FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA DOMMER VED RETTEN I FØRSTE INSTANS HEINRICH KIRSCHNER fremsat den 21. februar 1990 *

A — Faktiske omstændigheder 313

B — Stillingtagen 316

I — Spørgsmålet om artikel 86 finder anvendelse, når der foreligger en fritagelse 316

1) Retsreglerne 317

a) Traktaten og Domstolens fortolkning af den 316

b) Individuel fritagelse og anvendelse af artikel 86 317

c) Gruppefritagelse og anvendelse af artikel 86 322

2) Overtagelsen af patentlicensen som misbrug af en dominerende stilling 330

a) Kriterierne for misbrug af en dominerende stilling 330

b) Konstateringen af overtrædelsen i den anfægtede beslutning 336

II — Tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet 338

1) Spørgsmålet om anvendelsen af artikel 86 var forudselig 340

a) Anvendelsen af artikel 86 var forudselig uanset gruppefritagelsen 340

b) Yderligere retssikkerhed som følge af muligheden for at få udstedt en negativattest 342

2) Krænkelse af retsforhold, der er stiftet i tillid til fritagelsen 343

III — Fællesskabsrettens ensartede anvendelse i fare 344

C — Forslag til afgørelse 346

Høje Ret.

1. Ifølge artikel 2 i Rådets afgørelse af 24. oktober 1988 [1] skal det medlem af Retten i Første Instans, der udpeges til at varetage hvervet som generaladvokat, fuldstændig upartisk og uafhængigt offentligt fremsætte begrundede forslag til afgørelse og derved bistå Retten i udførelsen af dens opgave. Det er faldet i min lod at få æren af at fremsætte det allerførste forslag til afgørelse, der fremsættes for Retten. Jeg skal bestræbe mig på at udøve dette hverv upartisk og samvittighedsfuldt og således bistå Retten med at træffe sin første plenumafgørelse.

* Originalsprog: tysk.

1 — EFT 1988, L 319, s. 1, en berigtiget version er offentliggjort i EFT 1989, C 215, s. 1.

Under hensyn til vigtigheden af den her foreliggende sag har jeg besluttet ikke at fremsætte mit forslag til afgørelse skriftligt, men at fremsætte det mundtligt i dette retsmøde.

A — Faktiske omstændigheder

Retten er bekendt med de faktiske omstændigheder, og jeg skal derfor kun omtale de faktiske forhold, der er væsentlige med henblik på forståelsen af sagen, eller som er relevante for afgørelsen.

2. Sagsøgeren, Tetra Pak Rausing SA, koordinerer fra Schweiz aktiviteterne inden for Tetra Pak Gruppen, formentlig en koncern. Tetra fremstiller og forhandler kartoner og påfyldningsmaskiner til emballering af flydende levnedsmidler og er den førende virksomhed i verden på dette område. Dette gælder navnlig, for så vidt angår aseptisk emballering af flydende levnedsmidler, især såkaldt UHT-behandlet mælk, idet Tetra var et af de første selskaber til at udvikle metoderne hertil og til at levere udstyret og emballagematerialerne hertil.

3. I 1985 havde Tetra i EF en markedsandel på 91,8% for maskiner til aseptisk påfyldning og på 89,1% for kartoner hertil. Kommissionen gør gældende, at Tetra ved at overtage den eksklusive patentlicens vedrørende en anden metode til sterilisering af kartoner hindrede nye konkurrenters adgang til markedet for maskiner og materialer til aseptisk emballering af mælk og herved har tilsidesat EØF-Traktatens artikel 86[2]. Tetra anser dette klagepunkt for ubegrundet, eftersom patentlicensen hører til de aftaler, der er fritaget i henhold til forordning (EØF) nr. 2349/84[3]. For at gøre det klart, hvilken betydning Tetras erhvervelse af denne licens havde, skal jeg allerførst beskrive den teknologi, der er karakteristisk for disse markeder.

4. UHT-behandlingen består i, at mælken kort opvarmes til ca. 140 °C, hvorved bakterierne dræbes. Umiddelbart herefter og under strengt aseptiske forhold foretages den automatiske påfyldning på kartoner, der forinden er blevet steriliseret på den samme maskine. Mælk, der er behandlet på denne måde, kan holde sig i flere måneder, og til forskel fra de traditionelle metoder til sterilisering bliver dens smag ikke væsentligt ændret. Såfremt emballeringen imidlertid ikke sker strengt aseptisk, er der risiko for, at produktet går i forrådnelse og bliver sundhedsfarligt.

5. Det stiller store tekniske krav at komme ind på markedet for aseptiske emballeringsmaskiner. Selv om Tetras grundlæggende steriliseringsmetode ikke længere er patentbeskyttet, kræves der under alle omstændigheder en betydelig knowhow og lang erfaring ved fremstillingen af maskiner, der opfylder de nødvendige sterilitetskrav. Fremstillingen af emballagemateriale er teknisk mindre vanskelig, men kartonerne og maskinerne sælges normalt sammen. Afgørende for adgangen til markedet for kartoner er følgelig det forhold, at leverandøren også kan levere de påfyldningsmaskiner, der skal bruges.

2 — Artikler, der i det følgende citeres uden angivelse af retsakten, er fra EØF-Traktaten.

3 — EFT 1984, L 219, s. 15.

6. UHT-behandlet mælk sælges normalt i murstensformede kartoner. Påfyldningsmaskinerne på markedet steriliserer kartonerne ved hjælp af koncentreret hydrogenperoxid. Før påfyldningen tørres kartonerne dernæst for eventuelle rester heraf ved hjælp af varme, som tillige holder kartonerne sterile.

Ved det påfyldningssystem, som Tetra har udviklet, leveres emballagematerialet i ruller, og det steriliseres i udrullet, flad tilstand. Først når mælken påfyldes, samles kartonerne og lukkes på alle sider. Det eneste andet system, der er på markedet i EF, og som blev udviklet af Rheinmetalls datterselskab PKL, anvender derimod allerede samlede kartoner. Ulempen ved dette system, sammenlignet med Tetras, er, at hydrogenperoxiden ikke tørrer så let i de allerede samlede kartoner som på en flade, og risikoen for, at der bliver rester af desinfektionsmidlet tilbage, er derfor større.

7. Disse ulemper kan formindskes ved anvendelsen af en steriliseringsmetode, der er udviklet i Det Forenede Kongerige, og som er omfattet af licensen, der omhandles i nærværende sag. Ved denne metode forstærkes virkningerne af hydrogenperoxiden ved hjælp af ultraviolet lys, således at det er tilstrækkeligt med en svag opløsning af hydrogenperoxid til steriliseringen. Der er udtaget patenter — der udløber i år 2000 — på denne proces i Irland, Spanien, Belgien og i nogle tredjelande, f. eks. De Forenede Stater, Canada og Japan. Der er indgivet patentansøgning i Italien, og der er i henhold til Den Europæiske Patentkonvention indgivet ansøgning for Det Forende Kongerige, Frankrig, Forbundsrepublikken Tyskland og Nederlandene, såvel som for Østrig, Schweiz og Sverige. Den oprindelige indehaver af patenterne var det britiske National Research and Development Council (NRDC). Med virkning fra den 27. august 1981 meddelte NRDC Novus Corp., der tilhørte den amerikanske Liquipak-koncern, licens på patenter og knowhow i forbindelse med den omhandlede proces. Licensen var eksklusiv og fastsat til udløb den 27. august 1988; den kunne dog forlænges, forudsat at en sådan forlængelse ikke var i strid med artikel 85. Licensaftalen blev fritaget for forbuddet i artikel 85, stk. 1, ved forordning nr. 2349/84 om gruppefritagelse, efter at denne var trådt i kraft i 1985.

8. Liquipak er specialiseret i produktion af påfyldningsudstyr til flydende levnedsmidler. Allerede før licensen blev udstedt, havde Liquipak haft succes med produktion af maskiner til påfyldning af kartoner med frisk (pasteuriseret) mælk. Selv om maskiner hertil også skal kunne opfylde høje hygiejniske krav, skal de ikke, som det kræves for maskiner til påfyldning af UHT-behandlet mælk, kunne arbejde strengt aseptisk.

9. På teknikkens daværende udviklingstrin blev frisk mælk hovedsagelig solgt i »gavltopformede« kartoner, der til forskel fra Tetras murstensformede kartoner let kan åbnes uden brug af redskaber. Efter at have fået udstedt licensen begyndte Liquipak arbejdet med at udvikle en maskine til aseptisk påfyldning af sådanne kartoner. Virksomheden var dog ikke på grundlag af sine erfaringer med friskmælkemballering i stand til straks at fremstille en teknisk tilfredsstillende maskine til aseptisk emballering. Liquipak har i en årrække arbejdet på at frem-

stille en sådan maskine. Virksomheden har udtaget patenter såvel på det udstyr, som den derved har udviklet, som på kartonerne hertil.

10. Under udviklingen af disse maskiner arbejdede Liquipak sammen med den norske Elopak-koncern. Denne fremstiller og sælger kartoner til emballering af levnedsmidler og leverer systemer til påfyldning. Koncernen arbejder navnlig med friskmælkemballering i gavltopformede kartoner. Dens hovedkonkurrent er Tetra, der har en markedsandel på ca. 50% inden for påfyldningsudstyr og kartoner til frisk mælk.

Elopak var eneforhandler i EF af Liquipaks maskiner, nemlig for maskiner til friskmælkemballering samt for de maskiner til aseptisk emballering af UHT-mælk, der endnu var på udviklingsstadiet. Elopak bistod navnlig Liquipak derved, at det på forsøgsbasis opstillede den maskine til aseptisk påfyldning, som Liquipak havde udviklet, i en række mejerier samt leverede de kartoner, der skulle bruges, enten gratis eller til nedsat pris. Elopak hævder, at man som resultat af dette arbejde i 1986 havde udviklet en maskine, der var parat til at blive afsat kommercielt. Det bestrider sagsøgeren.

11. I 1986 overtog Tetra Liquipak-koncernen og i forbindelse hermed den i sagen omhandlede eksklusivlicens. British Technology Group — efterfølgeren for den oprindelige licensgiver, National Research and Development Council — gjorde ikke indsigelse mod, at licensen blev overdraget til Tetra.

Da Tetras overtagelse af Liquipak blev kendt, indstillede Elopak sin bistand med hensyn til afprøvningen af den nyudviklede maskine og indgav begæring til Kommissionen om at få konstateret, at Tetra havde overtrådt EØF-Traktatens artikler 85 og 86.

12. Efter at Kommissionen havde fremsendt sine klagepunkter i marts 1987 og efter høringen den 25. juli 1987, gav Tetra afkald på eksklusiviteten på basis af licensen. Selv om dette efter Kommissionens opfattelse bragte tilsidesættelsen af konkurrencereglerne til ophør, fandt Kommissionen, at der som afslutning på sagen skulle vedtages en beslutning, navnlig for at tilvejebringe klarhed med hensyn til retsreglernes indhold. I betragtning af sagsforholdets forholdsvise nye karakter afstod den imidlertid fra at pålægge en bøde.

13. Den 26. juli 1988 traf Kommissionen følgelig den anfægtede beslutning[4], hvis centrale konklusion, der findes i artikel 1, er sålydende:

»Tetra Pak Gruppens erhvervelse af eksklusivlicensaftalen mellem NRDC og Novus Corp. af 27. august 1981 gennem overtagelsen af Liquipak-koncernen, for så vidt som den har virkning i EF, udgjorde en overtrædelse af artikel 86, regnet fra datoen for erhvervelsen og indtil datoen, hvor Tetra faktisk opgav ethvert krav på nævnte eksklusivlicens.«

Kommissionen har udtrykkeligt forbeholdt sig ret til at fortsætte sine undersøgelser af Tetras generelle forretningspolitik på markederne for mælkekartoner (både til frisk og til aseptisk mælk) og emballeringsmaski-

4 — Beslutning 88/501/EØF (EFT L 272, s. 27).

ner (både til frisk og aseptisk mælk) for at fastslå, om Tetra har begået yderligere overtrædelser af enten artikel 85 eller artikel 86.

For at undgå gentagelser henskyder jeg omtalen af de faktiske omstændigheder, som Kommissionen har baseret beslutningen på, til gennemgangen af retsreglerne.

14. Den 11. november 1988 anlagde Tetra Pak sag ved Domstolen til prøvelse af Kommissionens beslutning. I medfør af artikel 14 i Rådets afgørelse af 24. oktober 1988 har Domstolen henvist sagen til Retten ved kendelse af 15. november 1989, der er bindende for Retten, og det kan derfor allerede her og nu fastslås, at enhver drøftelse af spørgsmålet om Rettens kompetence er unødvendig.

Sagsøgeren støtter sin påstand om annullation af Kommissionens beslutning på, at artiklerne 85 og 86 er tilsidesat. Sagsøgeren har fremført tre argumenter: Det er logisk udelukket, at en adfærd, der er tilladt i henhold til artikel 85, stk. 3, skulle kunne forbydes med hjemmel i artikel 86. Dette er endvidere i strid med retssikkerhedsprincippet og uforeneligt med Kommissionens og de nationale retters ensartede anvendelse af fællesskabsretten. Kommissionen har afvist disse anbringender. Med hensyn til de anbringender, som parterne i øvrigt har fremført under skriftvekslingen, henviser jeg til retsmøderapporten for at spare oversættelsestjenesten for dobbelt arbejde. Jeg behandler de yderligere betragtninger, som parterne fremførte i retsmødet, efterhånden som jeg i min gennemgang af sagens retsspørgsmål kommer til de punkter, som de vedrører.

B — Stillingtagen

15. Om sagsøger skal gives medhold, afhænger af, om Kommissionen med rette har anset sagsøgerens overtagelse af eksklusivlicensen for et misbrug som omhandlet i artikel 86, selv om patentlicensaftalen hørte til de aftaler, der er fritaget i henhold til forordning nr. 2349/84 om gruppefritagelse.

Sagsøgeren gør gældende, at anvendelsen af artikel 86 på selskabets adfærd er i strid med såvel denne bestemmelse som med artikel 85. Jeg skal hver for sig undersøge de tre argumenter, som sagsøgeren har anført til støtte herfor.

I — *Spørgsmålet om artikel 86 finder anvendelse, når der foreligger en fritagelse*

16. Sagsøgeren har i stævningen anført, at det er logisk udelukket, at artikel 86 kan finde anvendelse på en adfærd, der udtrykkeligt er tilladt med hjemmel i artikel 85, stk. 3. Sagsøgeren har i retsmødet herved anført, at det følger af dommene i Ahmed Saeed- og Hoffmann-La Roche-sagerne, at indgåelsen af aftalen, der er omfattet af en gruppefritagelsesforordning, ikke i sig selv kan udgøre en overtrædelse af artikel 86. Hertil kræves tværtimod, at der foreligger en yderligere omstændighed, nemlig at den markedsdominerende virksomhed har tvunget medkontrahenten til at indgå denne aftale. Denne tilføjelse med hensyn til et argument er tilladt, da den ikke ændrer søgsmålsgrunden (overtrædelse af artiklerne 85 og 86).

