magtfordrejning at meddele fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3. Under henvisning til Mackintosh-rapporten, som Kommissionen har fremlagt, har sagsøgeren, for så vidt angår det problem, som jeg anser for centralt, navnlig anført, at de selektive salgssystemer i virkeligheden har til formål, til skade for forbrugerne, at udelukke de lavprisvarehuse, som efter producenternes opfattelse kan skade deres produkters »image«. I denne forbindelse har Metro vedrørende kriteriet »fordele for forbrugerne« henvist til de skridt, der den 25. juni 1980 er taget af Kontoret for de europæiske forbrugerorganisationer (BEUC) i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17, idet BEUC udtalte sin bekymring over en ny fritagelse for SABA's vedkommende og udbredelsen af selektive salgssystemer inden for denne sektor. De andre argumenter til støtte for dette anbringende vedrører især SABA-aftalerne. Det forenede Kongeriges skriftlige indlæg vedrører ligeledes navnlig SABA-systemet, selv om det også har fremlagt en rapport vedrørende markedsstrukturen. Det forenede Kongerige har imidlertid først ved gennemgangen af det fjerde anbringende behandlet markedsstrukturen i detaljer.

Under skriftvekslingen har Kommissionen og SABA i forbindelse med dette ingende

også kun taget stilling til SABA-systemet og dets markedsandel. Ud over Metro har alene Forbundsrepublikken Tysklands regering ligeledes under skriftvekslingen mere generelt behandlet markedsstrukturen. Ifølge den tyske regering bør en forhandler aldrig kunne gennemtvinge sin salgspolitik over for producenterne. Om de forskellige distributionsformer slår an, bør derimod udelukkende afhænge af forbrugeren. Dette sikres ved det store antal af europæiske og japanske leverandører, som anvender forskellige salgssystemer, samt af det store udvalg af distributionsformer. De selektive salgssystemer i Forbundsrepublikken Tyskland er heller ikke generelt til hinder for, at selvbetjeningsgrossister forhandler de omhandlede produkter. Tværtimod er denne distributionsforms markedsandel ikke ubetydelig på det tyske marked.

2.4. I *tredje anbringende* har Metro gjort gældende, at Kommissionen har begået magtfordrejning ved ikke at tage hensyn til den faktiske gennemførelse af SABA-aftalerne, som Metro gennemgår i detaljer.

2.5. I *fjerde anbringende* har Metro gjort gældende, at Kommissionen har begået magtfordrejning ved at støtte den anfægtede beslutning på begrænsede, ufuldstændige og forældede oplysninger. Metro har her bestridt, at Mackintosh-rapporten danner et forsvarligt grundlag for den anfægtede beslutning. Den blev nemlig først færdiggjort to måneder efter udstedelsen af beslutningen, og den berører ikke problemer, som er relevante for sagen. Rapporten er imidlertid det eneste bevis, som Kommissionen har fremlagt til støtte for sin beslutning. I august 1984 foretog Metro selv en undersøgelse af detailhandlernes fortjenstmargen på markedet for farvefjernsynsapparater i Forbundsrepublikken Tyskland og Det forenede Kongerige, som førte til helt andre resultater.

Det forenede Kongerige har også gjort gældende, at Kommissionen i denne forbindelse ikke igen undersøgte alle for sagen relevante aspekter i lyset af den aktuelle markedssituation. Følgelig er de argumenter, som Kommissionen har fremført til støtte for konklusionen i den anfægtede beslutning, ikke tilstrækkelige, da konklusionen ikke støttes på tilgængelige beviser. Kommissionen har nemlig ikke i tilstrækkelig grad taget hensyn hverken til de ændringer, der er indtrådt i den globale distributionsstruktur for de omhandlede produkter, virkningerne af disse ændringer på konkurrencen eller den forøgede koncentration af produktionen i den berørte sektor. Det forenede Kongerige har her henvist til en undersøgelse foretaget af R. M. Grant fra London Business School vedrørende selektive salgssystemer i Det forenede Kongerige og deres anvendelse.

Kommissionen har heroverfor anført, at den i den anfægtede beslutning har behandlet relevante aspekter for markedsstrukturen i hele Fællesskabet. Kommissionen har yderligere benægtet, at konkurrencevilkårene på markedet er påvirket mærkbart af den forøgede koncentration, der for nylig har fundet sted i den berørte sektor, og den har i denne forbindelse henvist til resultaterne af den i februar 1984 udfærdigede Mackintosh-rapport.

2.6. Metro har i *femte anbringende* anført, at Kommissionen ved at meddele fritagelse for SABA-systemet, jfr. artikel 85, stk. 3, har gjort det muligt for SABA og Thomson-Brandt-koncernen at misbruge en dominerende stilling på markedet for underhold-

ningselektronikken i almindelighed og i særdeleshed på markedet for farvefjernsynsapparater og videoapparater. Siden de blev overtaget, har Thomson-Brandt-koncernens virksomheder udgjort en økonomisk enhed, som har en dominerende stilling på de enkelte delmarkeder inden for markedet for varige forbrugsgoder i den elektroniske sektor, jfr. de af Domstolen fastsatte kriterier i dommene af 13. februar 1979 (85/76, Hoffmann-La Roche, Sml. s. 461) og 14. juli 1972 (48/69, ICI, Sml. s. 151). Ved at indføre et konkurrencebegrænsende salgssystem og navnlig ved at nægte at forsyne Metro har SABA misbrugt sin stilling på markedet, jfr. Domstolens senere praksis (dom af 21. februar 1984, 86/82, Hasselblad, Sml. s. 883; dom af 14. februar 1978, 27/76, United Brands, Sml. s. 207).

Kommissionen har heroverfor anført, at de forskellige virksomheder i Thomson-Brandt-koncernen har bevaret deres uafhængighed på distributionsområdet, og at deres salgssystemer er indbyrdes forskellige på væsentlige punkter. Det er derfor SABA's markedsposition og ikke hele Thomson-Brandt-koncernens, der skal tages i betragtning for at vurdere, om der foreligger en dominerende stilling. Metro har hverken godtgjort eller hævdet, at SABA's andel på det relevante marked skulle være steget med 5-10% siden 1977. Selv om det var med rette, at Metro gik ud fra markedsandelene for de virksomheder, som tilhører Thomson-Brandt-koncernen i sin helhed, giver Metro's tal efter Kommissionens opfattelse ikke noget bevis på, at der foreligger en dominerende stilling. For så vidt angår produkterne inden for underholdningselektronikken, indtager denne koncern nemlig ikke en dominerende stilling på hele fællesmarkedet eller på en væsentlig del heraf, og det er derfor unødvendigt at undersøge, om der eventuelt foreligger misbrug af en dominerende stilling.

SABA har fremhævet, at Thomson-Brandt-koncernens tyske virksomheder ikke har en dominerende stilling på markedet. Hvis det var tilfældet, ville Bundeskartellamt ikke have tilladt Thomson-Brandt-koncernen at overtage tyske virksomheder i perioden fra 1979 til 1983.

Forbundsrepublikken Tysklands regering har også bestridt Metro's opfattelse, hvorefter Thomson-Brandt eller SABA indtager en dominerende stilling. Regeringen har yderligere anført, at selv en virksomhed, som har en dominerende stilling, har ret til at nægte at sælge til en handlende, som ikke opfylder de kvalitative kriterier for at opnå autorisation. Navnlig når den pågældende virksomhed har indført et selektivt salgssystem længe inden, den opnåede en dominerende stilling, foreligger der ikke misbrug af en dominerende stilling.

2.7. I *sjette anbringende* har Metro gjort gældende, at den anfægtede beslutning ikke blot indebærer en forlængelse af den oprindelige fritagelse, men en ny fritagelse, når henses til de af SABA gennemførte betydelige ændringer af det oprindelige system. Da der ikke formelt er foretaget en ny anmeldelse af det ændrede SABA-system, jfr. artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 17, var Kommissionen ikke beføjet til at indrømme SABA fritagelse i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3. I alt fald afviger den konkrete anvendelse af SABA-systemet væsentlig fra de oprindeligt anmeldte betingelser og betingelserne i de nye standardaftaler.

Metro har i *replikken* anført, at Kommissionen selv har sondret mellem de tidligere SABA-aftaler og de gældende aftaler, idet den i beslutningen har udtalt, at salgsaftalerne er blevet ændret gentagne gange. Metro har her henvist til Domstolens dom af 10. juli 1980 (30/78, Distillers, Sml. s. 2229).

Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at ifølge Kommissionens forordning nr. 27 af 6. februar 1962 (EFT 1959-1962, s. 123) krævedes der ikke en ny anmeldelse i den foreliggende situation, når der var tale om forlængelse af en fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3, som var udløbet. Den oprindelige anmeldelse af SABA-systemet dækker nemlig senere ændringer og forbedringer, som forskriftsmæssigt blev anmeldt til Kommissionen. I så fald kræves der ifølge artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 17 blot, at virksomheden indsender en ansøgning. Selv om det af Metro oplyste skulle vise sig at holde stik, ændrer det intet ved Kommissionens kompetence til at fritage SABA-systemet i dets nuværende udformning, men kan udelukkende begrunde en tilbagekaldelse af den SABA meddelte fritagelse, jfr. artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 17.

I *duplikken* har Kommissionen anført, at en anmeldelse efter forordning nr. 17 simpelt hen efter dens opfattelse svarer til en ansøgning om fritagelse, og at der herved indføres en tidsmæssig begrænsning, som den tilbagevirkende fritagelse normalt ikke må overskride. Efter anmeldelse af en aftale er det tilstrækkeligt at meddele senere ændringer til Kommissionen, uden at der skal foretages en formel anmeldelse for at opfylde kravet om nøjagtighed og fuldstændighed. Såfremt dette krav ikke opfyldes, kan der pålægges en bøde i medfør af artikel 15, stk. 1, litra a), i forordning nr. 17.