17. Jeg skal derfor undersøge dette argument i to led. Jeg anser det først for nødvendigt at tage stilling til den retlige argumentation i stævningen, nemlig om det er logisk udelukket (og dermed urigtig retsanvendelse) at anvende artikel 86 på en fritaget adfærd. Jeg opdeler undersøgelsen i tre trin: Jeg gennemgår først Traktatens bestemmelser og Domstolens praksis og undersøger derefter som andet trin, om der af den afledede ret kan udledes noget om forholdet mellem en individuel fritagelse og artikel 86. Jeg anser en sådan undersøgelse for nødvendig, selv om sagen, der foreligger for Retten, vedrører en gruppefritagelse og ikke en individuel fritagelse. Hvad der gælder ved en individuel fritagelse, kan nemlig være vejledende for Retten, for så vidt angår spørgsmålet om retsvirkningerne af en gruppefritagelse; kun ved at anskue spørgsmålet i dets helhed kan det konstateres, hvorledes artiklerne 85 og 86 samvirker. Først på tredje trin skal jeg undersøge, om den afledede ret indeholder elementer, der kan belyse forholdet mellem en gruppefritagelse og artikel 86 og i bekræftende fald hvilke elementer.

Hvis resultatet bliver, at en gruppefritagelse ikke udelukker, at artikel 86 samtidig finder anvendelse, opstår et næste spørgsmål, nemlig om artikel 86 under alle omstændigheder kun finder anvendelse, såfremt der foreligger en yderligere omstændighed som anført af sagsøgeren i retsmødet.

1) Retsreglerne

a) Traktaten og Domstolens fortolkning af den

18. Jeg begynder med simpelthen — men alligevel nødvendigt — at slå fast, at bestemmelsen om fritagelse kun vedrører forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i betydningen i artikel 85, stk. 1, men ikke forbuddet i artikel 86 mod misbrug af en dominerende stilling. Dette fremgår af bestemmelsens placering i Traktatens system, idet den er placeret som stk. 3 til artikel 85, og ikke i artikel 87's sted efter de to forbudsbestemmelser. Man skulle ellers netop have ventet en sådan placering, såfremt traktatkoncipisterne havde ønsket, at fritagelsen ikke alene skulle have virkning med hensyn til forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i artikel 85, stk. 1, men også med hensyn til forbuddet i artikel 86. Grunden til, at de ikke disponerede sådan, findes i de strukturelle forskelle med hensyn til det respektive gerningsindhold i de to bestemmelser.

Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i artikel 85, stk. 1, gælder på alle markeder og for alle virksomheder. Det er så generelt formuleret, at det omfatter adskillige aftaler, som er økonomisk forsvarlige og har sådanne gavnlige virkninger, at de overhovedet ikke kan kritiseres. Netop dette vide anvendelsesområde begrunder, at forbuddet undergives en begrænsning, som nogle forfattere sammenligner med »the rule of reason« i amerikansk antitrustret.

19. Lad mig apropos dette begreb indskyde en bemærkning om inddragelse af den amerikanske antitrustrets begreber og synspunkter. De drøftelser, der føres på den anden side af Atlanten, og de afgørelser, som domstolene dér træffer, kan ofte give nyttige impulser ved fortolkningen af fællesskabsretten. Man skal dog være forsigtig med at overføre begreber og doktriner fra et retssystem til et andet. Der er væsentlige

forskelle mellem de sagsforhold, som reguleres i amerikansk ret og i fællesskabsretten, og en problemstilling i det ene retssystem har ikke altid et modstykke inden for det andet system. Dette gælder også for spørgsmålet, om artikel 86 finder anvendelse på en adfærd, der er fritaget efter artikel 85, stk. 3. Jeg skal derfor i nærværende forslag til afgørelse afstå fra at drage sammenligninger med amerikansk ret.

20. Tilbage til gennemgangen af artikel 85. Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i artikel 85, stk. 1, er undergivet en nødvendig begrænsning i artikel 85, stk. 3. Kun såfremt begge disse bestemmelsers virkninger bedømmes tilsammen, kan det fastslås, hvilke aftaler fællesskabsretten tolererer, og hvilke den ikke tolererer[5].

Artikel 86 har en helt anden opbygning. Den finder ikke anvendelse på samtlige markeder, men kun på markeder, hvor en eller flere virksomheder indtager en dominerende stilling. Forbuddet i henhold til bestemmelsen retter sig kun til sådanne markedsdominerende virksomheder, men ikke til andre, hvilket allerede væsentligt begrænser bestemmelsens anvendelsesområde sammenlignet med artikel 85. Det skal tilføjes, at artikel 86 alene forbyder adfærd, der udgør misbrug. Forbuddet må følgelig anses for uanvendeligt på en adfærd, der efter EF's konkurrenceregler tolereres på grund af dens gavnlige økonomiske virkninger. Der er følgelig intet behov for at begrænse anvendelsesområdet for artikel 86 ved hjælp af en »rule of reason«.

21. Sagsøgeren gjorde i retsmødet gældende, at ligesom ved artikel 85 skal også spørgsmålet om anvendelsen af artikel 86 behandles i to tempi. Det hævdes at følge af United Brands-dommen[6], at det først skal fastslås, om der — umiddelbart — ses at foreligge et misbrug, og derefter om misbruget var sagligt begrundet. Kommissionen hævdes i øvrigt at have anvendt samme metode i den anfægtede beslutning. Ved denne argumentation tager sagsøgeren ikke hensyn til, at spørgsmålet om, hvorvidt betingelserne for at anvende en særskilt hjemlet fritagelsesbetingelse er opfyldt, er forskelligt fra prøvelsen af, om de enkelte objektive omstændigheder foreligger, der udgør gerningsindholdet i forbudsbestemmelsen. Artikel 86 kan simpelthen ikke fortolkes således, at der efter omstændighederne kan dispenseres fra forbuddet i bestemmelsen.

22. Artikel 86 er endvidere forskellig fra artikel 85 derved, at bestemmelsens anvendelsesbetingelser også kan foreligge opfyldt i forbindelse med en enkelt virksomheds ensidige adfærd. Artikel 85 finder ikke anvendelse på en sådan adfærd. Virksomheder, der ikke indtager en dominerende stilling, kan således praktisere en sådan adfærd uden at komme i konflikt med EF's konkurrenceret. Det ses heraf, at sammenlignet med andre virksomheder skal en markedsdominerende virksomhed følge strengere normer og tåle mere indgribende begrænsninger i sin handlefrihed.

Såfremt man ville holde aftaler, der er fritaget i henhold til artikel 85, stk. 3, uden for anvendelsesområdet for artikel 86, ville situationen være den ejendommelige, at det

5 — Jf. dom af 6. april 1962, Bosch (13/61, Sml. 1954-1964, s. 293, 301), og dom af 30. april 1986, Asjes (209/84-213/84, Sml. s. 1425, 1469).

6 — Dom af 14. februar 1978 (27/76, Sml. s. 207, 298).

efter artikel 86 vil være en markedsdominerende virksomhed forbudt at praktisere en adfærd, som de konkurrenceretlige regler uden begrænsning tillader hos mindre virksomheder, hvorimod der for den markedsdominerende virksomhed ikke ville være forbud mod en adfærd, der allerede under normale markedsforhold kontrolleres og — på grund af sin farlighed for konkurrencen — kun tillades under særlige omstændigheder.

23. De her beskrevne strukturforskelle mellem de to bestemmelser kan også forklares ud fra en økonomisk betragtning. Artikel 85 omhandler alle virksomheders adfærd under normale konkurrencebetingelser og forbyder virksomhederne at hindre en effektiv konkurrence ved forskellige former for adfærd, nemlig aftaler eller samordnet praksis. Derimod beskytter artikel 86 konkurrencen mod yderligere begrænsninger i en situation, hvor den allerede er svækket som følge af en virksomheds dominerende stilling på markedet[7]. Det er under disse omstændigheder vanskeligt at forestille sig at give tilladelse til en adfærd, der udgør et misbrug, og som yderligere begrænser den konkurrence, der endnu findes. Tværtimod bør monopolmyndighederne for at opretholde denne endnu eksisterende konkurrence kunne træffe foranstaltninger, der går videre end de foranstaltninger, der er nødvendige og lovlige på et marked, der ikke domineres af nogen enkelt virksomhed.

24. Sagsøgeren har imidlertid anført, at anvendelsen af artikel 86 på en adfærd, der er fritaget i henhold til artikel 85, strider mod Domstolens dom i Continental Can-sagen[8], hvorefter artiklerne 85 og 86 ikke må fortolkes på modstridende vis, da de tilsigter gennemførelsen af samme mål. Det skal heroverfor anføres, at det fælles mål for begge disse bestemmelser, således som det fremgår af Traktatens artikel 3, litra f), er gennemførelsen af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes. Begge bestemmelserne skal derfor fortolkes således, at dette mål nås. Efter omstændighederne vil man i så henseende kunne nøjes med at anvende den ene af bestemmelserne.

25. Efter indholdet og opbygningen af Traktatens konkurrenceregler finder artikel 86 således også anvendelse på en adfærd, der i henhold til artikel 85, stk. 3, er fritaget fra forbuddet i artikel 85, stk. 1.

26. Det bekræftes endvidere ved en sammenligning med andre forbudsbestemmelser i EØF-Traktaten, at fritagelsen i henhold til artikel 85, stk. 3, alene dispenserer fra forbuddet i artikel 85, stk. 1. Således f. eks. ved aftaler, der indebærer forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Her udelukker artikel 7 enhver fritagelse[9]. Fritagelsen efter artikel 85, stk. 3, kan heller ikke gøre en adfærd lovlig, der strider mod artikel 36, andet punktum. Uanset fritagelsen må parterne derfor ikke praktisere en sådan adfærd.

27. Jeg skal herefter undersøge, om dette resultat af gennemgangen af Traktatens be-

7 — Dom af 13. februar 1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen (85/76, Sml. s. 461, 541).

8 — Dom af 21. februar 1973, præmis 25 (6/72, Sml. s. 215, 246).

9 — Dette spørgsmål er meget omtvistet i teorien; se f. eks. Deringer: *EWG-Wettbewerbsrecht, Kommentar*, note 8 til artikel 85, stk. 3, men herimod Koch i Grabitz, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, note 66 ad artikel 85.

stemmelser harmonerer med Domstolens praksis.

28. Domstolen tog allerede i en dom af 20. marts 1957 stilling til spørgsmålet om forholdet mellem konkurrencebegrænsende aftaler i EKSF-Traktatens artikel 65 og andre forbudsbestemmelser i denne Traktat, konkret forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 4, litra b). Sagsøgerne havde i den nævnte sag ansøgt om godkendelse efter EKSF-Traktatens artikel 65, stk. 2, af salgsbetingelserne for en af Ruhr-områdets kulsalgsforeninger. Den Høje Myndighed havde i alt væsentligt imødekommet ansøgningen, dog havde den nægtet godkendelse af nogle vilkår i de nævnte bestemmelser med den begrundelse, at de stred mod såvel EKSF-Traktatens artikel 65, stk. 2, som mod forbuddet mod forskelsbehandling i Traktatens artikel 4, litra b). Sagsøgerne hævdede, at artikel 65 var en særbestemmelse og dermed udelukkede anvendelsen af artikel 4, litra b), på det samme sagsforhold. Domstolen — der herved fulgte generaladvokat Roemers forslag til afgørelse — fastslog imidlertid, at Den Høje Myndighed med rette havde bedømt de omtvistede bestemmelser i lyset af begge forbudsbestemmelserne [10].

29. For så vidt angår forholdet mellem artiklerne 85 og 86, fremgår det af Domstolens praksis, at selv om de vedrører forskellige faktiske omstændigheder, kan overlapningstilfælde dog forekomme. De første tilkendegivelser herom findes i den dom, hvorved Domstolen i 1966 ikke gav den italienske regering medhold i en påstand om annullation af forordning nr. 19/65/EØF [11]. Ved denne forordning gav Rådet som bekendt Kommissionen bemyndigelse til at udstede gruppefritagelsesforordninger for eneforhandlingsaftaler, eksklusive købsaftaler og licensaftaler. Sagsøgeren havde som tredje søgsmålsgrund anført, at sådanne vertikale aftaler kun kunne bedømmes i henhold til artikel 86, men ikke artikel 85. Idet forordningen anvendte artikel 85, var det med urette lagt til grund, at sådanne aftaler ikke er omfattet af artikel 86, som således var overtrådt. Domstolen afviste udtrykkeligt det synspunkt, at artiklerne 85 og 86 skal fortolkes »under hensyn til virksomhedernes placering i omsætningskæden«. Domstolen fastslog tværtimod, og jeg citerer her den klarere franske præmisversion:

»... que chacun des articles 85 et 86, répondant ainsi à des objectifs propres, est indifféremment applicable à divers types d'accords, dès lors que sont réunies les conditions spéciales de l'un ou de l'autre des ces articles« [12]

Domstolen har siden flere gange bekræftet, at artiklerne 85 og 86 er samtidigt anvendelige. Den fastslog således i Hoffmann-La Roche-dommen [13], at artikel 86 ikke bliver uanvendelig på grund af den omstændighed, at den markedsdominerende virksomheds adfærd falder ind under artikel 85, særlig artikel 85, stk. 3. Sidste år præciserede Domstolen endelig på ny — i Ahmed Sa-

10 — Dom af 20. marts 1957, Geitling mod Den Høje Myndighed (2/56, Sml. 1954-1964, s. 41).

11 — EFT 1965-1966, s. 31.

12 — Dom af 13. juli 1966, Italien mod Rådet og Kommissionen, (32/65, Sml. 1965-1968, s. 293, 299. Dansk version: »artiklerne 85 og 86 har således hvert sit formål og finder derfor uden videre anvendelse på forskellige aftalearter, så snart de særlige betingelser i den pågældende artikel er opfyldt.«)

13 — Ovennævnte sag 85/76, præmis 116 (Sml. s. 550); jf. ligeledes generaladvokat Reischls forslag til afgørelse i sag 7/82, GVL (Sml. 1983, s. 483, 525).

eed-dommen [14] og i Anklagemyndigheden mod Tournier [15] — at artiklerne 85 og 86 kan anvendes samtidigt, når en markedsdominerende virksomhed indgår konkurrencebegrænsende aftaler. I Ahmed Saeed-sagen nævnte Domstolen som eksempel på misbrug, at den dominerende virksomhed påtvinger sine medkontrahenter urimelige flybilletpriser. I den anden sag gjorde Domstolen ingen bemærkning om forholdet mellem artiklerne 85 og 86, men gik ud fra som en selvfølge, at de er parallelt anvendelige. Med henblik på besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål, som en fransk ret havde forelagt, undersøgte Domstolen spørgsmålet, om begge disse bestemmelser var tilsidesat ved en og samme adfærd, nemlig det franske ophavsretsselskab SACEM's afgiftspolitik.

30. På baggrund af den nævnte domspraksis kan der ikke udledes noget andet af Continental Can- og Züchner-dommene. I Continental Can-sagen afviste Domstolen ikke, at artikel 86 kan anvendes på en dominerende virksomheds kontraktpraksis [16], og Domstolens obiter dictum i Züchner-dommen, hvorefter kun artikel 85, men ikke artikel 86, omfatter samordnet praksis [17], tillader ikke, at man drager nogen principielle slutninger med hensyn til rækkevidden af artikel 86.