SABA har tilsluttet sig den opfattelse, at der ikke stilles formalitetskrav til en ansøgning om forlængelse eller fornyelse i henhold til artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 17. Det samme gælder de ændringer i aftalerne, som er meddelt Kommissionen under proceduren. Det ville være meningsløst at stille krav om fornyet anmeldelse på et A/B skema ved hver enkelt ændring af en aftaletekst.

Forbundsrepublikken Tysklands regering har tilsluttet sig Kommissionens og SABA's opfattelse på dette punkt. Ifølge den tyske regering er den af Metro anbefalede fremgangsmåde ikke blot unødig formalistisk, men den gør ligeledes proceduren uanvendelig.

2.8. *Sammenfatning*

Sammenfattende mener jeg, at det i begyndelsen af mit forslag omtalte afgørende nye spørgsmål — nemlig om Kommissionen i tilstrækkelig grad, især når henses til Domstolens dom i den første Metro-sag, har taget hensyn til den almindelige markedsstruktur inden for underholdningselektronikken — navnlig skal gennemgås under behandlingen af det første anbringende (vedrørende anvendelsen af artikel 85, stk. 1), det andet anbringende (vedrørende anvendelsen af artikel 85, stk. 3) og det fjerde anbringende (beslutningens materielle grundlag). Et mere begrænset aspekt af det centrale spørgsmål (det påståede misbrug af en dominerende stilling) behandles yderligere i det femte anbringende. Det sjette anbringende vedrører proceduren, og som allerede anført skal jeg tage stilling til dette spørgsmål samt til formalitetsspørgsmålet i følgende afsnit af mit forslag.

3. Anbringender vedrørende proceduren

3.1. *Indledende bemærkning*

Der består en klar sammenhæng mellem det af SABA rejste formalitetsspørgsmål og sagsøgerens sjette anbringende. SABA har nemlig støttet sin formalitetsindsigelse på den af Kommissionen fulgte procedure med henblik på at forny den tidligere meddelte fritagelse (i hvilket tilfælde artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17 ikke kan anvendes), hvilken procedure ifølge sagsøgeren er i strid med forordning nr. 17. Jeg skal derfor behandle disse to processuelle anbringender i dette afsnit.

3.2. *Formaliteten*

Kommissionen har udtrykt sig klarest om formaliteten under den mundtlige forhandling. Formalitetsspørgsmålet skal ifølge Kommissionen behandles på grundlag af de noget videre bestemmelser for tredjemands søgsmålsret til prøvelse af fritagelse meddelt efter traktatens artikel 85, stk. 3. Kommissionen har anført, at Metro opfylder betingelserne, for så vidt selskabet er berørt umiddelbart og individuelt af den anfægtede beslutning. Beslutningen berører sagsøgeren *umiddelbart*, fordi artikel 85, stk. 1, erklæres uanvendelig på SABA's selektive salgssystem. Individuelle fritagelsesbeslutninger af denne art samt beslutninger truffet med hjemmel i artikel 9 i forordning nr. 17 begunstiger en person ved at pålægge en anden person forpligtelser, således som det ifølge Kommissionen med rette er anført af generaladvokat Roemer i sag 25/62 (Plaumann, Sml. 1954-1964, s. 411, navnlig ss. 418 og 419). I forbindelse med fritagelsesbeslutninger pålægges en sådan forpligtelse som direkte følge af selve beslutningen. Gennemførelsesforanstaltninger er ikke nødvendige. Yderligere vedrører denne følge ikke blot reelle muligheder, tilfældigheder eller markedsforventninger, men de berørte virksomheders lovbeskyttede rettigheder. Denne retsbeskyttelse er en direkte følge af det i artikel 85, stk. 1, indeholdte forbuds direkte virkning. Domstolen har ikke blot i sin faste praksis udtrykkeligt fastslået den direkte virkning af artikel 85, stk. 1. Den har yderligere gentagne gange udtalt, at forbudet skaber rettigheder for private, som de kan påberåbe sig i civile sager. Kommissionen har herved navnlig henvist til præmis 16 i Domstolens dom af 30. januar 1974 i sagen BRT mod Sabam (Sml. s. 51).

Når forbudet i artikel 85, stk. 1, skaber individuelle rettigheder for personer, som er umiddelbart berørt af en kartelaftale, bevirker den beslutning, hvorefter forbudet erklæres uanvendeligt, at de berørte personer mister disse rettigheder. Kommissionen har illustreret betydningen af denne konklusion i lyset af den nærværende sag. Uden fritagelsesbeslutningen kunne, eller endog burde SABA og selskabets autoriserede forhandlere sælge til alle kunder, selv ikke-kvalificerede, og sagsøgeren kunne normalt have erhvervet SABA-produkter på den ene eller den anden måde. Hvis SABA og dets forhandlere på grundlag af en samordnet salgspolitik nægtede at sælge, kunne sagsøgeren rejse et civilt søgsmål med påstand om, at det pålægges selskaberne at levere, eller at de tilpligtes at betale erstatning.

Kommissionen har anført, at sagsøgeren også berøres *individuelt* af den anfægtede beslutning. På grundlag af de af Domstolen

fastlagte kriterier må der navnlig sondres mellem sagsøgeren og andre virksomheder, som ligeledes berøres umiddelbart af beslutningen, for så vidt sagsøgeren har fremsendt skriftlige bemærkninger til Kommissionen både før og efter offentliggørelsen af Kommissionens hensigt til igen at fritage SABA's selektive salgssystem, jfr. artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17. Det er blandt andet også sagsøgerens bemærkninger, som udtrykkeligt nævnes i beslutningens afsnit I under C, og som derefter afvises i beslutningens afsnit II. Kommissionen har anført, at fremsættelsen af sådanne bemærkninger individualiserer sagsøgeren på samme måde som ved indgivelsen af en klage, jfr. dommmen i den første Metro-sag (og artikel 3 i forordning nr. 17). Kommissionen mener, at en anmodning om at blive hørt eller fremsættelsen af skriftlige bemærkninger på grundlag af en offentliggørelse, jfr. forordningens artikel 19, stk. 2, er den normale fremgangsmåde ved klager over en påtænkt fritagelse. På grundlag af således indhentede oplysninger kan Kommissionen eventuelt afslå begæringen om forlængelse af fritagelsen. For så vidt angår andre berørte virksomheder, er det af de allerede nævnte grunde ufornødent ud over deres bemærkninger at tage yderligere skridt mod kartellet. Såfremt det antages, at der som følge af disse bemærkninger ikke meddeles fritagelse, må det nemlig formodes, at de berørte virksomheder på grundlag af offentliggørelsen ønsker at overholde traktatens regler, efter at fritagelse er nægtet, og at de undlader at opretholde kartellet, også selv om de ikke udtrykkeligt meddeles påbud herom. Endelig har Kommissionen anført, at formalitetsspørgsmålet ikke kun kan rejses af de virksomheder, som har godtgjort, at der består et særligt forhold til Kommissionen. Den omstændighed, at en virksomhed er part i en civil sag for en national ret, som omfatter en eller flere medlemmer af det anfægtede kartel, individualiserer for eksempel i tilstrækkelig grad en virksomhed til, at en af den anlagt sag kan admitteres, forudsat at den civile sag allerede verserede, da beslutningen blev udstedt.

Idet jeg begrænser mig til de dele af denne argumentation, som vedrører spørgsmålet om realitetsbehandling af en sag, som tredjemand har anlagt mod en fritagelsesbeslutning, finder jeg den overbevisende. Jeg kan derfor tilslutte mig den opfattelse, at sagen kan antages til realitetsbehandling, da den opfylder de under disse indlæg med rette opstillede kriterier. Kommissionen har klart bestræbt sig på at fremstille sit standpunkt så fuldstændigt som muligt, således at det ligeledes kan anvendes i andre sager end den her foreliggende. Derfor har jeg fundet det hensigtsmæssigt for retspraksis at gengive næsten hele Kommissionens argumentation. Da SABA's ovennævnte argumenter til støtte for afvisning af sagen indirekte tilbagevises i Kommissionens indlæg, skal jeg ikke særskilt gå ind på disse argumenter.

3.3. *Sagsøgerens sjette anbringende*

Som allerede udførligt forklaret har sagsøgeren anført, at den anfægtede beslutning ikke indeholder en forlængelse af den oprindelige fritagelse, men en ny fritagelse, som først kan meddeles efter en ny formel anmeldelse af det ændrede SABA-system, jfr. artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 17. Af de af Kommissionen påberåbte, ovennævnte grunde kan jeg tilslutte mig dens synspunkt, hvorefter der simpelt hen her er tale om en forlængelse, som ifølge artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 17 — efter simpel meddelelse af de foretagne ændringer — kun kræver indgivelse af en begæring. Som anført af SABA og den tyske regering ville det være urimeligt for hver enkelt ændring af aftalen at kræve en ny anmeldelse på et A/B skema. Følgelig kan sagsøgerens sjette anbringende efter min opfattelse ikke lægges til grund.

4. Stillingtagen til de væsentligste anbringender vedrørende realiteten

4.1. *Indledende bemærkninger*

a) Under den mundtlige forhandling har Kommissionen endnu en gang fremført det synspunkt, at fællesmarkedet ved vurderingen af den foreliggende sag bør anses for *det* relevante geografiske marked.