31. Det fremgår dernæst af Domstolens praksis, at der ikke kan anerkendes en mulighed for at dispensere fra forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling svarende til bestemmelsen i artikel 85, stk. 3. Allerede i Continental Can-dommen nævnte Domstolen den forskel mellem artiklerne 85 og 86, som ligger i, at der — til forskel fra artikel 85, stk. 3 — ikke kan fritages fra forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling [18]. At der på dette punkt ikke er tale om noget vilkårligt besluttet af Traktatens forfattere, men derimod en logisk bestanddel af fællesskabsrettens system, blev allerede meget klart understreget af generaladvokat Lenz i Ahmed Saeed-sagen. Jeg citerer: »Man kan ikke få tilladelse til misbrug, i hvert fald ikke i et samfund, der hviler på retsstatsprincippet« [19].

Domstolen har på linje hermed i Hoffmann-La Roche-sagen fastslået, at Kommissionen frit kan vælge enten at gennemføre proceduren i henhold til artikel 85 eller i henhold til artikel 86 [20], såfremt begge bestemmelsers anvendelsesbetingelser er opfyldt.

32. Det følger endelig også af princippet om retsreglernes trinfølge, at det er utænkeligt at meddele fritagelse fra forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling. Kommissionen kan ikke »være kompetent til ved en individuel fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, dvs. en foranstaltning i medfør af afledet ret, at tillade den berørte virksomhed at tilsidesætte artikel 86, der er en traktatbestemmelse« [21].

33. Som resultat af denne gennemgang af Domstolens praksis kan det konstateres, at den ikke udelukker, at artikel 86 også finder anvendelse på aftaler, der er fritaget i henhold til artikel 85, stk. 3. Tværtimod inde-

14 — Dom af 11. april 1989, præmis 37 ff. (66/86, Sml. s. 803, 849).

15 — Dom af 13. juli 1989 (395/87, Sml. s. 2521).

16 — Sag 6/72, jf. ovenfor, præmis 25 (Sml. s. 245).

17 — Dom af 14. juli 1981, præmis 10 (172/80, Sml. s. 2021, 2030 f.).

18 — Sag 6/72, jf. ovenfor, præmis 25 (Sml. s. 246); se i samme retning generaladvokat Roemers forslag til afgørelse, nævnt ovenfor (Sml. s. 257).

19 — Forslag til afgørelse af 28. april 1988 i sag 66/86, punkt 41.

20 — Ovennævnte sag 85/76, præmis 116 (Sml. s. 550).

21 — Sag 66/86, andet forslag til afgørelse fra generaladvokat Lenz, fremsat den 17. januar 1989, punkt 18.

holder praksis elementer, der taler for — hvis de da ikke ligefrem tvinger til — en sådan traktatfortolkning.

b) Individuel fritagelse og anvendelse af artikel 86

34. Jeg skal herefter undersøge, hvorledes den afledede fællesskabsret har behandlet spørgsmålet om forholdet mellem fritagelsen fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende adfærd og misbrug af en dominerende stilling. Den afledede ret kan naturligvis under ingen omstændigheder ændre EØF-Traktatens bestemmelser, men skal tværtimod vurderes efter, om den er i overensstemmelse med Traktatens bestemmelser[22]. Den fortolkning, som Fællesskabets lovgiver foretager med hensyn til et spørgsmål, der ikke er udtrykkeligt traktatreguleret, er imidlertid et vigtigt udsagn om, hvorledes en bestemmelse skal forstås. Traktaten giver selv i artikel 87 Rådet bemyndigelse til at udstede de fornødne bestemmelser om anvendelsen af principperne i artiklerne 85 og 86. Rådet har således derved også beføjelse til at konkretisere Traktatens bestemmelser samt udfylde dem, i det omfang Traktaten har ladet visse spørgsmål stå åbne. Domstolene i Fællesskabet er bundet af sådanne udfyldende bestemmelser, forudsat at de er traktatmæssige. Dette er begrundelsen for, at Domstolen i Ahmed Saeed-dommen også efterprøvede Traktatens regler om konkurrencen i lyset af den afledede ret[23].

Jeg skal herefter først undersøge forordning nr. 17[24] og forordningerne om gennemførelse af konkurrencereglerne på transportområdet med henblik på, om de indeholder noget af relevans for anvendelsen af artikel 86 på en adfærd, der er fritaget i henhold til en individuel afgørelse.

35. aa) Forordning nr. 17 indeholder ingen udtrykkelige bestemmelser om spørgsmålet om, hvorvidt det påvirker muligheden for at anvende artikel 86 på de berørte virksomheders adfærd, at en aftale er fritaget. Forordningen giver imidlertid visse fingerpeg.

36. I forordningens artikel 9, stk. 1, der indeholder bestemmelserne om kompetence, nævnes fritagelsesbeslutningen efter artikel 85, stk. 3, alene som vedrørende artikel 85, stk. 1, ikke artikel 86. Det er et første fingerpeg. Jeg skal undersøge de øvrige retsvirkninger af denne bestemmelse i forbindelse med gennemgangen af sagsøgerens tredje søgsmålsgrund.

37. Andet fingerpeg: Forordningens artikel 8, stk. 1, indeholder en oplysning om indholdet af beslutningen om fritagelse. Fritagelsen skal gives for et bestemt tidsrum, og der kan knyttes betingelser og påbud til den. Bestemmelsen om, at fritagelsen skal fastsættes for et bestemt tidsrum og muligheden for at knytte betingelser til den, viser, at fritagelsesbeslutningen tillader en konkurrencebegrænsning inden for visse grænser, nemlig de grænser, der følger af konkurrencebegrænsningens formål, omfanget af dens påvirkning af konkurrencen samt dens varighed. Mens den konkurrencebegrænsning, der følger af en aftale, kan afgrænses på denne måde, er dette ikke muligt ved den konkurrencebegrænsning, der følger af en dominerende stilling: En konkurrencebegrænsning af denne art kan ikke underkastes en retlig regulering, for så vidt angår dens formål, intensitet eller varighed[25],

22 — Se tillige punkt 41 i generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse af 28. april 1988 i sag 66/86: »Også en rådsforordning, der måtte betegne visse adfærdsformer som forenelige med Traktatens artikel 86, skal vurderes i lyset af bestemmelsens kriterier«.

23 — Dom af 11. april 1989, præmis 37 (66/86, Sml. s. 803, 849).

24 — EFT 1959-1962, s. 81.

25 — Mestmäcker: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 1974, s. 357.

medmindre man forbyder den dominerende stilling som sådan. Til forskel fra artikel 85 regulerer artikel 86 ikke de betingelser, hvorunder en konkurrencebegrænsning er lovlig, men fastslår retsvirkningerne af en allerede eksisterende begrænsning, idet den etablerer en kontrol med de markedsdominerende virksomheders adfærd. Disse forskelle mellem de to bestemmelser viser endnu en gang, at bestemmelserne om fritagelse for forbuddet i artikel 85, stk. 1, ikke er på deres plads med hensyn til artikel 86. En tilladelse, der i henhold til artikel 85, stk. 3, gives til en aftale, og som er undergivet begrænsninger efter sit formål, virkninger og varighed, kan ikke bevirke, at den langt videre konkurrencebegrænsning, der følger af en virksomheds dominerende stilling, måske i tre år (!) unddrages enhver kontrol i henhold til artikel 86.

38. Tredje fingerpeg: I henhold til artikel 8, stk. 3, litra d), i forordning nr. 17 kan fritagelsen tilbagekaldes med tilbagevirkende gyldighed, såfremt de deltagende virksomheder misbruger den. Deltagerne i en fritaget konkurrencebegrænsende aftale må følgelig ikke misbruge denne konkurrencebegrænsning, ligesom en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, ikke må misbruge denne. Man ser her parallellen mellem konkurrencebegrænsningen som følge af en aftale, der er fritaget i henhold til artikel 85, stk. 3, og den konkurrencebegrænsning, der følger af en dominerende stilling: Begge er lovlige som sådan, men de må ikke misbruges. Det fremgår således af forordningens artikel 8, stk. 3, litra d), at den individuelle fritagelse ikke kan gøre en adfærd lovlig, der har karakter af misbrug. Dette fastslår bestemmelsen ganske vist kun udtrykkeligt, for så vidt angår misbrug af fritagelsen fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler mv. Dette kan imidlertid forklares med, at bestemmelsen kun vedrører retsvirkningerne af et sådant misbrug. Den omstændighed, at man har fundet det nødvendigt at udstede særlige bestemmelser om virkningerne af fritagelsesmisbrug, for så vidt angår fritagelsesbeslutningens fortsatte gyldighed, betyder ikke, at artikel 8 i forordning nr. 17 skulle afskære Kommissionen fra at træffe foranstaltninger i medfør af forordningens artikler 3 og 15 over for det særligt farlige misbrug, der omhandles i artikel 86.

39. Endelig indeholder artikel 15, stk. 5, i forordning nr. 17 som fjerde fingerpeg en indirekte forskrift om anvendelsen af artikel 86 under fritagelsesproceduren. Når en aftale er blevet anmeldt i henhold til forordningens artikel 4, kan den anmeldte adfærd ikke straffes med en bøde, hverken for overtrædelse af artikel 85, stk. 1, eller for overtrædelsen af artikel 86. Heraf følger imidlertid, at artikel 86 i øvrigt fortsat finder anvendelse under fritagelsesproceduren og således kan have retsvirkninger under denne procedure, og at Kommissionens beføjelse til at pålægge sanktioner blot er begrænset ved en særlig bestemmelse.

40. Derimod indeholder forordning nr. 17 ingen bestemmelse om anvendelsen af artikel 86 for tiden efter en beslutning om fritagelse. Normalt kan spørgsmålet om anvendelsen af artikel 86 ikke længere opstå i denne situation, da en aftale, der opfylder betingelserne for fritagelse i artikel 85, stk. 3, ikke kan betragtes som et misbrugsforhold i artikel 86's forstand. Kommissionen skal, før den meddeler fritagelse til en dominerende virksomhed, kontrollere, at samtlige betingelser i artikel 85, stk. 3, er opfyldt, altså især at forbrugerne får andel af fordelen ved det konkurrencebegrænsende forhold, at de pålagte begrænsninger er forholdsmæssige, og at konkurrencen er opretholdt for en væsentlig del af »de pågældende varer«. Såfremt Kommissionen med hensyn til en konkret aftale når til en positiv

konklusion — fritagelse — kan den vanskeligt karakterisere samme aftale som et misbrug af en dominerende stilling under en procedure nr. 2 vedrørende tilsidesættelse af artikel 86. Her, dvs. når der foreligger en individuel fritagelse, er sagsøgerens argument om, at der ikke må forekomme modsigelser ved anvendelsen af fællesskabsretten, utvivlsomt til dels rigtig. Det er nærliggende at tillægge en beslutning, hvorved Kommissionen meddeler en dominerende virksomhed fritagelse, lignende retsvirkninger med hensyn til artikel 86 som en negativattest[26], der ganske vist er bindende for Kommissionen, men ikke for de nationale domstole[27].

41. Såfremt en part i en fritaget aftale derimod først efterfølgende opnår en dominerende stilling, eller såfremt en markedsdominerende virksomhed senere bliver part i den fritagne aftale, kan Kommissionens bedømmelse, der førte til fritagelsen, ikke have omfattet spørgsmålet, om aftalen fortsat opfylder betingelserne i artikel 85, stk. 3, også i en sådan markedssituation. I henhold til artikel 8, stk. 3, litra a), i forordning nr. 17 kan Kommissionen bl. a. i det nævnte tilfælde, hvor de faktiske forhold har ændret sig, ex nunc foretage en ny bedømmelse af, om fritagelsen for forbuddet i artikel 85, stk. 1, stadig er berettiget[28]. Eftersom Kommissionen i sagen her endnu ikke havde kunnet tage hensyn til den dominerende stilling, da den tog stilling til anvendelsen af artikel 85, stk. 3, kan den ikke antages at være bundet af sin egen afgørelse om fritagelse. Fritagelsen er således ikke til hinder for, at Kommissionen med hjemmel i artikel 86 giver pålæg om at bringe forholdet til ophør.

42. bb) Jeg skal herefter omtale de tre forordninger om anvendelse af konkurrencereglerne inden for transportsektoren[29].

De tre forordninger hjemler som supplement til ordningen med individuel fritagelse, der sker ved en retsstiftende kommissionsbeslutning, en forenklet procedure, den såkaldte indsigelsesprocedure[30]. Efter denne procedure indgiver virksomheder, der er parter i en konkurrencebegrænsende aftale mv., en ansøgning til Kommissionen om fritagelse, som offentliggøres i Tidende. Interesserede tredjemænd kan fremsætte sine bemærkninger om ansøgningen inden for en frist på 30 dage. Efter offentliggørelsen har Kommissionen en frist på 90 dage til at iværksætte en formel fritagelsesprocedure, idet den i så fald meddeler ansøgeren, at der består betydelig tvivl med hensyn til muligheden for fritagelse. I modsat fald anses fritagelsen for meddelt for et vist tidsrum, hvorved Kommissionen kan tilbagekalde fritagelsen når som helst, hvis det viser sig, at fritagelsesbetingelserne ikke er opfyldt.

26 — Jf. Höhn: *Die Anwendbarkeit des Artikel 86 EWG-Vertrag bei Kartellen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen*, Diss. Frankfurt, 1969, s. 67, der ganske vist kommer til et andet resultat.

27 — Spørgsmålet om negativattestens retsvirkninger for nationale retsinstanser er omtvistet. Se som min opfattelse Waelbroeck, M.: »Judicial review of Commission action in competition matters«, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1983, s. 179, s. 203 f., med yderligere henvisninger.

28 — Den stigende koncentration på markedet er en omstændighed, som Kommissionen skal tage i betragtning ved behandlingen af en anmodning om fornyelse af en fritagelse. Dom af 9. juli 1987, Ancides mod Kommissionen, præmis 13 (43/85, Sml. s. 3131, 3154).

29 — Forordning (EØF) nr. 1017/68 (EFT 1968 I, s. 295), forordning (EØF) nr. 4056/86 (EFT L 378, s. 4) og forordning (EØF) nr. 3975/87 (EFT L 374, s. 1).

30 — Artikel 12 i forordning nr. 1017/68 (der ikke omfatter krisekarteller efter forordningens artikel 6), artikel 12 i forordning nr. 4056/86 og artikel 5 i forordning nr. 3975/87.

43. Den nyeste af disse tre forordninger, forordning (EØF) nr. 3975/87 om fastsættelse af fremgangsmåden ved anvendelse af konkurrencereglerne på virksomheder i luftfartssektoren, indeholder som den eneste en udtrykkelig bestemmelse om forholdet mellem en sådan individuel fritagelse og artikel 86. I henhold til forordningens artikel 5, stk. 3, kan en fritagelse som resultat af indsigelsesproceduren tilbagekaldes med tilbagevirkende gyldighed, såfremt »de pågældende parter har afgivet urigtige oplysninger, har misbrugt en fritagelse fra bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, eller har overtrådt artikel 86«. Derimod angiver forordningerne (EØF) nr. 1017/68 [31] og (EØF) nr. 4056/86 [32] kun de to første begrundelser for en tilbagekaldelse med tilbagevirkende gyldighed.

Den situation, at en meddelt fritagelse tilbagekaldes ved en retsstiftende beslutning, er derimod enslydende reguleret i alle tre forordninger. Mens misbrug af fritagelsen nævnes — ligesom i artikel 8, stk. 3, litra d), i forordning nr. 17 — som begrundelse for tilbagekaldelse med tilbagevirkende gyldighed, nævnes artikel 86 intetsteds i denne forbindelse [33].

44. Spørgsmålet er herefter, om artikel 5, stk. 3, i forordning nr. 3975/87 begrunder den modsætningsslutning, at artikel 86 ikke finder anvendelse på en fritaget adfærd, hvis en sådan udtrykkelig bestemmelse ikke findes, og dermed i alle andre tilfælde. Dette kunne lægges til grund, såfremt formålet med den nævnte bestemmelse var at foreskrive artikel 86 anvendt. Dette er imidlertid ikke tilfældet. Artikel 5, stk. 3, i forordning nr. 3975/87 fastsætter derimod som supplement til de sanktioner, der følger af en overtrædelse af artikel 86, den yderligere sanktion, at fritagelsen tilbagekaldes efter indsigelsesproceduren i henhold til denne forordning. En overtrædelse af artikel 86 har således den yderligere retsvirkning, at artikel 85, stk. 1, også finder anvendelse på aftalen med tilbagevirkende gyldighed. I en sådan situation har parterne således ikke alene overtrådt artikel 86, men også artikel 85, stk. 1. Denne retsvirkning følger imidlertid ikke automatisk af, at artikel 86 finder anvendelse og indtræder derfor kun, såfremt den — som her — har udtrykkelig positiv hjemmel.

En modsætningsslutning må endvidere udelukkes under hensyn til bestemmelsens ordlyd. Efter bestemmelsen er de dér fastsatte retsvirkninger følgen af en overtrædelse af EØF-Traktatens artikel 86, som dermed forudsættes at finde anvendelse på parternes adfærd.

45. Det kan herefter sammenfattende fastslås, at det fremgår af en række elementer i forordning nr. 17 og i artikel 5, stk. 3, i forordning nr. 3975/87, at en individuel fritagelse ikke er til hinder for at anvende artikel 86, men at den i det højeste skal tillægges betydning af Kommissionen, for så vidt som denne efter omstændighederne kan være bundet af sin egen beslutning. Til gengæld har artikel 86 retsvirkninger på anvendelsesområdet for artikel 85, stk. 3, for så vidt som den udelukker fritagelse af en adfærd, der har karakter af misbrug af en dominerende stilling. Dette betyder imidlertid ikke, at markedsdominerende virksomheder er afskåret fra at få fritagelse. Kommissionen kan meddele dem fritagelse, i det omfang dette ikke resulterer i et misbrug af en dominerende stilling.

31 — Artikel 12, stk. 3.

32 — Ibidem.

33 — Artikel 13 i forordning nr. 1017/68, artikel 6 i forordning nr. 3975/87 og artikel 13 i forordning nr. 4056/86.

c) Gruppefritagelse og anvendelse af artikel 86

46. Jeg kommer hermed til den tredje fase i min gennemgang, hvor jeg i lyset af konklusionerne vedrørende individuel fritagelse skal undersøge forholdet mellem gruppefritagelse og artikel 86.

Forordningerne, der hjemler gruppefritagelse, kan deles i tre grupper, der afspejler udviklingen af denne foranstaltning i Fællesskabets lovgivning. Faserne i denne udvikling viser en stigende nuancering af de bemyndigelsesbestemmelser, der er grundlaget for gruppefritagelserne.

47. Det er dog et fælles træk ved alle forordningerne om gruppefritagelse, at de, ligesom ved individuel fritagelse i henhold til en beslutning, alene vedrører forbuddet i artikel 85, stk. 1. Der findes ingen gruppefritagelsesforordning, der erklærer forbuddet i artikel 86 for uanvendeligt. Disse forordninger udviser imidlertid den klare forskel fra ordningen med individuel fritagelse, at de er udtryk for en generel, abstrakt vurdering af en aftalekategori, som lovgiver foretager ex ante og herved normalt tager hensyn til sådanne aftalers virkninger under normale konkurrencevilkår. Der foretages herved ingen konkret prøvelse af anvendelsesbetingelserne for artikel 85, stk. 3, under hensyn til de særlige omstændigheder på et af de berørte markeder samt til en konkret virksomheds placering på markedet eller dens dominerende stilling[34]. Dette er en vigtig forskel, der, som jeg nærmere skal forklare i det følgende, har betydning med hensyn til retsvirkningerne af en gruppefritagelse sammenlignet med retsvirkningerne af en individuel fritagelse.

48. Indholdsmæssigt er gruppefritagelsesforordningerne indbyrdes forskellige derved, at nogle er baseret på markedets struktur, mens de fleste ikke indeholder en sådan begrænsning. Hvor en gruppefritagelse ikke beror på markedets struktur, opnås den ene og alene på grundlag af lovgivers teoretiske beslutning.

Således forholder det sig frem for alt ved Rådets første bemyndigelsesforordning, forordning nr. 19/65 om eneforhandlings- og licensaftaler, såvel som med hensyn til de gruppefritagelsesforordninger, der er udstedt med hjemmel heri, herunder den i nærværende sag relevante forordning vedrørende patentlicensaftaler[35]. De gruppefritagelser, der er meddelt med hjemmel i forordning nr. 19/65, gælder med én enkelt undtagelse uden hensyn til markedsstrukturen.

Forordning (EØF) nr. 1984/83 indeholder som den eneste en yderligere bestemmelse, hvorefter kun små og mellemstore virksomheder kan opnå fritagelse for eksklusive købsaftaler mellem fabrikanter, der konkurrerer indbyrdes[36]. Fællesskabslovgiver udelukker dermed som hovedregel markedsdo-

34 — Wertheimer: »Het adagium van artikel 86, EEG: 'Quod licet bovi non licet jovi'», i *Europees Kartelrecht Anno 1980*, s. 143, 212.

35 — Forordning nr. 67/67/EØF (EFT 1967, s. 9), senere erstattet af forordningerne (EØF) nr. 1983/83 (EFT L 173, s. 1) og (EØF) nr. 1984/83 (EFT L 173, s. 5); forordning (EØF) nr. 2349/84 (EFT L 219, s. 15), forordning (EØF) nr. 123/85 (EFT L 15, s. 16), forordning (EØF) nr. 4087/88 (EFT L 359, s. 46) og forordning (EØF) nr. 556/89 (EFT L 61, s. 1).

36 — Tiende betragtning, artikel 3, litra b), og artikel 5.

minerende virksomheder fra at opnå fritagelse for sådanne aftaler.

49. For så vidt angår forholdet mellem artikel 86 og gruppefritagelse, forholder det sig i øvrigt som følger: bemyndigelsesforordningen henviser ikke til artikel 86. To gruppefritagelsesforordninger, nemlig forordning (EØF) nr. 1983/83 om eneforhandlingsaftaler og forordning nr. 1984/83 om eksklusive købsaftaler anfører derimod udtrykkeligt i betragtningerne, at de ikke udelukker anvendelsen af artikel 86 [37].

50. Den anden »familie« af gruppefritagelsesforordninger videreudvikler denne ordning. Hertil hører bemyndigelsesforordningen (EØF) nr. 2821/71 og de to med hjemmel heri udstedte forordninger (EØF) nr. 417/85 og (EØF) nr. 418/85 om specialiseringsaftaler og aftaler vedrørende forskning og udvikling [38]. I henhold til de »horisontale« forordninger nr. 417/85 og nr. 418/85 er det en betingelse for gruppefritagelsen, at de deltagende virksomheders markedsandel og omsætning ikke overstiger en vis øvre grænse [39]. Markedsdominerende virksomheder kan således ikke, i det mindste som hovedregel, opnå fritagelse efter disse to forordninger.

51. Bestemmelserne om tilbagekaldelse af gruppefritagelsen i særlige tilfælde har også udviklet sig med tiden. Efter artikel 7 i forordning nr. 19/65 kan tilbagekaldelse ske, såfremt den fritagne adfærd har virkninger, som er uforenelige med artikel 85, stk. 3. Det fremgår ikke af bestemmelsen, om en sådan tilbagekaldelse har tilbagevirkende gyldighed, eller om den kun har virkning for fremtiden. I den sidste betragtning til forordning nr. 2821/71 anføres det derimod udtrykkeligt, at gruppefritagelsen kun kan tilbagekaldes med virkning for fremtiden. Forordningens artikel 7, der hjemler tilbagekaldelse af fritagelsen, svarer ordret til den ældre bestemmelse i artikel 7 i forordning nr. 19/65. Heraf fremgår, at tilbagekaldelsen også inden for anvendelsesområdet for denne bestemmelse kun kan ske ex nunc.

52. Den tredje og nyeste kategori gruppefritagelsesforordninger vedrører luftfartssektoren. Hjemmelsgrundlaget på området er Rådets forordning (EØF) nr. 3976/87 [40]. Forordningen udelukker ikke markedsdominerende virksomheder fra fritagelse. Der foreligger imidlertid her det nye, at allerede bemyndigelsesforordningen omhandler retsvirkningerne af en overtrædelse af artikel 86. I henhold til forordningens artikel 7, stk. 2, kan gruppefritagelsen i de enkelte tilfælde tilbagekaldes, såfremt den fritagne aftale »har virkninger, som... er forbudt i henhold til artikel 86...«. I betragtningerne til de tre gruppefritagelsesforordninger [41], der er vedtaget med denne hjemmel, fremhæves det udtrykkeligt, at forordningerne ikke er til hinder for anvendelse af artikel 86. De hjemler alle tilbagekaldelse af fritagelsen [42] for aftaler, hvis virkningerne »er forbudt i henhold til Traktatens artikel 86«.

Det fremgår endvidere af artikel 7, stk. 2, i bemyndigelsesforordningen, at tilbagekal-

37 — Femtende betragtning til forordning nr. 1983/83 og treogtyvende betragtning til forordning nr. 1984/83.

38 — Forordning (EØF) nr. 2821/71 (EFT 1971 III, s. 896); forordning (EØF) nr. 417/85 (EFT L 53, s. 1); forordning (EØF) nr. 418/85 (EFT L 53, s. 5).

39 — Artikel 3 i forordning nr. 417/85 og artikel 3, stk. 2 og 3, i forordning nr. 418/85 (kun vedrørende markedsandelen).

40 — EFT L 374, s. 9.

41 — Forordning (EØF) nr. 2671/88, (EØF) nr. 2672/88 og (EØF) nr. 2673/88 (EFT L 239, s. 9, 13 og 17).

42 — Artikel 7 i forordning nr. 2671/88, artikel 11 i forordning nr. 2672/88 og artikel 4 i forordning nr. 2673/88.

delsen af fritagelsen ikke er den eneste retsvirkning af en overtrædelse af artikel 86. Efter bestemmelsen kan Kommissionen således endvidere »i henhold til artikel 13 i forordning nr. 3975/87 træffe alle passende foranstaltninger med henblik på at bringe disse overtrædelser til ophør«. I henhold til denne bestemmelse kan Kommissionen fastsætte tvangsbøder, såfremt virksomhederne ikke efterkommer dens henstilling om at bringe en overtrædelse af artikel 86 til ophør[43]. Derimod henvises der ikke til artikel 12 i forordning nr. 3975/87, der giver Kommissionen beføjelse til at pålægge bøder for overtrædelser af artikel 86.

53. Inden for søtransportsektoren har Rådet ikke givet Kommissionen bemyndigelse til at vedtage gruppefritagelsesforordninger. I artiklerne 3 og 6 i forordning nr. 4056/86 om søtransport[44] har Rådet selv meddelt gruppefritagelser, der også her alene vedrører forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler mv. i artikel 85, stk. 1. Ligesom de egentlige gruppefritagelsesforordninger indeholder forordning nr. 4056/86 i artikel 8 en bestemmelse om tilbagekaldelse af fritagelsen, såfremt der konkret opstår virkninger, som er uforenelige med artikel 86. Endvidere bevarer Kommissionen sin ret til efter den almindelige procedure i artikel 10 at indlede »en sag med henblik på at bringe en overtrædelse af Traktatens... artikel 86 til ophør«.

54. Jeg skal herefter forsøge at uddrage visse almindelige principper af disse mange bestemmelser. Man må herved have in mente, at alle gruppefritagelser uanset deres forskelle på enkelte punkter tjener til at gennemføre artikel 85, stk. 3. Bestemmelserne i én gruppefritagelsesforordning kan derfor være relevante ved fortolkningen af andre forordninger. Det ville være i strid med Traktatens system, at kunstige sondringer skulle gøre det umuligt at anvende artiklerne 85 og 86 ensartet på de respektive områder, som gruppefritagelsesforordningerne omfatter. Dette er begrundelsen for, at jeg i min undersøgelse er gået langt ud over forordning nr. 2349/84 for således at give Retten et samlet overblik over gruppefritagelsesforordningerne.

55. Under henvisning til det netop anførte, tillader jeg mig at drage følgende konklusioner: Artikel 86 kan finde anvendelse samtidig med en gruppefritagelse, for så vidt lovgiver ikke allerede som udgangspunkt ved at fastsætte visse overgrænser har udelukket markedsdominerende virksomheder fra at få en sådan fritagelse. Dette har lovgiver anerkendt i betragtningerne til to gruppefritagelsesforordninger, hvorved lovgiver dog ikke har fastsat en konkret bestemmelse om anvendelsen af artikel 86[45]. Mens artikel 86 imidlertid, for så vidt angår en individuel fritagelse, såvel kan have betydning ved meddelelsen som ved tilbagekaldelsen af fritagelsen, kan den ved en gruppefritagelse alene have betydning under proceduren for tilbagekaldelse, eftersom den individuelle tilladelsesprocedure her er erstattet af en abstrakt beslutning, hvorved lovgiver ex ante fastlægger indholdet af den enkelte gruppefritagelsesforordning.

Da der ikke findes nogen individuel fritagelsesprocedure, er der fare for, at der opnås gruppefritagelse for en aftale, der ikke konkret opfylder betingelserne i artikel 85, stk. 3. Eftersom Kommissionen, for så vidt an-

43 — En sådan henstilling kan gives i medfør af artikel 4 i forordning nr. 3975/87.

44 — EFT L 378, s. 4.

45 — Forordning nr. 1983/83 og 1984/83.

går gruppefritagelse, netop ikke skal foretage nogen forudgående kontrol af, om kriterierne i artikel 85, stk. 3, er opfyldt i det enkelte tilfælde, kan en sådan fritagelse ikke med henblik på artikel 86 fortolkes som en »stiltiende negativattest«, som Kommissionen selv skulle være bundet af ved anvendelsen af den nævnte bestemmelse. På dette punkt har en gruppefritagelse mere begrænsede virkninger end en individuel fritagelse.

Såfremt en markedsdominerende virksomhed ligesom i den foreliggende sag først efterfølgende får del i en gruppefritagelse, er det under alle omstændigheder udelukket, at Kommisssionen er bundet af sin egen beslutning. Som jeg allerede har anført, kan Kommissionen heller ikke ved en individuel fritagelse være bundet af sin egen beslutning, når den dominerende virksomhed først senere bliver part i den fritagne aftale.

56. Tilbagekaldelsen af gruppefritagelsen kan på den anden side ikke ske med tilbagevirkende gyldighed. Dette kan anses for begrundet, idet gruppefritagelsen har umiddelbar hjemmel i en retsregel og ikke, som ved den individuelle fritagelse, hviler på en forvaltningsakt. For så vidt har en gruppefritagelse dermed stærkere retsvirkning end en individuel fritagelse.

Den omstændighed, at en bemyndigelsesforordning og fire af de nyere gruppefritagelsesforordninger har indsat krænkelse af artikel 86 blandt de forhold, der begrunder en tilbagekaldelse af fritagelsen, bekræfter, at artikel 86 også fortsat finder anvendelse, mens der består en gyldig gruppefritagelse.