SABA's selektive salgssystem omfatter nemlig reelt hele Fællesskabet. Denne omstændighed udelukker dog på ingen måde, at det tyske marked *ligeledes* bør anses for *ét* relevant geografisk marked i den foreliggende sag. Som allerede nævnt i mit forslag til afgørelse af 21. juni 1983 i sag 322/81 (NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen, Sml. 1983, s. 3529, navnlig s. 3534) kan »en virksomhed ... udmærket være aktiv på verdensmarkedet uden dér at have nogen dominerende stilling og samtidig have en dominerende stilling i fællesmarkedet eller på en eller flere medlemsstaters nationale marked«. Det samme gælder, med de af forholdet flydende ændringer, for et kartel i almindelighed eller et selektivt salgssystem i særdeleshed, som på et bestemt nationalt marked kan have en stærkere konkurrencebegrænsende virkning end på andre nationale markeder eller fællesmarkedet i sin helhed. Det kan dels skyldes egen markedsandel dels vedkommende nationale markedsstruktur i almindelighed. I forbindelse med selektive salgssystemer må der her navnlig tages hensyn til andre producenters parallelle adfærd, hvad enten den er udtryk for samordnet praksis eller ikke.

Yderligere findes der en almindelig og en særlig grund til, at det tyske marked *ligeledes* bør betragtes som et relevant marked ved vurderingen af SABA-systemet.

Den almindelige grund er, at det fælles marked som bekendt langt fra er gennemført. Det blev endnu en gang kraftigt fremhævet for nylig af Kommissionen i en hvidbog om dette emne. De frie varebevægelser hæmmes navnlig fortsat af talrige tekniske, administrative og afgiftsmæssige handelshindringer, hvortil yderligere kommer hindringer på vejtransportområdet. Kommissionen har beregnet de årlige omkostninger ved disse handels- og transporthindringer for hele erhvervslivet til cirka 125 mia HFL om året, og blandt andet tekniske og afgiftsmæssige handelshindringer samt transportomkostninger spiller ligeledes en rolle for farvefjernsynsapparater, hvis Metro måtte ønske at erhverve dem i andre medlemsstater. Mackintosh-rapporten, som er udfærdiget på Kommissionens initiativ, nævner, at der navnlig i Forbundsrepublikken Tyskland også findes tekniske handelshindringer i denne sektor. Så længe der består sådanne handelshindringer, må medlemsstaternes nationale markeder også betragtes som relevante markeder ved anvendelsen af EØF-traktatens artikler 85 og 86. I mit forslag til afgørelse af 19. juni 1985 i sag 161/84 (Pronuptia, Sml. 1986, s. 355) har jeg allerede gjort rede for, hvorfor amerikansk retspraksis vedrørende vertikale aftaler under denne synsvinkel kun med de nødvendige forbehold kan tjene som retningslinie for EØF-praksis.

For så vidt angår selektive salgssystemer i Forbundsrepublikken Tyskland, er der yderligere en særlig grund til at betragte det tyske marked som et relevant marked. Det er under retsforhandlingerne oplyst, at sådanne selektive salgssystemer kun anses for retligt gyldige efter tysk ret (med henblik på søgsmål om illoyal konkurrence), når de håndhæves »lückenlos«, det vil sige ubegrænset og undtagelsesfrit. De produ-

center, som ønsker at håndhæve et sådant system i Tyskland, er i virkeligheden derfor nødt til ligeledes at hindre import eller reimport via andre distributionskanaler end det selektive salgssystem. SABA-systemet, som dækker hele Fællesskabets område, har med andre ord til formål at hindre parallelimport via andre distributionskanaler end de udenlandske autoriserede SABA-forhandlere.

b) Som allerede tidligere nævnt i mit forslag kritiseres Kommissionen i stævningen navnlig for ikke i tilstrækkelig grad i sin beslutning at have taget hensyn til kravet ifølge den første Metro-dom, hvorefter strukturen på det relevante produktmarked normalt også skal undersøges. Som allerede nævnt uddybes klagepunktet i stævningen, og det gentages generelt i det fjerde anbringende med henblik på anvendelsen dels af artikel 85, stk. 1, dels af artikel 85, stk. 3.

Jeg skal derfor først gennemgå de relevante præmisser i den første Metro-dom i detaljer (4.2.). Derefter behandler jeg sagsøgerens fjerde anbringende, hvor klagepunktet formuleres mest generelt (4.3.). Først herefter tager jeg successivt stilling til (4.4.) sagsøgerens første anbringende (som vedrører det væsentlige klagepunkt sat i relation til artikel 85, stk. 1), (4.5.) det andet anbringende (vedrørende anvendelsen af artikel 85, stk. 3) og (4.6.) det femte anbringende (vedrørende den manglende hensyntagen til artikel 86). Endelig sammenfatter jeg resultatet af min gennemgang af sagsøgerens væsentligste anbringender vedrørende realiteten.

4.2. *De relevante præmisser i den første Metro-dom*

Det fremgår *for det første* af præmis 20, tredje afsnit, i den første Metro-dom, at Domstolen betragter den generelle markedsstruktur som relevant for vurderingen af, om artikel 85 finder anvendelse på selektive salgssystemer. Domstolen har her fastslået, at med hensyn til varige og teknisk udviklede forbrugsgoder af høj kvalitet »er markedsstrukturen ikke til hinder for *indbyrdes forskellige afsætningskanaler*, som er tilpasset de forskellige producenters særlige behov *og de forskellige forbrugergruppers ønsker*« (min fremhævelse). I fjerde afsnit af samme præmis fastslog Domstolen, at »når henses til det... anførte, har Kommissionen korrekt antaget, at selektive salgssystemer udgør en *blandt flere* konkurrenceformer, som er i overensstemmelse med artikel 85, stk. 1, såfremt ...« (herefter følger kravet om objektive kvalitetskriterier). Ved at anvende udtrykket »blandt flere« henviser Domstolen efter min opfattelse klart til andre distributionskanaler end de af det foregående afsnit omfattede.

I præmis 21, femte afsnit, fastslog Domstolen:

»bestræbelsen på for specialgrossisters og specialdetailhandleres vedkommende at opretholde et bestemt prisniveau, der i forbrugernes interesse sikrer, at denne salgskanal fortsat består ved *siden af nye distributionsformer* med en anden konkurrencepolitik, hører til de mål, som kan forfølges uden nødvendigvis at falde ind under forbudet i artikel 85, stk. 1, og skulle dette helt eller delvis blive tilfældet, vil de kunne omfattes af artikel 85, stk. 3.«

Ovennævnte betragtninger sammenfattes og uddybes herefter i præmis 22, første, andet og tredje afsnit, der lyder således:

»Selv om det fremgår af de af parterne fremlagte tal vedrørende spørgsmålet, om SABA-forhandlerne konkurrerer på priserne, at der findes en vis fastlåst prisstruktur, kan det imidlertid ikke antages, at konkurrencen inden for underholdningselektronikken er begrænset eller ophævet, navnlig fordi såvel andre faktorer i konkurrencen mellem artikler af samme mærke

(intrabrand) som en effektiv konkurrence mellem forskellige mærker gør sig gældende; Kommissionen skal imidlertid drage omsorg for, at denne struktur ikke yderligere stivner, hvilket vil kunne ske, såfremt antallet af selektive distributionsnet til afsætning af den samme vare vokser; ved at begrænse gyldigheden af den begærede fritagelse til den 21. juli 1980 har Kommissionen forbeholdt sig mulighed for inden for rimelig frist at tage følgerne af sin beslutning op til fornyet prøvelse med henblik på nævnte forhold.«

Ud fra det, jeg tidligere har fastslået, og hvorefter Kommissionen i den første SABA-beslutning — samt i den anden her anfægtede SABA-beslutning med undtagelse af et enkelt punkt — kun har undersøgt SABA-systemet, når jeg til det resultat, at Domstolen i ovennævnte præmisser har givet udtryk for det standpunkt, at det for at vurdere et individuelt selektivt salgssystem som det her foreliggende på grundlag af artikel 85, stk. 1 og 3, er afgørende at fastslå, om der ud over det omhandlede distributionssystem i tilstrækkelig grad findes andre »afsætningskanaler« (præmis 20) eller »nye distributionsformer« (for eksempel supermarkeder og discountforretninger) (præmis 21) for at opfylde »de forskellige forbrugergruppers ønsker« (præmis 20). Denne opfattelse falder i tråd med Domstolens tidligere praksis, navnlig Haecht-dommen (23/67, Sml. 1965-1969, s. 421, navnlig s. 423) hvor Domstolen vedrørende de omtvistede bryggerikontrakter udtalte følgende:

»ved bedømmelsen af, om en aftale rammes af artikel 85, stk. 1, kan aftalen således ikke isoleres fra denne sammenhæng, dvs. fra de faktiske eller retlige omstændigheder, der bevirker, at aftalen hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen; i denne forbindelse kan fremkomsten af andre lignende aftaler tages i betragtning, for så vidt helheden af aftaler af denne art kan begrænse den frie handel.«

Som allerede nævnt i mit forslag til afgørelse af 19. juni 1985 i sag 161/84 (Pronuptia) under punkt 3.3. fremgår det af femte præmis i Domstolens dom i sagen Bilger mod Jehle (43/69, Sml. 1970, s. 23), at Domstolen i denne forbindelse ligeledes tænkte på distributionssystemer med lignende udelukkelsesvirkninger til skade for tredjemand (her andre producenter), som anvendes af andre producenter.

Ved bedømmelsen af den foreliggende sag er det i denne forbindelse væsentligt, at det klart fremgår af de to nævnte domme, at der allerede skal tages hensyn til den parallelle konkurrencebegrænsende virkning af flere eneforhandlingssystemer (bryggerikontrakter i ovennævnte domme, her selektive salgssystemer) ved anvendelsen af artikel 85, stk. 1, og ikke kun ved anvendelsen af artikel 85, stk. 3.