Man må ikke på grundlag af disse særlige bestemmelser drage den modsætningsslutning, at artikel 86 på de områder, der omfattes af de andre gruppefritagelsesforordninger, ikke kan anvendes, før fritagelsen er tilbagekaldt. Som jeg allerede har anført vedrørende den individuelle fritagelse med hensyn til den parallelle bestemmelse i artikel 5, stk. 3, i forordningen om anvendelsen af konkurrencereglerne inden for luftfartssektoren, har disse bestemmelser alene til formål at fastsætte en yderligere sanktion for overtrædelse af artikel 86, konkret tilbagekaldelse af gruppefritagelsen. Denne supplerende sanktion er ikke overflødig, selv om en aftale efter national ret er ugyldig, såfremt den strider mod artikel 86, eftersom tilbagekaldelsen af fritagelsen har en særlig betydning i forbindelse med artikel 85. Det er herefter ved de særlige bestemmelser forudsat, at artikel 86 også finder anvendelse i en gruppefritagelsessituation [46].

57. Sagsøgeren har imidlertid anført, at gruppefritagelsesforordningerne er et middel, hvormed lovgiver vil tilskynde til at anvende visse typer aftaler. Dette lovgivermål vil blive modvirket, såfremt artikel 86 finder anvendelse. Jeg skal heroverfor ligesom Kommissionen anføre, at formålet med at vedtage gruppefritagelsesforordninger blot er at opnå en administrativ forenkling. Det er efter min mening ikke rigtigt, at de aftaler, der er fritaget for forbuddet i artikel 85, stk. 1, generelt kan anses for ønskelige ud fra et konkurrencepolitisk synspunkt. Fritagelsen bevirker alene, at de berørte virksom-

46 — En anden opfattelse findes hos: Wiedemann, *Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts*, bind 1, 1989, Allgemeiner Teil, s. 120 ff., nr. 371 og 373, vedrørende den i nærværende sag omtvistede kommissionsbeslutning.

heder atter har frihed til at kontrahere; fritagelsen virker ikke som et middel til konkurrencepolitisk styring [47].

58. Som resultat af gennemgangen af det første argument skal jeg herefter konkludere, at det hverken er logisk udelukket eller udtryk for en modsigelse i retsanvendelsen at bedømme sagsøgerens adfærd i lyset af artikel 86, selv om den eksklusivlicens, som sagsøgeren havde overtaget, var omfattet af Kommissionens gruppefritagelsesforordning nr. 2349/84.

2) *Overtagelsen af patentlicensen som misbrug af en dominerende stilling*

59. Det andet spørgsmål, som jeg skal behandle i denne første del af mit forslag til afgørelse, er, om Kommissionen med rette kunne anse artikel 86 for overtrådt som følge af sagsøgerens blotte overtagelse af eksklusivlicensen. Sagsøgeren har ganske vist ikke anfægtet de konstateringer vedrørende faktiske omstændigheder, som Kommissionen har lagt til grund. I retsmødet gjorde sagsøgeren imidlertid gældende, at de konstaterede faktiske omstændigheder ikke udgør en overtrædelse af artikel 86. Dette må følgelig også indgå ved prøvelsen af den anfægtede beslutning.

a) Kriterierne for misbrug af en dominerende stilling

60. Jeg skal allerførst nævne et punkt, der blev drøftet under den mundtlige forhandling. Retten stillede her det spørgsmål, om artikel 86 skal anvendes på to måder og har to sæt retsvirkninger alt efter, om der foreligger, henholdsvis ikke foreligger, en gruppefritagelse. Jeg mener, at det er fremgået af den allerede foretagne gennemgang, at forbuddet i artikel 86 gælder ens i begge situationer. Hvad angår retsvirkningerne af en tilsidesættelse af forbuddet, er det ganske vist fremgået, at Fællesskabets lovgiver har fastsat særlige bestemmelser herom i nogle gruppefritagelsesforordninger og især har indskrænket Kommissionens sanktionsbeføjelser [48]. Lovgiver har i artikel 87 hjemmel til at fastsætte sådanne forskellige bestemmelser, der alene vedrører de retsvirkninger, som en overtrædelse af artikel 86 har i henhold til den afledede ret. Såfremt lovgiver ikke fastsætter sådanne bestemmelser, som det er tilfældet i nærværende sag vedrørende forordning nr. 2349/84 om licensaftaler, finder artikel 86 i det hele anvendelse i overensstemmelse med de almindelige gennemførelsesbestemmelser til bestemmelsen, det vil i sagen her sige i overensstemmelse med forordning nr. 17.

61. På grundlag af Domstolens dom i Ahmed Saeed-sagen [49] hævder sagsøgeren imidlertid, at der i nærværende sag foreligger noget særligt med hensyn til anvendelsen af artikel 86. Sagsøgeren har anført, at en adfærd, der alene består i, at der indgås en aftale, der er fritaget efter forordning nr. 2349/84, ikke i sig selv kan kritiseres som et misbrug, men at der hertil kræves et yderligere element. Det fremgår ifølge sagsøgeren af dommen i Ahmed Saeed-sagen, at dette element er, at den dominerende virksomhed har tvunget sin medkontrahent til at indgå den fritagne aftale.

Jeg må straks bemærke, at sagsøgeren kun giver et ufuldstændigt citat af den domspræ-

47 — Koch i Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, nr. 192 og 156 vedrørende EØF-Traktatens artikel 85.

48 — Jf. artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 3976/87.

49 — Dom af 11. april 1989, præmis 37 og 42 (66/86).

mis, som sagsøger påberåber sig: faktisk siger Domstolen dér, at et misbrug af en dominerende stilling navnlig kan konstateres, »når de påtvungne billetpriser må anses for ubillige transportbetingelser, enten i forhold til konkurrenterne eller i forhold til flypassagererne«. Det vil med andre ord sige, at den omstændighed, at det lykkes en dominerende virksomhed at gennemtvinge nogle kontraktsvilkår i kraft af sin stærke stilling, efter Domstolens opfattelse ikke er det eneste, ja ikke en gang et selvstændigt kriterium for at statuere misbrug. Derimod må vægten lægges på, hvorvidt indholdet af den således påtvungne kontrakt er rimeligt. Bag kravet om et »yderligere element«, som sagsøgeren søger at indfortolke i Domstolens dom i Ahmed Saeed-sagen, skjuler der sig i virkeligheden et generelt spørgsmål, nemlig under hvilke betingelser en dominerende virksomheds adfærd skal betragtes som et misbrug af virksomhedens stilling.

62. Vedrørende dette grundspørgsmål ved artikel 86 har Domstolen gradvist fastslået nogle almindelige retningslinjer: Den fortolkede først artikel 86 i lyset af artikel 3, litra f), hvorefter Fællesskabet har den opgave at gennemføre en ordning, »der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes« [50]. I Continental Can-dommen anførte Domstolen som et første væsentligt træk ved en adfærd, der udgør et misbrug, at den pågældende adfærd styrker den dominerende virksomheds stilling og navnlig hæmmer den endnu bestående konkurrence, der allerede er afsvækket. I henhold til denne dom, som Kommissionen henviser til i den omtvistede beslutning [51], er den konkurrencebegrænsende virkning af den dominerende virksomheds adfærd afgørende for misbrugsbedømmelsen (der var i sagen tale om erhvervelse af en kapitalandel på 80% i en konkurrerende virksomhed) [52].

63. Såfremt den konkurrencebegrænsende virkning imidlertid ansås for tilstrækkelig til at karakterisere en dominerende virksomheds adfærd som et misbrug, opstår den risiko, at artikel 86 anvendes på alle virksomhedens aktiviteter med fortjeneste. Man ville herved i det mindste nærme sig den situation, at en dominerende stilling er forbudt, hvilket ikke har hjemmel i Traktaten. Artikel 86 må derfor undersøges nærmere i denne forbindelse.

Eftersom bestemmelsen ikke forbyder en dominerende stilling som sådan, har også en virksomhed med en sådan stilling lov til at disponere med henblik på at opnå en fortjeneste samt at arbejde på at udvide sin forretningsvirksomhed. Virksomheden må gerne styrke sin dominerende stilling ved at konkurrere og trænge mindre effektive konkurrenter ud af markedet, selv om virksomheden herved opnår en markedsandel på 100% [53]. EØF-Traktaten kræver ikke, at den dominerende virksomhed disponerer på en måde, der er økonomisk meningsløs og strider mod dens legitime interesser. Ellers ville fællesskabsretten komme i modstrid med andre forpligtelser, der påhviler en dominerende virksomhed, såvel som enhver anden virksomhed. Jeg tænker f. eks. på den

50 — Jf. dom af 21. februar 1973, nævnt ovenfor (6/72, Sml. s. 244 f.); dom af 6. marts 1974, Commercial Solvents, præmis 25 (6/73 og 7/73, Sml. s. 223, 253); dom af 16. november 1977, Inno mod ATAB, præmis 28 ff. (13/77, Sml s. 2115, 2145); dom af 14. februar 1978, nævnt ovenfor, præmis 63 ff. (27/76, Sml. s. 286); dom af 13. februar 1979, nævnt ovenfor, præmis 125 og 132 (85/76, Sml. s. 552 og s. 554).

51 — Betragtning 46 til den anfægtede beslutning.

52 — Ovennævnte dom, præmis 26 (s. 245). Kommissionens beslutning blev imidlertid ophævet på grund af den fejlagtige afgrænsning af det relevante marked.

53 — Lang, Temple: *Monopolisation and the definition of »abuse« of a dominant position under Article 86 EEC Treaty*, CMLR 1977, s. 345, 351.

forpligtelse, som ledelsesorganerne efter selskabsretten har til at anvende den kapital, som kapitalindskyderne har overladt dem, således at den giver et afkast, samt på virksomhedernes forpligtelse med hensyn til sikring af arbejdspladser.

64. Misbrugsbegrebet er ifølge Hoffmann-La Roche-dommen et objektivt begreb [54], hvorved det ikke forudsættes, at den økonomiske styrke, der er opnået ved hjælp af en dominerende stilling, er blevet anvendt til at realisere misbruget [55]. Dispositioner, der også kan træffes af en virksomhed, der ikke indtager en dominerende stilling — som f. eks. overtagelse af en patentlicens, erhvervelse af kapital i en anden virksomhed eller indgåelse af en eksklusiv indkøbsaftale — kan derfor ikke holdes uden for de former for adfærd, der skal bedømmes efter artikel 86. Modsat sagsøgerens opfattelse er det ikke en betingelse for, at selskabets adfærd kan karakteriseres som misbrug, at det har anvendt sin økonomiske styrke til at gennemtvinge indgåelsen af licenskontrakten [56]. Også helt værdineutrale foranstaltninger kan være i strid med artikel 86, såfremt de kan medføre uønskede virkninger i forhold til Fællesskabets konkurrencesystem.

65. Artikel 86 pålægger således den markedsdominerende virksomhed en særlig forpligtelse »til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejelig konkurrence på fællesmarkedet« [57]. For at undgå at disse særlige forpligtelser for den dominerende virksomhed kommer i konflikt med princippet om, at en dominerende stilling ikke i sig selv er forbudt, er der behov for supplerende kriterier, således at misbrug kan behandles anderledes end de midler, der er et led i den normale konkurrence. Hvor kan sådanne kriterier findes?

66. Et første svar fremgår af den måde, hvorpå Domstolen har videreudviklet misbrugsbegrebet, således som det fremgår af to-punktsdefintionen i Hoffmann-La Roche-dommen. Det kræves ved denne definition ud over en konstateret konkurrencebegrænsning, at den dominerende virksomhed har taget »andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser« [58]. For eksempel anså Domstolen de eksklusive købsaftaler, som Hoffmann-La Roche havde indgået med nogle af sine kunder, for at være sådanne anormale midler i konkurrencen.

67. Spørgsmålet er imidlertid, om kun anormale konkurrencemidler kan være et supplerende element. For at besvare dette spørgsmål er det nødvendigt endnu en gang at se på indholdet af artikel 86.

Denne bestemmelse anfører fire typeeksempler på misbrug af en dominerende stilling. I de to første typeeksempler er der først og fremmest spørgsmål om at beskytte medkontrahenter og forbrugere mod, at den do-

54 — Ovennævnte dom af 13. februar 1979, præmis 91 (85/76, Sml. s. 541).

55 — Ovennævnte dom af 13. februar 1979 (85/76); nogle forfattere har dog forfægtet en anden opfattelse, f. eks. Koch i Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, nr. 45 ff., i bemærkningerne til artikel 86.

56 — Jf. også her den tidligere nævnte dom af 13. februar 1979, præmis 120 (85/76, Sml. s. 551).

57 — Dom af 9. november 1983, Michelin, præmis 57 (322/81, Sml. s. 3461, 3511).

58 — Den tidligere nævnte dom af 13. februar 1979, præmis 91 (85/76, Sml. s. 541); ligeledes dom af 11. december 1980, L'Oréal, præmis 27 (31/80, Sml. s. 3775, 3794); dom af 9. november 1983, nævnt ovenfor, præmis 70 (322/81, Sml. s. 3514).

minerende virksomhed udnytter deres afhængighedssituation, mens forbuddet mod sammenbinding af kontraktsvilkår i litra d) har til formål at beskytte medkontrahenten og klart også en konkurrerende virksomhed, og eksempel c) forbyder konkurrencebegrænsninger derved, at den dominerende virksomhed giver sine forretningsforbindelser ulige vilkår. De tre førstnævnte eksempler har det træk til fælles, at de vedrører former for praksis, der forfølger et lovligt mål, nemlig at opnå en fortjeneste, men herved anvender uforholdsmæssige midler. Man kan ud fra disse typeeksempler analogisere til misbrugstilfælde, der ikke nævnes. Eksemplerne angiver de begrænsninger, som den markedsdominerende virksomhed også skal overholde i forbindelse med virksomhed, der falder uden for typeeksemplerne [59], nemlig proportionalitetsprincippet [60] og forbuddet mod forskelsbehandling.

68. I den foreliggende sag er det først og fremmest proportionalitetsprincippet, der har betydning, idet klagepunktet vedrørende overtagelsen af eksklusivlicensen (og kun eksklusivlicensen) forudsætningsvis er en kritik af en uforholdsmæssig adfærd. Anvendt på en dominerende virksomhed indebærer dette princip, at virksomheden kan handle i gevinstøjemed, søge at styrke sin markedsstilling i kraft af sin konkurrencedygtighed samt forfølge sine legitime erhvervsinteresser, men den må derved kun anvende de midler, der er nødvendige med henblik på disse legitime mål. Den må navnlig ikke handle på en måde, der kan forudses at ville begrænse konkurrencen mere end nødvendigt.

69. Domstolen har endvidere i en række afgørelser taget stilling til dominerende virksomheders adfærd og herved anvendt proportionalitetsprincippet med det nævnte indhold.

Således statuerede Domstolen i sagen BRT mod SABAM [61], at visse bestemmelser, som et ophavsretsselskab havde i sine kontrakter med ophavsretsindehaverne, var urimelige og følgelig udgjorde et misbrug, idet de begrænsede medkontrahenternes ret til at råde over deres ophavsrettigheder mere, end hvad der var nødvendigt, for at selskabet kunne forvalte disse rettigheder effektivt.

Et lignende ræsonnement findes i Suiker Unie-dommen [62], hvorefter det kan udgøre et misbrug, såfremt en dominerende virksomhed pålægger sine handelsrepræsentanter et konkurrenceforbud og giver dette virkning »ud over det, som svarer til det pågældende juridiske og økonomiske forholds karakter«, (dvs. virksomhedens forhold til sine handelsrepræsentanter).

70. Anvendelsen af proportionalitetsprincippet er særlig klar i United Brands-dommen. I denne dom statuerede Domstolen som bekendt først, at et forbud mod at videreforhandle bananer i grøn tilstand, som sagsøgeren havde pålagt sine kunder, krænkede dette princip og derfor udgjorde et misbrug. Domstolen var enig med sagsøgeren i, at virksomheden forfulgte en lovlig kvalitetspolitik ved udvælgelsen af sine forhandlere,

59 — Dom af 21. februar 1973, nævnt ovenfor, præmis 26 (6/72, Sml. s. 245).

60 — Jf. Vogels grundlæggende behandling af spørgsmålet i *Droit de la concurrence et concentration économique*, Paris, 1988, s. 154 ff.

61 — Dom af 27. marts 1974 (127/73, Sml. s. 313, 316 f.), ganske vist vedrørende et forhold, der er omfattet af typeeksemplet i artikel 86, stk. 2, litra a).

62 — Dom af 16. december 1975, præmis 486 (forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Sml. s. 1663, jf. s. 1992).

men herved opstillede »hindringer, hvis virkning går ud over det mål, der skal nås«, og som derfor er forbudt efter artikel 86. Domstolen anerkendte i samme dom, at en markedsdominerende virksomhed har ret til at træffe foranstaltninger over for forretningsforbindelser, der handler i strid med virksomhedens forretningsinteresser. Sådanne foranstaltninger skal imidlertid være rimelige i forhold til den trussel, som forretningsforbindelsens adfærd indebærer for den dominerende virksomheds interesser[63]. Dette krav om forholdsmæssighed havde United Brands ikke overholdt, da det indstillede sine leverancer til en kunde med den begrundelse, at denne havde deltaget i en reklamekampagne for en af virksomhedens konkurrenter.

71. Domstolen har for helt nyligt fastslået, at proportionalitetsprincippet er det kriterium, der skal anvendes ved bedømmelsen af, om de afgifter, som et fransk ophavsretsselskab, SACEM anvender, indebærer et misbrug, idet selskabet altid meddeler udnyttelsesret til disse rettigheder for hele sit repertoire under ét, og de, der bruger værket, ikke — mod betaling af en forholdsvis mindre afgift — har adgang til at nøjes med værker af den art, der interesserer dem. Domstolen bemærker herom, at en sådan praksis, hvis legitime formål er at beskytte ophavsrettighederne, kun vil kunne anfægtes, såfremt det samme mål kunne nås ved andre metoder, uden at SACEM's udgifter til forvaltning og kontrol herved forhøjes[64].

Ifølge dommen finder de samme hensyn anvendelse ved afgørelsen af, om kontrakter, der indgås med værkets brugere på de nævnte vilkår, kan betragtes som konkurrencebegrænsende i betydningen i artikel 85, stk. 1[65]. Heraf fremgår proportionalitetskriteriets betydning ved bedømmelsen af en adfærd såvel med hensyn til artikel 85 som artikel 86.

72. Denne nære indholdsmæssige sammenhæng mellem de to bestemmelser bekræftes endvidere i Hoffmann-La Roche-dommen. Ganske vist tog Domstolen ikke i sagen udtrykkelig stilling til, om den adfærd, der udgjorde klagepunktet over den dominerende virksomhed, var i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, men indirekte — som påvist af Vogel[66] — anvendte den imidlertid dette princip. I forbindelse med gennemgangen af de eksklusive købskontrakter mellem den dominerende virksomhed og dennes kunder fastslår dommen, at »kontrakter af denne art... eventuelt [kan] være tilladte, men da kun inden for rammerne af og på de betingelser, der er nævnt i Traktatens artikel 85, stk. 3...«[67]. Blandt de nævnte betingelser er kravet om, at aftalen skal være forholdsmæssig, det vil sige, jf. artikel 85, stk. 3, litra a), at de pågældende virksomheder ikke må pålægges »begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål« (nemlig målene i artikel 85, stk. 3). Modsat sagsøgerens opfattelse skal den supplerende omstændighed således ikke ubetinget søges i omstændigheder uden for aftalen; et sådant forhold kan tværtimod foreligge i aftalens indhold selv, hvis dette er udtryk for en misbrugsadfærd fra den dominerende virksomheds side.

63 — Dom af 14. februar 1978, nævnt ovenfor (27/76, Sml. s. 293).

64 — Dom af 13. juli 1989, præmis 45 (395/87), vedrørende typeeksemplet i artikel 86, stk. 2, litra a).

65 — Nævnte dom, præmis 31.

66 — *Droit de la concurrence et concentration économique*, s. 155, fodnote 1.

67 — Ovennævnte dom af 13. februar 1979, præmis 120 (85/76, Sml. s. 551).

73. Det er korrekt, at der i nærværende sag foreligger endnu et særligt juridisk spørgsmål, idet aftalen vedrører en patentlicens. Der må følgelig tages stilling til, om det er foreneligt med Domstolens praksis vedrørende anvendelsen af artikel 86 på industrielle ejendomsrettigheder at anvende de ovennævnte kriterier ved bedømmelsen af sagsøgerens adfærd.

Domstolen har således for nyligt ved Maxicar-dommen fastholdt sin praksis[68], hvorefter den blotte — ordinære — erhvervelse af en immaterialret — sagen drejede sig om mønsterretten til automobilkarosseridele — ikke kan betragtes som et misbrug i betydningen i artikel 86[69].

Også vedrørende dette spørgsmål sondrer Domstolen i stedet for mellem erhvervelsen af retten og dennes udnyttelse[70]. Kun udøvelsen kan udarte til et misbrug[71], f. eks. ved vilkårlig leveringsnægtelse, fastsættelse af urimelige priser eller begrænsning af produktionen[72]. Under sådanne omstændigheder foreligger der altid en yderligere omstændighed ud over opnåelsen af enerettigheden. Denne omstændighed kan dog ikke alene bestå i, at andre producenter afskæres fra at konkurrere med hensyn til det beskyttede produkt, idet denne virkning er uløseligt forbundet med enerettens eksistens[73].

74. Jeg mener imidlertid ikke, at disse principper, som Domstolen har opstillet vedrørende den første opnåelse af en industriel ejendomsret, uden videre kan finde anvendelse på overdragelser af en eksklusivlicens. Ved den oprindelige patentudtagelse eller opnåelse af mønsterret beskytter virksomheden sin egen udviklingsindsats mod tredjemands efterligning. Den dominerende virksomhed har også en sådan ret, selv om den herved, som i Maxicar-sagen, fortrænger virksomheder fra markedet, der indtil dette tidspunkt netop drev forretning med efterligning af sådanne produkter[74].

Den, der overtager en patentlicens, tilegner sig derimod en tredjemands udviklingsindsats. Dette er lovligt, mens hans retsstilling er en anden end den oprindelige indehaver af eneretten. Hvad denne angår, følger eneretten af retten selv og skal sikre, at han belønnes for sin kreative indsats[75]. For licenstagerens vedkommende er der derimod ikke tale om at belønne hans indsats og risiko under udviklingen af det beskyttede produkt (belønningen herfor betaler han til opfinderen), hvorimod hans formål er at forvalte en investering således, at den giver ham det størst mulige afkast. Til forskel fra den industrielle ejendomsret selv er licensen af denne grund ikke nødvendigvis eksklusiv. Disse forskelle begrunder, at den særlige stilling, som indehaveren af en industriel ejendomsret har med hensyn til artikel 86, ikke også tilkommer licenstageren.

Den ret, som en opfinder med en dominerende stilling på et marked har til at hindre tredjemands udnyttelse af sin opfindelse uden herved at begå et misbrug, indebærer

68 — Jf. dom af 29. februar 1968, Parke, Davis mod Probel [24/67, Sml. 1965-1968, s. 457, 459 f. (patent)]; dom af 23. maj 1978, Hoffmann-La Roche mod Centrafarm [102/77, Sml. s. 1139, 1168 (varemærker)].

69 — Dom af 5. oktober 1988, præmis 15 (53/87, Sml. s. 6039, 6072).

70 — Tilsvarende Domstolens faste praksis vedrørende forskellen mellem industrielle ejendomsrettigheders eksistens og udøvelse, for så vidt angår anvendelsen af artikel 36; jf. f. eks. dom af 31. oktober 1974, Centrafarm mod Sterling Drug (15/74, Sml. s. 1147).

71 — Dom af 29. februar 1968, jf. ovenfor (24/67, Sml. 1965-1968, s. 460).

72 — Ovennævnte dom af 5. oktober 1988, præmis 16 (53/87); se tillige dom af 5. oktober 1988, Volvo mod Veng, præmis 9 (238/87, Sml. s. 6211).

73 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Mischo i fornævnte sag 53/87, jf. ovenfor, Maxicar, punkt 60.

74 — Forholdet var det samme i sag 238/87, Volvo mod Veng, jf. ovenfor.

75 — Dom af 9. juli 1985, Pharmon mod Hoechst, præmis 26 (19/84, Sml. s. 2281, 2298).

således ikke, at den markedsdominerende virksomhed ved at overtage en eksklusivlicens i alle tilfælde har ret til at udelukke sine potentielle konkurrenter fra at udnytte resultaterne af tredjemands forskning.

b) Konstateringen af overtrædelsen i den anfægtede beslutning

75. Det er fremgået af første del af dette forslag til afgørelse, at artikel 86 også kan finde anvendelse på en aftale, der er omfattet af en gruppefritagelse. Jeg har herefter påvist, at artikel 86's anvendelsesbetingelser er opfyldt, såfremt den dominerende virksomheds konkurrencebegrænsende adfærd yderligere er i strid med proportionalitetsprincippet. Det anførte gælder ligeledes, når den dominerende virksomhed erhverver en patentlicens ved overdragelse. På baggrund af denne retsstilling skal det herefter undersøges, om Kommissionen med føje har statueret overtrædelse af artikel 86.

Kommissionen anfører i beslutningens betragtning 60, at misbruget bestod i overtagelsen af eksklusivlicensen, hvorved sagsøgerens dominerende stilling blev yderligere styrket, den endnu eksisterende konkurrence blev svækket yderligere, og nye konkurrenters adgang til markedet blev vanskeliggjort. Kommissionen har således i sidste ende begrundet sin beslutning juridisk korrekt med henvisningen til sagsøgerens egen, angiveligt uforholdsmæssige og konkurrencebegrænsende adfærd, selv om den kun har henvist til Continental Can-dommen, og selv om den ikke udtrykkeligt har taget hensyn til indholdet af proportionalitetsprincippet som udviklet i Domstolens nyere praksis[76]. Det må herved undersøges, om det faktiske sagsforhold, der beskrives i beslutningens betragtning 18, 22 og 23 begrunder de retlige konklusioner i beslutningen.

76. aa) Det skal først undersøges, om det er påvist, at sagsøgerens adfærd begrænsede konkurrencen. Overtagelsen af eksklusivlicensen styrkede yderligere sagsøgerens dominerende stilling i forhold til alle selskabets konkurrenter, da disse ikke havde adgang til den omtvistede teknologi. Allerede før overtagelsen af eksklusivlicensen havde sagsøgeren en markedsandel på omkring 91,8% for aseptiske påfyldningsmaskiner; eksklusivlicensen vedrørende den anden steriliseringsproces tilhørte sagsøgers potentielle konkurrent Liquipak, der arbejdede på at trænge ind på det af sagsøgeren dominerede marked.

Efter overtagelsen tilhørte eksklusivlicensen sagsøgeren; alle Tetras potentielle konkurrenter var dermed frataget adgangen til den patentbeskyttede alternative teknologi. Den omstændighed, at sagsøgeren overtog licensen ved overtagelsen af Liquipak, som i sig selv ikke er omtvistet i sagen, er herved uden betydning. Også den blotte overtagelse af licensen ville have hindret sagsøgerens potentielle konkurrenter i at anvende den anden steriliseringsproces for at få adgang til markedet.

77. I beslutningens betragtning 18 (betragtning 27) fastslog Kommissionen endvidere, at konkurrenten Elopak som følge af overtagelsen af eksklusivlicensen i det mindste midlertidigt blev trængt ud af markedet. Kommissionen forklarede under den mundt-

76 — Jf. beslutningens seksogfyrretyvende og syvogfyrretyvende betragtning.

lige forhandling, at dette forhold udgør sagsøgerens misbrug.

Under den mundtlige forhandling bestred sagsøgeren konstateringerne i beslutningen, for så vidt angår Elopaks stilling og adfærd, med henvisning til, at de ikke er klare, og at de ikke begrunder klagepunktet vedrørende overtrædelsen af artikel 86. Som det også fremgik af mit spørgsmål under retsmødet, finder jeg det tvivlsomt, om artikel 42 i Domstolens procesreglement — som indtil videre finder anvendelse i henhold til artikel 11 i Rådets afgørelse af 24. oktober 1988[77] — gør det muligt først at anfægte denne del af beslutningen under den mundtlige forhandling, når begrundelsesmangelen ikke blev nævnt som søgsmålsgrund. Selv om Retten imidlertid betragter dette argument som et yderligere anbringende vedrørende søgsmålsgrunden om overtrædelsen af artikel 86, må der tages hensyn til følgende.

Det fremgår meget klart af Kommissionens konstateringer, nemlig at sagsøgeren styrkede sin dominerende stilling i forhold til — alle — konkurrenter og i det mindste fik udskudt Elopaks indtræden på markedet væsentligt, at sagsøgerens adfærd var konkurrencebegrænsende. Denne konklusion bliver ikke ændret — og jeg nævner dette subsidiært — uanset Retten tiltræder sagsøgerens kritik af de faktiske konstateringer med hensyn til Elopaks adfærd. Selv om Retten ser bort fra disse sagsforhold, som er omtvistede og ikke er blevet fuldstændigt belyst under retsforhandlingerne, står tilbage, at sagsøgeren ved at overtage licensen har styrket sin magtstilling på markedet i forhold til alle sine konkurrenter. Denne konkurrencebegrænsende virkning er i sig selv tilstrækkelig til, at artikel 86 finder anvendelse, og der skal herved ikke påvises konkrete virkninger for en konkret konkurrents dispositioner. Det er tilstrækkeligt, at sagsøgeren har fået eneherredømme over den alternative teknologi og dermed afskåret alle sine konkurrenter fra at anvende den. Ved dette ene forhold har sagsøgeren allerede skærpet betingelserne for at komme ind på markedet og gjort det vanskeligere for eventuelle konkurrenter at gøre sig gældende.

78. bb) Ved at overtage eksklusivlicensen benyttede sagsøgeren endvidere et uforholdsmæssigt middel. Udnyttelsen af tekniske fremskridt via overtagelse af patentlicenser hører ubestrideligt til en konkurrence på effektivitet, som sagsøgeren har ret til at deltage i som en markedsdominerende virksomhed. For at nå det legitime mål at få adgang til ny teknologi for at forbedre sin konkurrenceevne var det imidlertid ikke nødvendigt for sagsøgeren at anvende et middel, der er så klart og umiddelbart konkurrencebegrænsende. Kommissionen fandt med rette, at en ikke-eksklusivlicens også havde gjort det muligt for sagsøgeren at anvende den patentbeskyttede proces med henblik på at forbedre sine egne produkter, men uden samtidig at gøre det vanskeligere for nye konkurrenter at komme ind på det af sagsøgeren dominerede marked.