I mit forslag til afgørelse i Pronuptia-sagen understregede jeg yderligere, at det ifølge amerikansk retspraksis efter Sylvania-dommen fra 1977 generelt også antages, for så vidt angår vertikal konkurrencebegrænsning (eneforhandlingsaftaler), at det er nødvendigt at tage hensyn til, om der består en effektiv konkurrence med andre produkter på det relevante produktmarked. Andre indbyrdes forskellige distributionssystemer skal herved ligeledes tages i betragtning. Som også anført i mit forslag sondrede amerikansk retspraksis ikke, da

Sylvania-dommen blev afsagt, mellem de forskellige typer selektive salgssystemer, såsom eneforhandlingsaftaler, selektive salgssystemer og franchising. En sådan sondring blev ifølge de forfattere, jeg dengang nævnte, først indført senere. Under alle omstændigheder er den opfattelse, som Sylvania-dommen gav udtryk for, og Domstolens tilsvarende opfattelse ifølge dommene i sagerne Haecht I, Bilger mod Jehle og Metro I, efter min opfattelse i overensstemmelse med kravet om en i økonomisk henseende realistisk opfattelse, for så vidt angår den effektive konkurrence, som bør sikres i kraft af den politik, der føres på kartelområdet. Det er urealistisk i denne forbindelse udelukkende at tage et enkelt salgssystem eller en enkelt vertikal aftale i betragtning uden samtidig at tage hensyn til de parallelle virkninger af andre salgssystemer eller vertikale aftaler. Som jeg også anførte i mit forslag til afgørelse i Pronuptia-sagen er en individuel, vertikal prisbinding et andet tydeligt eksempel på, at vertikale aftalers konkurrencebegrænsende virkning normalt ikke skyldes den enkelte aftale, men først og fremmest den samlede virkning af tilsvarende distributionssystemer indført af et vist antal producenter.

For så vidt angår de selektive salgssystemer i særdeleshed, finder jeg det indlysende, at det for at vurdere et individuelt system er tilstrækkeligt i overensstemmelse med præmis 20, fjerde afsnit, i den første Metro-dom at kræve, at »udvælgelsen af videreforhandlere sker på grundlag af objektive kvalitetskriterier for videreforhandlerens og hans personales faglige dygtighed og hans salgslokalers beskaffenhed,« og at »disse betingelser fastsættes ens for alle mulige videreforhandlere og anvendes uden diskriminering.« Når der er et tilstrækkeligt antal andre producenter og et tilstrækkeligt antal forskellige distributionssystemer som forudsat af Domstolen i præmis 20, tredje afsnit, bevirker konkurrencen med andre salgssystemer (herunder »nye distributionsformer« som de i præmis 21 omhandlede), at de »objektive kvalitetskriterier« ikke er for krævende. Denne garanti består dog ikke, hvis de største konkurrenter anvender et tilsvarende system, som udelukker levering til visse distributionssystemer (eksempelvis »cash-and-carry«-forretninger uden kvalificeret personale og som følge heraf uden forpligtelse til at yde service før og efter salget). Tilblivelseshistorien af den nederlandske lovgivning vedrørende etablering af detailhandelsvirksomheder, som stammer fra 30'erne (men som blev opretholdt adskillige år efter krigen), og som også kun anvendte »objektive kvalitetskriterier«, er et tydeligt eksempel på de konkurrencebegrænsende virkninger af sådanne objektive kvalitetskriterier, når de anvendes generelt. Disse virkninger, som på grund af høje kvalitetskrav begrænsede adgangen til markedet, var i øvrigt bevidst tilsigtet, og gennemførelsen af dette formål (som gav sig udtryk i et regelmæssigt fald i antallet af detailhandlere) blev oprindelig, selv efter krigen, betragtet som et bevis på lovgivningens succes. På grund af de konkurrencebegrænsende virkninger af »nye distributionsformer«, navnlig over for detailhandlere, som ikke havde specialiseret sig i salg af bestemte produkter, undergik lovgivningen imidlertid senere en gennemgribende sanering, for at disse nye distributionsformer kunne udvikle sig.

4.3. *Fjerde anbringende*

I det fjerde anbringende har Metro som allerede nævnt gjort gældende, at Kommis-

sionen har udøvet magtfordrejning ved at træffe den anfægtede beslutning på grundlag af begrænsede, ufuldstændige og forældede statistiske oplysninger.

Såvel sagsøgeren som Det forenede Kongeriges regering, som er indtrådt som intervenient til støtte for sagsøgeren, har navnlig kritiseret Kommissionen for ikke at have støttet sin beslutning på en generel markedsundersøgelse som den i den første Metro-dom nævnte.

Jeg mener, at dette anbringende bør lægges til grund. Når man læser den anfægtede beslutning, viser det sig, at Kommissionen hverken i afsnittet om de faktiske omstændigheder eller i afsnittet om den retlige vurdering behandler den generelle markedsstruktur. Denne mangel må anses for så meget mere graverende, som Kommissionen i beslutningens punkt I C udtrykkeligt under de af tredjemand fremsatte betænkeligheder ved at fritage SABA-salgssystemet har nævnt, at »dets skadelige virkninger er så meget mere graverende, som der også er mange andre producenter inden for denne branche, der har indført lignende salgssystemer og en fritagelse vil få en negativ præcedensvirkning.

Ganske vist nævnes det i beslutningen i forbindelse med den retlige vurdering af SABA-systemet i forhold til artikel 85, stk. 3, litra b), at »Kommissionen... ligeledes ikke [har] kunnet konstatere, at bestemte salgsformer som lavsprisvarehuse og selvbetjeningsbutikker i engros- og detailleddet som følge af udbredelsen af selektive salgssystemer... er blevet udelukket fra salget af disse produkter.« Som nævnt er der imidlertid intet i beslutningen, som tyder på, at den rent faktisk tog udgangspunkt i en reel undersøgelse af denne væsentlige konklusion. Hvad således angår den rapport (Mackintosh-rapporten), som Kommissionen har påberåbt under retsforhandlingerne, anerkendte den under den mundtlige forhandling, at den først blev udarbejdet to måneder efter beslutningen. Dette bekræfter, at beslutningen ikke støttedes på en generel markedsundersøgelse, og den nævnte betragtning, hvorefter »Kommissionen... ligeledes ikke [har] kunnet konstatere ...«, giver derfor stof til eftertanke. Jeg skal senere vende tilbage til andre klagepunkter i forbindelse med denne betragtning, når jeg tager stilling til sagsøgerens andet anbringende. Det fastslås faktisk i denne betragtning, at »nye distributionsformer« udmærket kan anerkendes, såfremt der herved gives afkald på omkostningsbegrænsende konkurrencefordele.

Navnlig Det forenede Kongeriges regering har i besvarelse af et spørgsmål fra den refererende dommer redegjort for de faktiske momenter vedrørende markedsstrukturen, som eksempelvis bør anses for væsentlige i denne forbindelse, men som ikke er behandlet i beslutningen, nemlig:

a) Udbredelsen af (anmeldte eller ikke-anmeldte) selektive salgssystemer, eventuelt begrænset til fastsættelse af objektive kriterier, jfr. den første Metro-dom, med eller uden supplerende krav til handelen af samme omfang som SABA-systemet.

b) Den reelle økonomiske betydning af SABA's tilhørsforhold til Thomson-Brandt-koncernen.

c) De praktiske virkninger af det selektive salgssystem på det relevante marked; i denne forbindelse må det ligeledes fastslås, i hvilket omfang lager- og indkøbsforpligtelser i realiteten binder en forhandler til en bestemt producent; dernæst virkningerne af de omkostninger, som skyldes disse eller andre forpligtelser (eksempelvis gratis serviceordning) på fortjenestmargen og priser (virkningerne på et stift prissystem); bestående distributionssystemers indflydelse på prisforskelle mellem medlems-

staterne; spørgsmålet om i hvilket omfang kvalitetskravene for detailhandelen også skal gælde engroshandelen.

d) Den reelle berettigelse af de kvalifikationskrav, som et vist antal producenter stiller til forhandlere for *alle* de for sagen relevante produkter.

Til disse spørgsmål, som jeg også finder relevante, skal jeg kun bemærke, at hverken Kommissionens beslutning eller den senere Mackintosh-rapport indeholder et klart svar. Mackintosh-rapporten bruger nemlig kun tre sider og tre tabeller på behandlingen af distributionsstrukturen, og den indeholder kun ganske generelle oplysninger.

4.4. *Første anbringende*

Metro har i det første anbringende som allerede nævnt gjort gældende, at Kommissionen har udøvet magtfordrejning, idet den ikke ved anvendelsen af artikel 85, stk. 1, tog hensyn til de af Domstolen i sag 26/76 fastsatte betingelser, som jeg allerede har gennemgået under punkt 4.2.

Allerede af de under gennemgangen af det fjerde anbringende mere generelt formulerede grunde mener jeg, at også dette anbringende kan lægges til grund. For så vidt angår betydningen af den mangel, hvormed beslutningen er behæftet, når henses til anvendelsen af artikel 85, stk. 1, skal jeg dog yderligere fremsætte følgende betragtninger.