Det kan således allerede på grundlag af aftalens indhold fastslås, at der forelå en uforholdsmæssig adfærd fra sagsøgers side, som qua dominerende virksomhed ikke havde ret til at indgå i en aftale af dette indhold. Dette er i øvrigt et konkret eksempel på, at den »yderligere omstændighed« ikke, mod-

77 — EFT 1988, L 319, s. 1; en berigtiget version er offentliggjort i EFT 1989, C 215, s. 1.

sat sagsøgerens opfattelse, nødvendigvis og altid skal vedrøre et forhold uden for aftalen.

79. Den omstændighed, at den eksklusive patentlicensaftale var omfattet af en gruppefritagelsesforordning ændrer intet med hensyn til bedømmelsen af sagsøgerens adfærd som stridende mod proportionalitetsprincippet: Det bekræftes ved en gennemlæsning af betragtningerne til forordning nr. 2349/84, at lovgiver ikke har taget hensyn til tilfælde som det foreliggende ved sin teoretiske proportionalitetsvurdering. Under normale markedsvilkår skal eksklusivlicenser fremme udbredelsen af nye produkter eller fremstillingsprocesser. Eksklusiviteten kan begrundes med, at det under hensyn til de risici, der normalt følger med indførelsen af nye produkter eller produktionsprocesser, er nødvendigt med en særlig tilskyndelse til at investere i sådanne nye produkter etc. I kraft af den beskyttelse, som en eksklusivlicens giver, bliver det lettere for licenstageren at komme ind på markedet. Der opnås herved et bedre vareudbud, flere produktionsvirksomheder og en større udbredelse af tekniske fremskridt[78].

Sådanne hensyn kan ikke i den foreliggende sag legitimere sagsøgerens overtagelse af eksklusivlicensen. Sagsøgers adfærd har tværtimod virkninger, der strider mod formålene med forordning nr. 2349/84, for så vidt som den gør det vanskeligere for andre virksomheder at komme ind på markedet samt hæmmer skabelsen af et større antal produktionssteder.

80. Endelig ændrer det ikke bedømmelsen af sagsøgerens adfærd som stridende mod proportionalitetsprincippet, at licensgiveren BTG var indforstået med overførelsen af eksklusivlicensen. Som følge af Tetras særlige forpligtelse som en markedsdominerende virksomhed må den ikke handle på en måde, der begrænser konkurrencen i urimeligt omfang, selv om handlingerne foretages af hensyn til virksomhedens forretningsforbindelser[79].

81. For så vidt angår sagsøgerens første anbringende, kan det herefter konkluderes, at en dominerende virksomheds overtagelse af en eksklusivlicens ikke i sig selv realiserer misbrugsgerningsindholdet i artikel 86. Derimod er betingelserne for at anvende artikel 86 opfyldt, såfremt den nævnte disposition yderligere skader konkurrencen på det omhandlede marked og går videre end nødvendigt for at nå den dominerende virksomheds lovlige mål.

II — *Tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet*

82. Som andet anbringende gør sagsøgeren gældende, at det er i strid med retssikkerhedsprincippet at anvende artikel 86 på en adfærd, der er omfattet af en gruppefritagelsesforordning. Ligesom en tilbagekaldelse af fritagelsen kun kan ske med virkning for fremtiden, kan artikel 86 kun anvendes ex nunc på sagsøgers adfærd. Ellers ville en gruppefritagelse — hvis hovedinteresse for parterne er at give dem sikkerhed for, at aftalen, der efter sit indhold er omfattet af fritagelsen, er lovlig og effektiv — aldrig kunne gælde til fordel for dominerende virksomheder og disses medkontrahenter.

78 — Forordning nr. 2349/84, ellevte og tolvte betragtning.

79 — Jf. ovennævnte dom af 13. februar 1979, præmis 115 (85/76, Sml. s. 549).

83. Retssikkerhedsprincippet og det hermed beslægtede princip om beskyttelse af den berettigede forventning hører til de almindelige fællesskabsretlige principper, som Domstolen har knæsat i en fast praksis [80]. I henhold til disse to principper skal retsreglernes anvendelse i det enkelte tilfælde være forudberegnelig [81]. Retssikkerhedshensynet har sin primære betydning ved fortolkningen af gældende retsforskrifter og kan bruges til at korrigere fortolkningen, hvor denne fører til et uventet resultat, således at retsforhold, der er stiftet i god tro, ikke efterfølgende anfægtes [82]. Betydningen af dette princip, for så vidt angår anvendelsen af Traktatens regler om konkurrencen sås allerede i 1962, da Domstolen i Bosch-dommen underkastede en direkte virkning af artikel 85, stk. 1 og 2, en væsentlig begrænsning, idet den under henvisning til retssikkerhedsprincippet tiltrådte teorien om den foreløbige gyldighed af de konkurrencebegrænsende aftaler mv., der allerede bestod, da EF's konkurrencebestemmelser trådte i kraft [83]. Domstolen har for nylig inden for luftfartssektoren henvist til de dengang fastlagte principper [84].

84. Princippet om beskyttelse af den berettigede forventning har navnlig betydning i den situation, at EF-institutionerne ændrer lovgivningen eller en bestemt praksis ved lovanvendelsen, og det har navnlig betydning i en situation, hvor de erhvervsdrivende i tillid til det bestående har truffet foranstaltninger, og lider tab som følge af ændrede omstændigheder [85]. Der skal ved anvendelsen af begge principper foretages en afvejning mellem beskyttelsen af den berettigede forventning på den ene side og på den anden side princippet om forvaltningens lovmæssighed [86] og EF-institutionernes dispositionsfrihed. Kun i særlige tilfælde, hvor konsekvenserne ellers vil blive særlig alvorlige, kan det undtagelsesvis være begrundet, at princippet om forvaltningens lovmæssighed og lovgivers frie skøn må vige for retssikkerhedshensynet.

85. Om sagsøgeren skal gives medhold i sit andet anbringende afhænger således af, om markedsdominerende virksomheder stilles i en urimeligt usikker situation, hvis de omfattes af artikel 86 for en adfærd, der er omfattet af en gruppefritagelse, og før denne fritagelse er tilbagekaldt med virkning for fremtiden. Som jeg skal forklare nærmere i to tempi, mener jeg ikke, at retssikkerhedsprincippet er blevet krænket i den foreliggende sag. For det første kan det nemlig normalt forudses, at artikel 86 finder anvendelse i en situation som sagsøgerens. For det andet foreligger der heller ikke i sagsøgerens tilfælde en tilsidesættelse af et retsforhold, der er stiftet i tillid til, at artikel 86 ikke finder anvendelse.

80 — Vedrørende en indgående fremstilling af disse to princippers anvendelse i konkurrenceretten henvises til Edward, David: »Constitutional rules of Community law in EEC competition cases«, der vil blive offentliggjort i *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1989, s. 28 f. i manuskriptet.

81 — Jf. f. eks. dom af 12. november 1981, Salumi, præmis 10 (212/80-217/80, Sml. s. 2735, 2751); dom af 28. april 1988, Mulder, præmis 24 ff. (120/86, Sml. s. 2321, 2352 f.); David Edward, jf. ovenfor.

82 — Jf. dom af 2. februar 1988, Blaizot, præmis 25 ff. (24/86, Sml. s. 379, 405 f.); den ledende afgørelse ved dom af 8. april 1976, Defrenne, præmis 69 ff. (45/75, Sml. s. 455, 480).

83 — Dom af 6. april 1962, jf. ovenfor (13/61, Sml. 1954-1964, s. 293).

84 — Ovennævnte dom af 30. april 1986 (209/84-213/84, Sml. s. 1425, 1466 ff.); dom af 11. april 1989, præmis 20 ff. (66/86).

85 — Se f. eks. Sharpston: »Legitimate expectations and economic reality«, der vil blive offentliggjort i *European Law Review*, 1990, s. 76 i manuskriptet; dom af 28. april 1988 i sag 120/86, jf. ovenfor.

86 — Dom af 22. marts 1961, Snupat (42/59 og 49/59, Sml. 1954-1964, s. 247).

1) *Spørgsmålet om anvendelsen af artikel 86 var forudselig*

a) Anvendelsen af artikel 86 var forudselig uanset gruppefritagelsen

86. Sagsøgeren kunne principielt forudse, at artikel 86 fandt anvendelse, hvilket fremgår af tre argumenter.

Som allerede nævnt fastsættter lovgiveren ved en gruppefritagelse generelle og teoretiske regler, der ikke tager og ikke kan tage hensyn til de konkrete forhold på markedet. En virksomhed kan derfor ikke være sikker på, at lovgivers vurdering også gælder for det marked, som virksomheden dominerer. Hvis det — som i den konkrete sag — drejer sig om en patentlicens skal aftalen bedømmes på grundlag af forordning nr. 2349/84, herunder forordningens syvogtyvende betragtning, der lyder:

»aftaler, som opfylder betingelserne i artikel 1 og 2 i denne forordning, og som ikke har yderligere konkurrencebegrænsninger til formål eller til følge, behøver ikke længere at blive anmeldt; dette berører dog ikke virksomhedernes ret til i det enkelte tilfælde at anmode om en negativattest i henhold til artikel 2 i Rådets forordning nr. 17 eller en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3.«

Aftalens parter gøres således tydeligt opmærksom på, at deres aftale kan have konkurrencebegrænsende virkninger, der ikke er omfattet af gruppefritagelsen, og at det påhviler dem at tage stilling til, om det med henblik på sådanne virkninger er hensigtsmæssigt at anmode om en individuel fritagelse eller en negativattest. På baggrund af deres stilling på markedet bør de i øvrigt også inddrage spørgsmålet om en eventuel krænkelse af artikel 86 i deres overvejelser. Konklusionen af de berørte virksomheders bedømmelse, når de indgår kontrakten, vil bl. a. afhænge af deres størrelse og stilling på markedet. Såfremt licensen senere overføres til en anden virksomhed, kan denne ikke være sikker på, at aftalen stadig ikke kan kritiseres. Virksomheden står således i samme situation som en virksomhed i forbindelse med den oprindelige kontraktsindgåelse og skal ligesom en sådan virksomhed kontrollere, at aftalen er lovlig i henhold til konkurrenceretten.

87. Andet argument: Den omstændighed, at gruppefritagelsen kun kan tilbagekaldes med virkning for fremtiden, kan de berørte virksomheder heller ikke fortolke således, at de i tiden forinden ikke behøver at tænke på, at deres adfærd kan være omfattet af artikel 86.

Sagsøgeren har ganske vist anført, at ordningen med gruppefritagelse har til formål at gøre det muligt at indgå civilretligt gyldige aftaler, som efter en generel og teoretisk bedømmelse opfylder betingelserne i artikel 85, stk. 3, uden at foretage en omstændelig undersøgelse af hvert enkelt tilfælde [87]. Parterne i en sådan aftale må efter sagsøgerens opfattelse kunne regne med, at deres aftale er gyldig, indtil fritagelsen måtte blive tilbagekaldt. Ganske vist indeholder artikel 86 ingen udtrykkelig bestemmelse om, at aftaler, der strider mod bestemmelsen, er ugyldige, men denne retsvirkning kan følge

87 — Se overensstemmende hermed Wiedemann: *Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts*, bind 1, 1989, Allgemeiner Teil, s. 122, nr. 373.

af national ret. En sådan retsvirkning rammer ikke alene den markedsdominerende aftalepart urimeligt hårdt, men også dennes medkontrahent, der ofte ikke har overtrådt artikel 86.

Som tidligere nævnt kan den dominerende virksomhed, allerede før en tilbagekaldelse af fritagelsen, forudse, at artikel 86 kan finde anvendelse. Virksomheden kan derfor ikke antage, at retsvirkningerne af, at artikel 86 overtrædes på grund af en fritaget adfærd, alene er, at fritagelsen kan tilbagekaldes. Jeg bemærker endvidere, at når en fritaget aftale antages at indebære en overtrædelse af artikel 86, er betingelserne for at tilbagekalde fritagelsen normalt også opfyldt [88]. Tilbagekaldelsen kan imidlertid motiveres med en række andre forhold end misbrug som omhandlet i artikel 86, således også mindre alvorlige tilfælde af indgreb i konkurrencen. Sådanne bestemmelser vedrørende forskellige »mindre alvorlige tilfælde« viser derfor ikke, at en overtrædelse af artikel 86 ikke kan have mere indgribende retsvirkninger. Virksomheden kan derfor ikke regne med, at artikel 86 er »udelukket« [89].

88. Tredje argument: Sagsøgeren gør gældende, at som følge af den uklare afgrænsning af det relevante marked og af definitionen af en dominerende stilling kan ingen virksomhed med sikkerhed vide, hvorvidt dens adfærd har karakter af misbrug, når den indgår en aftale, der er omfattet af en gruppefritagelse. Disse afgrænsningsproblemer foreligger imidlertid altid for virksomheder med en dominerende stilling på markedet og dette uanset, om der foreligger en gruppefritagelse; efter Traktaten skal de imidlertid i deres adfærd respektere artikel 86. Jeg minder i denne forbindelse om de markedsdominerende virksomheders særlige forpligtelse til at tage hensyn til den frie konkurrence som fastslået af Domstolen i Michelin-dommen [90]. Denne særlige stilling for den dominerende virksomhed, hvorved dens handlefrihed begrænses i forhold til virksomheder med mindre styrke, berøres ikke af en gruppefritagelse.

89. Misbrugsbegrebet er endvidere tilstrækkeligt præcist til at give de dominerende virksomheder vejledning, når de indgår aftaler, der er omfattet af en gruppefritagelse. Dette ville ganske vist ikke altid være tilfældet, såfremt en adfærds konkurrencebegrænsende virkninger udgjorde det eneste kriterium for misbrug [91].

Hvis man imidlertid karakteriserer misbrug ved, at den dominerende virksomheds ulovlige adfærd er et uforholdsmæssigt middel til gennemførelsen af virksomhedens legitime økonomiske interesser — således som det fremgår af de domme, som jeg har gennemgået, og af Kommissionens beslutningspraksis [92] — har de dominerende virksomheder et kriterium, hvorved de kan sondre mellem aftaler, der indebærer misbrug, og aftaler, som de kan indgå uden at tilsidesætte konkurrencereglerne.

88 — Jf. f. eks. artikel 7 i forordning nr. 19/65.

89 — Anderledes Wiedemann, jf. ovenfor, nr. 373 s. 123.

90 — Ovennævnte dom af 9. november 1983, præmis 57 (322/81, Sml. s. 3511).

91 — Vogel, a. st., s. 143; se også generaladvokat Roemers forslag til afgørelse i ovennævnte sag 6/72 (Sml. 1973, s. 256).

92 — En udførlig gennemgang findes i Gyselen: »Abuse of monopoly power within the meaning of Article 86 of the EEC Treaty: Recent developments«, som vil blive offentliggjort i *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1989, s. 27 ff. i manuskriptet.

90. Sagsøgeren kunne på denne baggrund ikke med rimelighed forvente, at artikel 86 ikke ville finde anvendelse på overtagelsen af den fritagne patentlicensaftale.

Det fremgår i denne forbindelse, at sagsøgeren ikke i sagen har anfægtet Kommissionens konstateringer med hensyn til afgrænsningen af det relevante marked og heller ikke gør gældende, at den ikke havde kendskab til de væsentlige omstændigheder, som Kommissionen herved baserede sig på. Sagsøgeren måtte derfor forvente, at virksomhedens forretninger i det hele kunne blive underkastet en bedømmelse efter artikel 86.

91. Sagsøgeren måtte også være forberedt på, at overtagelsen af den eksklusive patentlicens kunne blive betragtet som et misbrug af en dominerende stilling. Sagsøger kunne ikke være uvidende om de direkte konkurrencebegrænsende virkninger heraf. Uden nogen indholdsmæssig ændring af kontrakten fulgte disse virkninger af, at sagsøgeren, en markedsdominerende virksomhed, blev part i aftalen. I denne situation burde fritagelsesforordningens syvogtyvende betragtning have fået virksomheden til at undersøge, om fritagelsesbetingelserne virkelig var opfyldt.

Det var endelig også klart, at overtagelsen af eksklusivlicensen ikke var nødvendig for at beskytte sagsøgerens lovlige interesser. Såfremt sagsøgeren alene ønskede at anvende den af BTG udviklede steriliseringsproces ved fremstillingen af sine maskiner, ville en almindelig licens have været helt tilstrækkelig i dette øjemed.

b) Yderligere retssikkerhed som følge af muligheden for at få udstedt en negativattest

92. Selv om anvendelsen af artikel 86 er tilstrækkelig forudberegnelig, kan det som følge af bestemmelsens nødvendigvis generelle formulering ikke undgås, at der i nogle tilfælde består tvivl. Kommissionens anbringende om, at de dominerende virksomheder kan opnå den nødvendige afklaring af retsstillingen ved at anmode om en negativattest, skal derfor bedømmes i denne forbindelse [93].

93. Sagsøgeren har her anført, at det hermed forbundne besvær vil fratage ordningen med gruppefritagelse enhver interesse. Sagsbehandlingen ved meddelelse af en negativattest varer alt for længe og giver ikke den fornødne retssikkerhed, idet negativattesten hverken binder de nationale retsinstanser eller udelukker, at parterne pålægges en bøde. Ved at anvende artikel 86 på en fritaget adfærd undergraver Kommissionen ordningen med gruppefritagelse, der efter sit formål skal gøre det unødvendigt at undersøge det enkelte tilfælde.

94. Jeg er enig med sagsøgeren i, at proceduren for meddelelse af en negativattest i et vist omfang er i modstrid med den forenkling af administrationen, som skal opnås ved ordningen med gruppefritagelse. Som jeg imidlertid netop har anført, har ordningen med gruppefritagelse ikke til formål at beskytte aftalerne mod, at artikel 86 finder anvendelse og således også afklare parternes retsstilling på dette punkt. Udstedelsen af negativattester er dernæst på ingen måde udelukket efter ordningen, hvilket navnlig fremgår af syvogtyvende betragtning til pa-

93 — Således ovennævnte dom af 13. februar 1979, præmis 130 (85/76, Sml. s. 554).

tentlicensforordningen, der udtrykkeligt forbeholder de berørte virksomheder denne mulighed.

95. Argumentet vedrørende procedurens varighed er mere væsentligt. Det kan være meget generende for parterne, at de igennem længere tid ikke kan vide med sikkerhed, hvorvidt Kommissionen betragter en aftale, de har indgået, som et misbrug. Enhver ansøger må dog affinde sig med en vis periode med retsuvished, mens sagen om meddelelse af en negativattest behandles. Dette gælder også for markedsdominerende virksomheder.

96. Parterne har anført, at en ansøgning om negativattest ikke ville have beskyttet sagsøgeren mod at blive pålagt en bøde. Spørgsmålet er stærkt omtvistet i teorien. Det skal imidlertid i denne forbindelse nævnes, at Kommissionen — efter min mening med rette — i nærværende sag afstod fra at pålægge bøde. Formentlig kan virksomhederne derfor med føje påregne, at Kommissionen i lignende sager som den foreliggende vil benytte sin ret til at pålægge bøder med forsigtighed, hvorved det dog skal nævnes, at Rettens afgørelse i denne sag skulle gøre det muligt at fjerne visse tvivl med hensyn til gældende ret. På dette område har Retten i øvrigt fuld prøvelsesret vedrørende bødespørgsmålet.

Sagsøgerens sidste anbringende i denne sammenhæng, nemlig at negativattesten ikke giver retssikkerhed, fordi den ikke binder de nationale domstole, skal behandles sammen med sagsøgerens tredje argument.

2) *Krænkelse af retsforhold, der er stiftet i tillid til fritagelsen*

97. Hvad dernæst angår spørgsmålet, om der i nærværende sag i strid med en almindelig fællesskabsretlig grundsætning er sket en tilsidesættelse af et retsforhold, der er stiftet i tillid til fritagelsen, fremgår svaret allerede stort set af det ovenfor anførte. Jeg skal derfor nøjes med to supplerende bemærkninger: Den oprindelige licensaftale mellem National Research and Development Council og virksomheden Novus, som sagsøgeren indtrådte i, blev indgået i 1981, dvs. længe før forordning nr. 2349/84 trådte i kraft. Aftalen blev således først efterfølgende og uden parternes medvirken omfattet af fritagelsen — det kan derfor umuligt hævdes, at retsforholdet blev stiftet i tillid til fritagelsen.

98. Da sagsøgeren forhandlede med BTG og overtog licensen i 1986, var gruppefritagelsesforordningen ganske vist allerede i kraft, men kun sammen med artikel 86. Kommissionens klagepunkt vedrørende misbrug vedrører kun et enkelt punkt i retsforholdet mellem sagsøgeren og licensgiveren, nemlig at den meddelte licens var eksklusiv. Sagsøgeren burde for så vidt have indset, at artikel 86 kunne finde anvendelse, og sagsøgeren var derfor ikke i god tro.

99. Det er rigtigt, at en virksomheds medkontrahenter ikke nødvendigvis ved, at virksomheden har en dominerende stilling, og at artikel 86 dermed efter omstændighederne kan finde anvendelse. Sagsøgeren har for så vidt fremført et vægtigt argument, der dog

ikke kan begrunde, at artikel 86 bliver delvis uanvendelig (når medkontrahenten er i god tro). Ved artikel 86 er alene den dominerende virksomheds adfærd relevant. Sager, hvor det nævnte problem foreligger, skal følgelig afgøres på grundlag af de nationale retsregler, der konkret finder anvendelse, da artikel 86 intet indeholder om de civilretlige retsvirkninger af en overtrædelse af bestemmelsen.

III — *Fællesskabsrettens ensartede anvendelse i fare*

100. Sagsøgeren gør som tredje argument gældende, at der er risiko for, at fællesskabsretten ikke finder ensartet anvendelse, såfremt artikel 86 kunne anvendes, selv om der foreligger en gruppefritagelse. Da artikel 86 er direkte anvendelig, kunne de nationale domstole forbyde den dominerende virksomheds adfærd, der er fritaget, og på denne måde sætte sig ud over Kommissionens beslutning om tilladelse til samme adfærd, der fremgår af gruppefritagelsesforordningen. Ifølge sagsøgeren følger det af Domstolens dom i Walt Wilhelm-sagen, at dette er ulovligt.

101. I denne dom fastslog Domstolen, at den omstændighed, at Kommissionen gennemfører en undersøgelse på grundlag af EF's konkurrenceret, ikke afskærer de nationale myndigheder fra samtidig at undersøge de samme forhold i lyset af deres nationale monopollovgivning. Domstolen begrænsede dog denne beføjelse, idet den udtalte, at »denne anvendelse af national ret ikke kan hæmme den uindskrænkede og ensartede anvendelse af fællesskabsretten og virkningerne af foranstaltningerne til dennes gennemførelse« [94]. Hermed fastslog Domstolen, at EF-konkurrenceretten i tilfælde af konflikt går forud for de tilsvarende bestemmelser i medlemsstaterne. Imidlertid vedrører denne dom kun forholdet mellem på den ene side de nationale myndigheders anvendelse af national konkurrenceret og Kommissionens anvendelse af fællesskabsretten på den anden side. Dommen indeholder intet vedrørende spørgsmålet om de nationale myndigheders anvendelse af fællesskabsretten, som sagsøgerens anbringende vedrører. Domstolen behøvede heller ikke at tage stilling hertil i sin senere dom af 10. juli 1980 i de forenede sager 253/78 og 1/79-3/79, der vedrørte spørgsmålet om anvendelsen af fransk konkurrenceret, efter at Kommissionen havde besluttet at henlægge sagen [95].

102. De nationale myndigheders kompetence til at anvende Fællesskabets konkurrenceregler er derimod, i hvert fald delvis, omhandlet i artikel 9 i forordning nr. 17.

I henhold til denne bestemmelse er Kommissionen enekompetent til at træffe den retsstiftende beslutning om fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3. Så længe Kommissionen ikke har indledt nogen procedure i medfør af artiklerne 2, 3 eller 6 i forordning nr. 17 [96], forbliver medlemsstaternes myndigheder kompetente til parallelt at bringe bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, og artikel 86 i anvendelse. Så snart Kommissionen griber ind, bliver den også enekompetent på

94 — Dom af 13. februar 1969, præmis 9 (14/68, Sml. 1969, s. 1, 3 f.).

95 — Dom af 10. juli 1980, Giry og Guerlain, præmis 15 ff. (253/78 og 1/79-3/79, Sml. s. 2327, 2374 f.).

96 — Artikel 9, stk. 3.

dette område. Dette gælder dog kun i forhold til de nationale monopolmyndigheder og sådanne nationale retter, der har til opgave at anvende konkurrenceretten eller udøve en kontrol med de kompetente myndigheder på dette område. Andre nationale retter og myndigheder bevarer derimod deres kompetence til at anvende artikel 85, stk. 1, og artikel 86, f. eks. i civilretlige tvister, selv om Kommissionen allerede har indledt en procedure. Forbudene i artikel 85, stk. 1, og i artikel 86 har nemlig direkte virkning i forholdet mellem private og stifter rettigheder og forpligtelser for disse, som de nationale domstole skal beskytte. Beskyttelsen af disse rettigheder, der tilkommer private umiddelbart med hjemmel i Traktaten, kan ikke begrænses i den afledede ret[97]. Den nationale domstol kan imidlertid tage hensyn til, at EF-konkurrenceretten finder konsekvent anvendelse, ved at udsætte sagen, indtil Kommissionen har truffet en beslutning[98].

103. De nationale domstole er fortsat forpligtet til at sikre retsbeskyttelsen i de enkelte retstvister, også efter at Kommissionen har afsluttet proceduren. Dette har Domstolen fastslået i en række sager vedrørende henlæggelser, der var meddelt ved en skrivelse fra administrationen. Såfremt Kommissionen sender en virksomhed en sådan skrivelse og heri meddeler, at den ikke finder nogen anledning til at gribe ind over for en konkret aftale, er de nationale retter ikke bundet heraf; de kan gå imod Kommissionens opfattelse og statuere, at aftalen strider mod artikel 85 og følgelig er ugyldig[99]. De nationale domstole er heller ikke bundet af en negativattest fra Kommissionen[100]. Dette bestrides ganske vist af nogle, men må nødvendigvis antages, eftersom de nationale domstole også i denne relation skal sikre de rettigheder, som EØF-Traktaten har givet de private.

Hverken en skrivelse fra administrationen eller en negativattest kan således afskære de nationale domstole fra at prøve en adfærd i lyset af de samme retsforskrifter, som anvendes af Kommissionen, og alligevel komme til et forskelligt resultat. Den opfattelse, som Kommissionen giver udtryk for i sin skrivelse, er alene en faktisk omstændighed, som de nationale domstole kan tage i betragtning ved deres afgørelse[101].

104. Anderledes forholder det sig imidlertid, når der foreligger en fritagelse. Kommissionens beslutning om fritagelse i medfør af artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 17 har den retsvirkning, at artikel 85, stk. 1, ikke længere finder anvendelse på den fritagne aftale. Dette binder alle nationale retsinstanser og andre myndigheder; de kan ikke ændre ved beslutningens retsvirkninger erga omnes. De ophører først med at være bundet, såfremt Kommissionen skulle tilbagekalde sin beslutning i henhold til artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 17.

En forordning om gruppefritagelse er som retsforskrift også bindende for de nationale retsinstanser og myndigheder, som dog fortsat har ret til at fortolke forordningen, når den anvendes. De kan f. eks. fastslå, at en aftale ikke er omfattet af gruppefritagelsesforordningen og følgelig rammes af forbud-

97 — Ovennævnte dom af 30. januar 1974 (127/73, Sml. s. 51, 62 f.), vedrørende artikel 86; dom af 10. juli 1980, Marty mod Lauder (37/79, Sml. s. 2481, 2500) vedrørende artikel 85, stk. 1.

98 — Dom af 6. februar 1973, Haecht II, præmis 10 ff. (48/72, Sml. s. 77, 87); dom af 10. juli 1980, jf. ovenfor, præmis 14 (37/79, Sml. s. 2500).

99 — Jf. ovennævnte dom af 10. juli 1980, præmis 10 (37/79, Sml. s. 2499).

100 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Reischl i ovennævnte sag 37/79, Sml. s. 2507.

101 — Dom af 10. juli 1980, jf. ovenfor (37/79, Sml. s. 2499).

det i artikel 85, stk. 1. Risikoen for, at der træffes uforenelige afgørelser, kan modvirkes ved hjælp af den præjudicielle procedure efter artikel 177, som det illustreres af Domstolens praksis vedrørende den tidligere forordning nr. 67/67/EØF [102].

105. Alt det anførte gælder imidlertid kun for forbuddet i artikel 85, stk. 1, ikke for artikel 86. Hvad jeg har anført om Kommissionens kompetence til at udstede den anfægtede beslutning med hjemmel i artikel 86, gælder i det hele for de nationale retters og myndigheders tilsvarende kompetence til at anvende artikel 86. En gruppefritagelse begrænser ikke nationale retters og myndigheders kompetence til at tage stilling til spørgsmålet om misbrug af en dominerende stilling i lyset af artikel 86. I overensstemmelse hermed har Domstolen i dom af 11. april 1989 i Ahmed Saeed-sagen udtalt, at det »i givet fald« også kan påhvile de nationale myndigheder at anvende artikel 86 [103].

106. Denne konklusion indebærer ikke — modsat sagsøgerens opfattelse — nogen fare for, at fællesskabsretten ikke finder ensartet anvendelse. Tværtimod: Kun såfremt de nationale retter og myndigheder — ved siden af Kommissionen — også har ret til at anvende artikel 86 i sagsforhold som det i nærværende sag foreliggende, er der sikkerhed for, at bestemmelsen anvendes ensartet inden for Fællesskabet.

C — Forslag til afgørelse

107. Jeg har hermed anført de forhold, der har givet mig den overbevisning, at den anfægtede beslutning ikke er i strid med artiklerne 85 og 86. Jeg foreslår herefter Retten at træffe følgende afgørelse:

»1) Sagsøgte frifindes.

2) Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.«

102 — Jf. f.eks. dom af 25. november 1971, Béguelin. præmis 19-22 (22/71, Sml. 1971, s. 257, 262); dom af 3. februar 1976, Fonderies Rubaix, præmis 10 ff. (63/75, Sml. s. 111, 118) og senest dom af 28. januar 1986, Pronuptia, præmis 33 (161/84, Sml. s. 353, 387).

103 — Dom af 11. april 1989, præmis 32 (66/86).