Det fremgår allerede af min gennemgang af Domstolens praksis, at det er nødvendigt at tage hensyn til, om der findes andre distributionssystemer, som udelukker visse grupper leverandører eller købere, når man skal vurdere et ved kontrakt fastlagt distributionssystem i forhold til artikel 85, stk. 1. Det gælder utvivlsomt, når således udelukkede virksomheder under den administrative procedure har givet udtryk for betænkeligheder netop over for udbredelsen af sådanne systemer. Som allerede nævnt fremgår det af selve beslutningen, at det var tilfældet i den her foreliggende sag. Når der er tale om et distributionssystem, som på grund af en række betingelser vedrørende udvælgelse og forpligtelser kun giver mulighed for levering til specialforretninger eller til virksomheder med specialafdelinger, må man efter min opfattelse, når andre distributionssystemer tages i betragtning, nødvendigvis tage hensyn til alle distributionssystemer, hvorefter der kun kan leveres til specialforretninger eller til forretninger med specialafdelinger. For at tage stilling til, om artikel 85, stk. 1, finder anvendelse, mener jeg ikke, det er relevant at afgøre, om der kun anvendes simple objektive kvalitetskriterier for personalets faglige kvalifikationer, eller om der også anvendes kriterier vedrørende virksomhedens lokaler, lager- og indkøbsforpligtelser samt vedrørende forpligtelse til at realisere en bestemt omsætning af de berørte produkter og til at yde service før og efter salget. Også når et stort antal »simple« selektive salgssystemer, som består sideløbende, sammen har en dominerende markedsposition, kan disse »simple« systemer for eksempel indebære, at lavprisvarehuse og supermarkeder, som ikke har en specialafdeling, samt visse konkurrerende virksomhedsformer udelukkes. Ved anvendelsen af artikel 85, stk. 1, skal der således også tages hensyn til, om der findes sådanne »simple« selektive salgssystemer. Imidlertid fremgår det faktisk af beslutningens punkt II A, at Kommissionen ved sin vurdering af, om artikel 85, stk. 1, finder anvendelse, hverken tog hensyn til, om der fandtes andre »mere udviklede« selektive salgssystemer, eller om der fandtes andre »simple« selektive salgssystemer. For så vidt angår

andre »simple« systemer, fremgår det navnlig af punkt 6 i dette afsnit af beslutningen. Kommissionen har også under retsforhandlingerne anført, at de simple selektive salgssystemer aldrig, altså heller ikke ved almindelig anvendelse, kan betragtes som konkurrencebegrænsende, jfr. artikel 85, stk. 1. Den mener, at sådanne simple systemer heller ikke skal anmeldes, hvoraf det kan udledes, at Kommissionen, da den udstedte beslutningen, heller ikke havde en fuldstændig oversigt over disse systemer.

Det af Kommissionen under den mundtlige forhandling anførte, hvorefter præmisserne 22 og 50 i den første Metro-dom kun har betydning ved anvendelsen af artikel 85, stk. 3, litra b), finder jeg ligeledes som allerede anført ukorrekt, når henses til min gennemgang af Domstolens praksis. Jeg har også tidligere nævnt, at Kommissionen derved ligeledes med urette har påberåbt sig dommens præmis 21.

I slutningen af den mundtlige forhandling har Kommissionens repræsentant i besvarelse af mine spørgsmål vedrørende dette aspekt af sagen yderligere tilføjet, at Kommissionens opfattelse af simple selektive salgssystemer indebærer, at Kommissionen først og fremmest varetager de producenters interesser, som efter dens opfattelse frit kan tilrettelægge distributionen af deres produkter efter eget ønske og derved frit kan tilsidesætte de ikke-specialiserede forretningers interesser (ikke-kvalificerede forretninger). Ifølge Kommissionens svar tilsidesættes disse interesser ikke, fordi de berørte ikke-specialiserede forretninger ikke kan sælge produkterne med succes, men fordi producenten ikke vil overlade til den handlende at afgøre, om han vil yde sine kunder service og opfylde visse kvalitetskrav. Kommissionen har her anerkendt, at en producents afgørelse kan påvirkes af, at der findes et stort antal simple selektive salgssystemer. Producenten kan så, hvis specialforretningerne i modsat fald nægter at købe hans produkter, være tvunget til selv at anvende et selektivt salgssystem. Kommissionen finder, at de ikke-kvalificerede forretningers interesser (det vil sige de forretninger, som ikke kan eller ikke vil opfylde de stillede krav) ikke kan beskyttes (ifølge artikel 85). Det primære formål er vel snarere at beskytte forbrugeren. Så længe producenterne er overbevist om at kunne maksimere deres fortjeneste ved en selektiv distribution, og så længe der findes en effektiv konkurrence, synes forbrugernes interesser at være tilstrækkelig beskyttet. De forbrugere, som ikke ønsker at gøre brug af det selektive salgssystem, kan henvende sig til de ikke-kvalificerede forretninger og således tvinge producenterne til eventuelt at opgive deres selektive distribution. Så længe et flertal af forbrugerne er tilfredse med den selektive distribution, ser Kommissionen derfor ingen grund til at fravige den første Metro-dom. Dette svar på mine spørgsmål belyser på forskellige punkter Kommissionens standpunkt.

For det første bekræfter den fulde ordlyd af Kommissionens svar, at den udelukkende støtter sin politik på dette område på artikel 85, stk. 3. At der findes et stort antal sideløbende selektive salgssystemer, bør derfor ifølge Kommissionen kun tages i betragtning, når der anlægges en vurdering på grundlag af artikel 85, stk. 1. Som allerede anført finder jeg ikke denne opfattelse forenelig med Domstolens praksis. Inden de eventuelle positive virkninger af selektive salgssystemer undersøges på grundlag af artikel 85, stk. 3, er det nødvendigt først at fastlægge de konkurrencebegrænsende virkninger på grundlag af artikel 85, stk. 1. Herved må man følgelig være opmærksom på de allerede beskrevne parallelvirkninger

af parallelle systemer. Ved anvendelse af artikel 85, stk. 3, første led, må der nemlig foretages en »økonomisk afvejning« af de konkurrencebegrænsende virkninger over for de positive virkninger af den konstaterede konkurrencebegrænsning.

For det andet fremgår det af det af mig udførligt gengivne svar på mit spørgsmål, at Kommissionen anerkender, at producenterne, når specialforretningerne har en stor markedsandel, på grund af trusler om boykot fra disse specialforretningers side, kan se sig nødsaget til at indføre et selektivt salgssystem. For så vidt angår producenten, er der faktisk ikke meget tilbage af den af Kommissionen påståede beslutningsfrihed eller af forbrugernes endelige, afgørende valg, som blev nævnt af Kommissionen i slutningen af denne del af svaret. Det er derimod specialforretningerne som i forbindelse med distributionssystemet træffer den endelige afgørelse. Kommissionen har yderligere anerkendt i sit indlæg, at specialforretningerne har en meget stor markedsandel i Forbundsrepublikken Tyskland. Ifølge Mackintosh-rapporten har lavprisvarehusene og supermarkederne i Forbundsrepublikken Tyskland en markedsandel på 5% (mod 15% i Frankrig og 16% i Det forenede Kongerige). De uafhængige specialforretninger har til gengæld — stadig ifølge Mackintosh-rapporten — en markedsandel på 55%, specialiserede udlejningsforretninger en markedsandel på 4% og kædeforretningerne og stormagasinerne en markedsandel på tilsammen 27%. Det må antages, at i det mindste en del af de to sidste kategorier også har specialafdelinger, men rapporten indeholder ingen oplysninger om dette relevante punkt. Kommissionen har imidlertid under den mundtlige forhandling forklaret, at den største tyske postordreforretning (som hører til den resterende kategori, der har en markedsandel på 9%) opfylder SABA-systemets krav. I Forbundsrepublikken Tyskland foreligger der således under alle omstændigheder en reel risiko for boykot fra specialforretningernes side.

Endelig kan det virke overraskende, at Kommissionen har udtalt, at kun specialforretningernes interesser og ikke de andre forretningers interesser efter dens opfattelse er beskyttelsesværdige. Frankrig (med sit allerede gamle forbud mod leveringsnægtelse) og Nederlandene (i henhold til den allerede nævnte ændring af etableringslovgivningen og gennem gentagne indgreb på kartelområdet mod boykot af nye distributionssystemer, jfr. den første Metro-dom, fra mærkevareproducenternes side, selv om en sådan boykot skyldes bevidst pression fra specialforretningernes side) giver ligeson Det forenede Kongerige udtryk for en helt anden opfattelse, som jeg også finder rigtigere ud fra et konkurrencepolitisk synspunkt, navnlig ved fortolkning af artikel 85. Der kan fremføres flere argumenter til støtte for et sådant synspunkt. Den nederlandske politik er stærkt påvirket af det principielle synspunkt, at boykot af visse økonomiske aktiviteter anses for en tilsidesættelse af retten til frit at etablere sig og frit at udøve et erhverv. Den århundredgamle nederlandske opfattelse af effektive handelsformer som en kilde til velstand har dog utvivlsomt også spillet en rolle her. I Kommissionens svar, som der her er tale om, og ligeledes i indlægget fra Forbundsrepublikken Tyskland tages der tilsyneladende slet ikke hensyn til, at en uafhængig handel og et stort antal uafhængige distributionsformer er af afgørende betydning for konkurrencen. Principielt antages det nemlig, at det er producenternes opgave at tilrettelægge distributionen. Foruden forbudet mod »leveringsnægtelse« spiller det en rolle i Frankrig, at efterkrigstidens konkurrencelovgivning — som blev udformet som en del af prislovgivningen — oprindelig, navnlig i 50'erne, blev betragtet

som et redskab til bekæmpelse af prisstigninger og til fremme af prisfald (blandt andet ved nye, billigere distributionskanaler) i forbindelse med kampen mod inflationen. I Det forenede Kongerige synes de konkurrencepolitiske tanker snarere at være påvirket af pragmatiske betragtninger, af dybtgående markedsanalyser og måske af engelsk og amerikansk litteratur vedrørende »workable competition«. Den frie adgang til markedet anses ifølge den her forfægtede opfattelse som en særdeles vigtig for ikke at sige den vigtigste forudsætning for effektiv konkurrence. Ifølge dette kriterium kan det ikke tillades, at visse økonomiske aktiviteter inden for handelssektoren boykottes kollektivt, hvad enten det sker forsætligt eller ikke. Med hensyn til den tyske opfattelse, som fremgår af det tyske indlæg til støtte for Kommissionens standpunkt, har jeg ikke nogen entydig forklaring, da der i Forbundsrepublikken Tyskland som bekendt i al almindelighed netop føres en strengere konkurrencepolitik end i de andre tre nævnte medlemsstater. Måske spiller historiske traditioner, som går tilbage til tiden før sidste verdenskrig, også her en rolle. Denne opfattelse støttes af det forbud mod integration af grossist- og detailhandelen, som navnlig i Forbundsrepublikken Tyskland allerede har eksisteret længe. I mange andre lande anses et sådant forbud som en uønsket hindring for en reduktion af handelsomkostningerne. For så vidt angår anvendelsen af artikel 85, stk. 1, finder jeg det som allerede nævnt indlysende — også når henses til Domstolens praksis — at den af Kommissionen forfægtede opfattelse er uholdbar. Det fremgår efter min opfattelse klart af ordlyden af artikel 85, stk. 1, at udelukkelsen af visse former for handelsaktiviteter (navnlig ikke-kvalificerede forretninger, som ikke yder service før og efter salget af de berørte produkter, men som derimod beregner lavere priser) i virkeligheden har en konkurrencebegrænsende virkning. Det kan på ingen måde udledes af artikel 85, at den kun har til formål at beskytte konkurrencen mellem producenter, men ikke mellem forhandlere. Når henses til, at Domstolen i den første Metro-dom og i tidligere domme har fastslået, at foranstaltninger skal være rimelige, gælder dette i alle tilfælde, dels når den berørte producent alene, dels når en stor del af de berørte producenter (også uden indbyrdes aftale) sammen fører en sådan udelukkelsespolitik, og når visse producenter sammen (og enkelte også særskilt) har en betydelig større markedsandel end den af Kommissionen fastsatte, som i Domstolens praksis i princippet anerkendes som »aftale af mindre betydning«. I det mindste for så vidt angår artikel 85, stk. 1, kan det derfor uden videre fastslås, at de nye virksomhedsformer inden for handelssektoren må anses for beskyttelsesværdige. Jeg skal herefter tage stilling til, i hvilket omfang det også gælder artikel 85, stk. 3.

4.5. *Andet anbringende*

a) Som allerede nævnt har sagsøgeren i andet anbringende anført, at Kommissionen har begået magtfordrejning ved at meddele fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3. For så vidt angår det problem, som jeg har betegnet som centralt, har sagsøgeren navnlig påberåbt sig, at de selektive salgssystemer i den omhandlede sektor i virkeligheden har til formål, til skade for forbrugeren, at udelukke de forretninger, hvis lavprispolitik ifølge de berørte producenter kan skade deres produkts »image«. For så vidt angår kriteriet »fordele for forbrugerne« har Metro her navnlig henvist til den henvendelse, som Kontoret for de europæiske forbrugerorganisationer (BEUC) den 25. juni 1980 har rettet til Kommissionen, jfr. artikel 3 i forordning nr. 27. BEUC har ved denne lejlighed givet udtryk for sin bekymring over den nye fritagelse for SABA samt over det store antal selektive salgssystemer inden for denne sektor.

b) Vedrørende dette anbringende skal jeg først bemærke, at min konklusion vedrørende sagsøgerens fjerde anbringende også gælder ved anvendelse af artikel 85, stk. 3. Det fremgår af beslutningen, at Kommissionen ved vurderingen af SABA-systemet, som ændret i overensstemmelse med de tre første betingelser i nævnte bestemmelse, slet ikke har taget hensyn til andre selektive salgssystemers parallelvirkninger. Først ved vurderingen af systemet i forhold til den fjerde betingelse i artikel 85, stk. 3, har Kommissionen tilsyneladende ved første øjekast taget hensyn til, at der findes andre selektive salgssystemer. Som allerede fastslået under gennemgangen af det fjerde anbringende støttedes Kommissionens konklusion vedrørende denne betingelse imidlertid ikke på en markedsundersøgelse (som først forelå i form af Mackintosh-rapporten to måneder efter beslutningen, og som tilmed ikke belyser de spørgsmål, som Det forenede Kongerige med rette anser for relevante).

c) Vurderingen af SABA-systemet i forhold til den *første betingelse* i artikel 85, stk. 3, begrænses således i beslutningen til virkningerne af systemet som et isoleret fænomen. Der er således på ingen måde tale om en økonomisk afvejning af alle de konkurrencebegrænsende virkninger af og de objektive fordele ved SABA-systemet. For eksempel fastslås det i punkt B.1., tredje afsnit, at »forpligtelsen for de SABA-grossister, der får leveret direkte, til på forhånd at indgå aftaler om årsomsætning eller fire måneders omsætning med specificering af varetyper og stykenheder ... muliggør en nøjagtig produktions- og salgsplanlægning og dermed en kontinuerlig vareforsyning, samtidig med at der kan foretages en rationalisering af produktion og afsætning.« Det fremgår hverken af denne passus eller af de følgende betragtninger, om Kommissionen har overvejet, om muligheden for en sådan »nøjagtig produktions- og salgsplanlægning« ikke viser, at der i denne sektor er total mangel på effektiv konkurrence. Såfremt der består effektiv konkurrence, er en sådan nøjagtig planlægning nemlig ikke mulig.

I fjerde afsnit af dette punkt i beslutningen har Kommissionen imidlertid fastslået, at »det forhold, at grossisterne i omsætningsaftalernes løbetid ikke længere kan fordele den del af deres omsætning, som SABA-produkterne inden for rammerne af deres samlede virke tegner sig for, på andre producenter, ... i forhold til de nævnte fordele ikke [er] nogen negativ faktor, der skal tillægges afgørende betydning.« I denne betragtning og uddybningen heraf har Kommissionen således anerkendt, at systemet kan indebære, at SABA-grossisternes kunder (og derfor også SABA-detailhandlernes kunder) mister muligheden for hos disse erhvervsdrivende frit at vælge de betydeligste konkurrerende mærker, hvilket er væsentligt ved bedømmelsen af systemet i forhold til den anden betingelse i artikel 85, stk. 3. Under uddybningen af denne betragtning har Kommissionen fastslået, at grossisterne »frit har fastlagt deres program« (af deres sortiment), hvilket vanskeligt kan forenes med indholdet (og navnlig med omfanget) af deres købsforpligtelser over for SABA, således som det fremgår af beslutningens fremstilling af de faktiske omstændigheder og som sammenfattet i femte afsnit i beslutningens punkt II. B.1.

Da beslutningens punkt II. B.1. ikke støttes på en markedsundersøgelse, er der heller ikke grundlag for den sidste sætning. Den lyder således: »De« (det vil sige ovennævnte forpligtelser til at fremme salget af SABA-produkter) »fremmer dermed konkurrencen mellem SABA og andre mærker, uden at

konkurrencen mellem SABA-forhandlerne begrænses.« På et marked, der er domineret af få producenter, hvilket allerede var tilfældet ved afsigelsen af den første Metro-dom, jfr. præmis 17, andet afsnit, (som vedrørte otte producenter, der tilsammen havde en markedsandel på 91%), kan et sådant system, hvis det anvendes at et flertal af producenterne, meget vel føre til en fastlåsning af markedsandelene og dermed til en mærkbar begrænsning af konkurrencen med andre mærker. Jeg har netop bemærket, at det forhold, at den aftalte produktions- og salgsplanlægning kan gennemføres i praksis, klart peger i denne retning. Kommissionen kunne således ikke uddrage denne konklusion uden en forudgående, passende markedsundersøgelse. Den her gennemgåede del af beslutningens begrundelse bekræfter således, at det fjerde anbringende, som efter min mening bør lægges til grund, ligeledes er relevant, for så vidt angår anvendelsen af artikel 85, stk. 3.

d) Sagsøgeren gør imidlertid i andet anbringende gældende, at Kommissionen navnlig har overtrådt den *anden betingelse* for fritagelse, nemlig den, hvorefter »de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved« (det vil her sige forbedringen af produktionen eller fordelingen af varerne). En sammenligning mellem beslutningens punkt II. B.2. og BEUC's modstridende udtalelse viser allerede, at Kommissionen her noget paternalistisk lader sin egen bedømmelse træde i stedet for en analyse af forbrugernes egen opfattelse. Yderligere støttes denne bedømmelse ikke på en af Kommissionen foretaget markedsundersøgelse, men på en teoretisk hypotese. I andet afsnit af beslutningens punkt II. B.2. står nemlig følgende: »hvad angår de fordele, som følger af rationaliseringen af produktionen og salget af SABA-produkter, *kan man gå ud fra*, at SABA på grund af den *skarpe konkurrence* inden for underholdningselektronik vil føle sig foranlediget til at give disse fordele videre; dette gælder så meget mere, som alle SABA-grossister og -detailhandlere *har ret til også at sælge konkurrerende produkter*« (min fremhævelse).

Jeg skal herefter fremsætte mine bemærkninger til dette afsnit og det følgende (af tilsvarende rækkevidde).

Den første passus, som jeg har fremhævet, bekræfter at bedømmelsen i forhold til den anden betingelse i artikel 85, stk. 3, heller ikke støttes på nogen form for markedsundersøgelse, men på en »formodning« som anerkendt af Kommissionen under den mundtlige forhandling.

Da beslutningen ikke på nogen måde støttes på en markedsundersøgelse, er den af mig fremhævede anden passus (nemlig konstateringen af en effektiv konkurrence) ligeledes en i luften frit svævende påstand.

Konstateringen af en »ret til også at sælge konkurrerende produkter«, jfr. den tredje fremhævede passus, er i strid med, hvad Kommissionen allerede har anerkendt, da grossisterne ikke længere kan henvende sig til andre producenter, så længe deres omsætningsaftaler løber.

Som allerede nævnt har Kommissionen herefter i besvarelse af et af mig stillet spørgsmål under den mundtlige forhandling anerkendt, at forbrugerne frit bør kunne henvende sig til de ikke-kvalificerede forretninger (for så vidt de sætter disse forretningers lave priser højere end den forpligtelse til at føre lager og yde service, som de autoriserede forretninger påtager sig, hvorfor deres priser er højere). I sit svar har Kommissionen imidlertid samtidig anerkendt, at en udbredelse af selektive salgssystemer (for eksempel under pres fra specialforretningerne) kan fratage forbrugeren denne mulighed. Kommissionens konklusion i svaret på mit spørgsmål, nemlig, at

»sålænge flertallet af forbrugerne er tilfredse med det selektive salgssystem, ser Kommissionen ingen grund til at fravige den første Metro-dom«, er naturligvis i et sådant tilfælde uden reelt grundlag. Det *kan* da tænkes, at forbrugeren ikke foretrækker supermarkeder eller selvbetjeningsforretninger med et stort udvalg og lave priser, men som ikke yder samme service som de autoriserede forretninger. Som allerede nævnt finder jeg yderligere, at Kommissionens fortolkning af den første Metro-dom i denne konklusion er uforenelig med dommens ordlyd.

Endelig mener jeg, at det uden forudgående markedsundersøgelse er utilstedeligt, at Kommissionen har ladet sin egen opfattelse af fordele for forbrugerne, støttet på en teoretisk »formodning« (jfr. beslutningens punkt II. B.2., andet afsnit), gå forud for BEUC's opfattelse. Ifølge BEUC bestod den »skarpe konkurrence«, som denne formodning støttes på, nemlig netop ikke, for så vidt angår den her omhandlede sag, på grund af det store antale selektive salgssystemer. Jeg mener her at kunne genkende teorien om »den fornuftige forbruger«, som har adskillige tilhængere i Forbundsrepublikken Tyskland, men som også her har modstandere. Ifølge denne teori går forbrugernes egen vurdering af deres interesser forud for en administrativ eller judiciel myndigheds vurdering. Jeg har også i en anden sammenhæng allerede anfægtet denne teori om »den fornuftige forbruger«, nemlig i punkt 2.1. i ovennævnte forslag til afgørelse af 21. juni 1983 i sagen NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin, hvilket dengang i øvrigt var i overensstemmelse med Kommissionens opfattelse.

e) Beslutningens punkt II. B.3. vedrører nødvendighedskravet. Med hensyn til dette punkt, skal jeg blot fastslå, at der heller ikke her tages hensyn til de parallelle virkninger af lignende systemer, men udelukkende til SABA-systemet som et isoleret fænomen. Af de i forbindelse med fjerde anbringende anførte grunde finder jeg også her, at Kommissionens betragtning er uacceptabel.

f) Derimod finder jeg det ønskeligt at fremsætte en særskilt kommentar til Kommissionens konklusion vedrørende opfyldelsen af den fjerde betingelse i artikel 85, stk. 3 (beslutningens punkt II. B.4.).

I fjerde afsnit af dette punkt udtalte Kommissionen, at »markedet for underholdningselektronik er karakteriseret ved en særlig høj konkurrenceintensitet, som frem for alt skyldes det store antal producenter, den hurtige teknologiske udvikling og den stærkt differentierede handelsstruktur«; for det første afslører dette igen beslutningens væsentlige mangel, idet den ikke støttes på en markedsundersøgelse (som først forelå to måneder senere). Den anden sætning i dette afsnit, hvor det hævdes, at »selv om en række andre større producenter... praktiserer salgsbindingsaftaler, der... blot drejer sig om specialhandelsbindinger, har Kommissionen således ikke kunnet konstatere, at disse systemers vide udbredelse fører til en stivnet prisstruktur«, har således ikke noget klart materielt grundlag. Uden nogen markedsundersøgelse kunne Kommissionen naturligvis ikke konstatere sådanne virkninger. I denne del af fjerde afsnit betragter Kommissionen yderligere hele Fællesskabet som det relevante marked, mens jeg tidligere har konkluderet, at Kommissionen ligeledes burde undersøge det tyske marked særskilt som relevant marked. Endelig tages der ikke hensyn til, at en »stivnet prisstruktur« også kan være udtryk for en ensartet virkning af en prisforhøjelse som følge af de forpligtelser, der påhviler de

handlende, for så vidt angår lager, indkøb, indretning af lokaler, personale og service. Denne virkning, hvorved prisstrukturen stivner, kan kun udlignes af priskonkurrence på bekostning af den resterende fortjenstmargen, såfremt de derved skabte distributionsomkostninger tages i betragtning, og det kan således kun ske i begrænset omfang. Som bemærket kan netop denne fastlåsning af priserne også tilskynde forbrugerne til at foretrække andre, mindre kostbare, distributionsformer. Denne præference kan imidlertid kun finde udtryk, såfremt der findes et stort antal selektive distributionssystemer (herunder »simple« selektive distributionssystemer). Som med rette understreget i den første Metro-dom er det ved bedømmelsen af selektive salgssystemer ikke tilstrækkeligt kun at undersøge påvirkningen af priserne. Det er ligeledes væsentligt, om der findes andre distributionskanaler. Kommissionen har ikke her under den mundtlige forhandling bestridt det af Metro anførte, hvorefter ingen af de af dette selskab nævnte producenter, som tilsammen har en markedsandel på 82% i Forbundsrepublikken Tyskland, ville levere selskabet varer. Efter Kommissionens eget udsagn skal der ud over denne markedsandel tages hensyn til Sony's markedsandel; denne japanske producent opererer ligeledes med et selektivt salgssystem. De af Metro nævnte producenter er Grundig, Philips, de tre virksomheder under Thomson-Brandt-koncernen, ITT, Blaupunkt og Loewe-Opta. Metro kunne kun indirekte købe Philips-produkter fra Italien og under et andet mærke. Da »simple« selektive salgssystemer ifølge Kommissionens almindelige opfattelse ikke skulle anmeldes, kunne den heller ikke uden en markedsundersøgelse, som endnu ikke forelå, da beslutningen blev udstedt, fastslå, hvor mange af disse »simple« systemer, der bestod på det tyske marked, ligesom den heller ikke kunne fastslå, i hvilket omfang producenterne under pression fra specialforrretninger, som antydet i et svar på mit spørgsmål, kun leverede til disse forretninger. Mackintosh-rapporten giver i øvrigt heller ingen oplysninger om dette punkt. Som allerede anført har specialforretningerne ifølge denne markedsundersøgelse, som Kommissionen modtog på et senere tidspunkt, i Forbundsrepublikken Tyskland (i modsætning til forholdene i Frankrig og Det forenede Kongerige) en markedsandel på 55%, hvortil skal lægges markedsandelene for andre distributionskanaler med specialafdelinger.

Endelig er femte afsnit i beslutningens punkt II. B.4. karakteristisk for Kommissionens opfattelse, hvorefter handlende, som ikke af producenterne er underkastet serviceforpligtelser og andre forpligtelser, som for eksempel lavprisvarehuse (»discount«, »cash-and-carry« og lignende) og selvbetjeningsbutikker i engros- og detailleddet (som i Forbundsrepublikken Tyskland tegner sig for en markedsandel på 5%), ikke er beskyttelsesværdige. Kommissionen har i dette afsnit anført, at den heller ikke havde kunnet konstatere, »at bestemte salgsformer... som følge af udbredelsen af selektive salgssystemer... er blevet udelukket fra salget af disse produkter; kriterierne, der er knyttet til SABA-salgsbindingen er nemlig ikke sådan udformet, at de ikke principielt også kunne opfyldes af ovennævnte afsætningsformer, omend dette eventuelt betyder en delvis ændring af deres særlige salgsmetoder.« Som med rette anført af sagsøgeren under den mundtlige forhandling, bekræfter denne betragtning, at konkurrencen fra de i dette afsnit nævnte salgsformer ifølge Kommissionen ikke er beskyttelsesværdige, før disse salgsformer opgiver deres særlige omkostningsfordele. Kun ud fra et sådant synspunkt kunne Kommissionen undlade at undersøge, om de nævnte virksomhedsformer ikke blot »principielt«, men også reelt var udelukket fra at sælge SABA-produkter. Jeg mener, at en sådan opfat-

telse, hvorefter (på trods af forbrugergruppers af Kommissionen under den mundtlige forhandling forsigtigt anerkendte endelige ret til at vælge disse distributionsformer, hvis omkostninger og priser er lavere) selv en fuldstændig udelukkelse af de forretninger, som ikke er specialiserede, kan begrundes, er uforenelig med artikel 85'ordlyd og opbygning.

Af de anførte grunde finder jeg, at også sagsøgerens andet anbringende kan lægges til grund.

4.6. *De andre anbringender vedrørende realiteten*

Da jeg mener, at sagsøgerens første, andet og fjerde anbringende kan lægges til grund, er det i sig selv tilstrækkeligt til at annullere den anfægtede beslutning, og jeg finder det derfor ufornødent at gennemgå sagsøgerens resterende tredje og femte anbringende i enkeltheder.

I *det tredje anbringende* har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen hr udøvet magtfordrejning, idet den ikke har taget den faktiske gennemførelse af SABA-aftalerne i betragtning. På grundlag af sagsøgerens af mig nævnte centrale klagepunkt, som jeg finder begrundet, således som det er fremstillet i første, andet og fjerde anbringende, finder jeg det overflødigt at gå ind på de indviklede faktiske spørgsmål, som rejser sig ved en gennemgang af det tredje anbringende, og som ifølge en række domme vedrørende selektive salgssystemer ganske vist er relevante, men også komplicerede (jfr. eksempelvis sag 107/82, AEG-Telefunken mod Kommissionen, Sml. 1983, s. 3151).

Sagsøgerens *femte anbringende* står vel til en vis grad i forbindelse med det centrale klagepunkt. Sagsøgeren har her gjort gældende, at Kommissionen ved at meddele fritagelse for SABA-systemet, jfr. artikel 85, stk. 3, har gjort det muligt for SABA og Thomson-Brandt-koncernen at misbruge en dominerende stilling på markedet for underholdningselektronik i almindelighed og på markedet for farvefjernsynsapparater i særdeleshed. Til støtte herfor har sagsøgeren påberåbt de under min sammenfatning af anbringenderne allerede nævnte domme.

På grundlag af selve definitionen af begrebet dominerende stilling i henhold til præmisserne 26 og 30 i Domstolens dom af 11. december 1980 i sag 31/80, (L'Oréal, Sml. s. 3775), jfr. Domstolens dom i Hoffmann-La Roche-sagen, mener jeg, at det udmærket kan tænkes, at SABA eller Thomson-Brandt-koncernen, trods en begrænset markedsandel, må antages at indtage en dominerende stilling, jfr. artikel 86. Navnlig SABA's åbenbare mulighed for at planlægge sin produktion og sin afsætning for en periode af fire måneder henholdsvis et år tyder efter min opfattelse på, at SABA på grund af sin stilling på markedet »kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter, kunder og i sidste instans over for forbrugerne.« Producenter, som anvender et lignende system, kan så også indtage en dominerende stilling. Inden for rammerne af den nederlandske konkurrencepolitik har myndighederne gentagne gange grebet ind over for lignende parallelle dominerende stillinger, som man havde misbrugt ved at boykotte visse distributionsformer. På grundlag af de under retsforhandlingerne fremførte argumenter finder jeg det imidlertid afgjort umuligt og af de ovennævnte grunde også unødvendigt, at tage endelig stilling til dette anbringende.

5. Sammenfatning, afsluttende bemærkninger og forslag

5.1. *Sammenfatning*

Under min gennemgang er jeg nået til følgende delkonklusioner:

a) Sagen kan navnlig af de af Kommissionen under den mundtlige forhandling anførte grunde antages til realitetsbehandling.

b) Sagsøgerens sjette anbringende vedrørende den af Kommissionen fulgte administrative procedure kan ikke lægges til grund.

c) Sagsøgerens fjerde anbringende, hvori denne navnlig har gjort gældende, at Kommissionen ikke blandt andet har støttet sin beslutning på en undersøgelse af den almindelige markedsstruktur, jfr. retningslinierne i den første Metro-dom, kan lægges til grund.

d) Sagsøgerens første og andet anbringende, hvori denne har gjort gældende, at Kommissionen har anvendt artikel 85, stk. 1 og 3, forkert, kan ligeledes — navnlig i lyset af det fjerde anbringende, som jeg finder begrundet — lægges til grund.

e) Manglerne ved den anfægtede beslutning, jfr. gennemgangen af fjerde, første og andet anbringende vedrørende realiteten, må anses for så graverende, at beslutningen bør annulleres.

f) Når henses til ovennævnte punkter, er det ufornødent at behandle sagsøgerens øvrige anbringender vedrørende realiteten.

5.2. *Afsluttende bemærkninger*

a) Jeg håber, at det klart er fremgået af min gennemgang, at den foreliggende sag virkelig ikke er helt så banal som den umiddelbart kunne forekomme. Det har herved ingen betydning, at den afgørelse, som jeg har foreslået, efter min opfattelse er en direkte følge af de retningslinier, som Domstolen i den første Metro-dom har fastlagt for den politik, Kommissionen bør følge. Selv om dette aspekt ikke i sig selv har betydning for sagen, kan det ikke hævdes, at sagen blot er banal, for så vidt det kan udledes af Domstolens dom af 13. februar 1969 i sag 14/68 (Walt Wilhelm, Sml. s. 1), at de kompetente myndigheder på kartelområdet i tre medlemsstater (Frankrig, Nederlandene og Det forenede Kongerige) — såfremt den politiske udvikling, som kan udledes af Kommissionens omhandlede beslutning, godkendes — ikke uændret kan opretholde deres herfra afvigende politik vedrørende boykot af visse distributionsformer.

b) Da beslutningen bør bedømmes ud fra sine egne meritter og de forklaringer i denne forbindelse, som er fremført under retsforhandlingerne, og da det herved har vist sig, at beslutningen ikke eller næsten ikke har taget hensyn til de af Domstolen i den første Metro-dom fastlagte retningslinier vedrørende nødvendigheden af en markedsundersøgelse, mener jeg, at det af processuelle hensyn ville være ukorrekt her i forslaget yderligere indgående at behandle resultaterne af en undersøgelse, som Kommissionen først fik meddelelse om to måneder efter udstedelse af beslutningen. Det fremgår klart af beslutningens ordlyd, at Kommissionen mente, at disse generelle oplysninger om markedsstrukturen var irrelevante for beslutningen, og sagsøgeren har med rette lagt hovedvægten på dette klagepunkt. Yderligere kan man ikke efterfølgende afgøre, hvorledes Kommissionens beslutning ville have set ud, hvis den virkelig havde taget denne undersøgelse i betragtning. En beslutnings begrundelse kan under ingen omstændigheder under retsforhandlingerne for Domstolen erstattes af en helt anden begrundelse, hvorved en konstateret væsentlig mangel ved beslutningen afhjælpes. Yderligere har jeg allerede understreget, at Mackintosh-rapporten kun i stærkt begrænset omfang afhjælper denne mangel.

c) Af de nævnte grunde og i henhold til den klare ordlyd støttes Kommissionens beslutning udelukkende — med undtagelse af den behandlede undtagelse, for så vidt angår

den fjerde betingelse for fritagelse, jfr. artikl 85, stk. 3 — på en analyse af SABA-systemet som et isoleret fænomen i forhold til den markedsstruktur, hvori systemet virker. I min gennemgang af sagen har jeg gjort opmærksom på de resultater af Kommissionens fremgangsmåde, som jeg finder uacceptable, eller som i det mindste støttes på rene teorier eller fordomme. På grundlag af min gennemgang af sagsøgerens centrale klagepunkt og de følger, det har for anvendelsen af artikel 85, stk. 1 og 3, finder jeg det ufornødent, at Domstolen foretager en særskilt undersøgelse af argumenterne vedrørende SABA-systemet som sådant.

d) Allerede på grund af den første af mine afsluttende bemærkninger har jeg hverken taget hensyn til Kommissionens oplysninger efter den mundtlige forhandling i besvarelse af et spørgsmål fra den refererende dommer eller til Mackintosh-rapporten. Oplysningerne vedrørende spredningen af selektive salgssystemer i den berørte sektor, som Kommissionen havde kendskab til, og som ikke var betegnet som fortrolige, har også kun begrænset værdi, og som allerede anført er Kommissionen af den opfattelse, at simple selektive salgssystemer ikke skal anmeldes, mens det er uklart, i hvor høj grad det pågældende forskningsinstitut (Gesellschaft für Konsumforschung Neurenberg) har kendskab til ikke-anmeldte selektive salgssystemer. På grundlag af en kommentar, som Domstolen i mellemtiden har modtaget fra sagsøgeren, kan der efter min mening rejses tvivl om værdien af disse oplysninger (offentliggjort i *Neue Medien* nr. 5 fra maj 1985) samt af andre fremlagte oplysninger. Metro kommer i sin kommentar efter en detaljeret oversigt til den konklusion, at otte TV-mærker med et formelt selektivt salgssystem eller et tilsvarende system tegner sig for en markedsandel på 58% i Tyskland, og at ni andre mærker med uformelle selektive distributionssystemer med tilsvarende virkning tegner sig for en markedsandel på 33%. I alt har Metro og andre virksomheder af samme art under normale forhold således kun adgang til mærker, som dækker 9% af markedet. De oplysninger, som Metro har fremlagt til støtte for disse beregninger, er utvivlsomt mere nøjagtige end grundlaget for Kommissionens beregninger. Som anført finder jeg imidlertid, at disse tal, som efter den mundtlige forhandling er blevet fremlagt af Kommissionen og Metro i besvarelse af spørgsmål fra Domstolen, først og fremmest af andre grunde alligevel ikke er afgørende. Hvis Domstolen måtte komme til et andet resultat, bør forhandlingerne efter min opfattelse genåbnes, når henses til det seriøse grundlag for Metro's vigtige talangivelser, som afviger fra Kommissionens.

5.3. *Forslag*

Herefter skal jeg sammenfattende foreslå:

1) Sagen antages til realitetsbehandling.

2) Der gives sagsøgeren medhold i første, andet og fjerde anbringende.

3) Kommissionens beslutning af 21. december 1983 vedrørende en procedure i medfør af EØF-traktatens artikel 85 angående SABA-salgssystemet (beslutning 83/672/EØF, EFT 1983, L 376, s. 41) annulleres af de anførte grunde.

4) Kommissionen betaler sagens omkostninger, dog ikke intervenienternes omkostninger, da de ikke har nedlagt påstand om, at den tabende part tilpligtes at betale omkostningerne, hvorfor de selv bør betale egne omkostninger.