På grundlag af disse præmisser,

kender

DOMSTOLEN

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt den af Kammergericht Berlin (Kartellsenat) ved kendelse af 18. juli 1968, for ret:

1. **Så længe en i henhold til EØF-traktatens artikel 87, stk. 2, litra e), udstedt forordning ikke bestemmer andet, kan de nationale myndigheder skride ind mod et kartel under anvendelse af national ret, selv om nævnte kartels forenelighed med fællesskabsretten samtidig undersøges af Kommissionen, idet det dog er forudsat, at denne anvendelse af national ret ikke kan hæmme den uindskrænkede og ensartede anvendelse af fællesskabsretten og virkningerne af foranstaltningerne til dennes gennemførelse.**

2. **EØF-traktatens artikel 7 forbyder medlemsstaterne at anvende deres kartelret forskelligt under hensyn til de berørtes nationalitet, men tager ikke sigte på eventuelle uligheder i behandlingen, som følger af eksisterende forskelle mellem medlemsstaternes love, såfremt disse rammer alle personer, der henhører under deres anvendelsesområde, efter objektive kriterier og uden hensyn til nationalitet.**

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 13. februar 1969.

A. Van Houtte
Justitssekretær

R. Lecourt
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT KARL ROEMER FREMSAT DEN 19. DECEMBER 1968

Høje Ret.

Den præjudicielle forelæggelse, jeg i dag skal tage stilling til, drejer sig om nogle spørgsmål angående EØF-traktatens konkurrenceretlige bestemmelser. Følgende faktiske omstændigheder ligger til grund for sagen.

De fire tyske virksomheder Badische Anilin- & Sodafabrik AG, Ludwigshafen, Farbenfabriken Bayer AG, Leverkusen, Farbwerke Hoechst AG, Frankfurt/Main-Hoechst, og Cassella Farbwerke Mainkur AG, Frankfurt/Main-Fechenheim, fremstiller bl.a. tjærefarvestoffer og mineralfarver. Efter det fra Bundeskartellamt Berlin oplyste afholdes der fra tid til anden møder mellem disse virksomheders repræsentanter og repræsentanter fra andre (franske, engelske og schweiziske) virksomheder, der fremstiller

tjærefarvestoffer og pigmentfarver, med henblik på at fastlægge en ensartet adfærd med hensyn til priser. Et sådant møde blev afholdt i august 1967. I den følgende tid (tiden indtil den 19. september 1967) besluttede ifølge Bundeskartellamt alle de deltagende virksomheder at forhøje deres priser på tjærefarvestoffer med 8 % med virkning fra den 16. oktober 1967. Forhøjelsen blev meddelt aftagerne samt andre berørte foretagender, som de nævnte virksomheder delvist forsynede. Herefter klagede flere aftagere til Bundeskartellamt.

I de påklagede forhold så Bundeskartellamt indgåelsen af en aftale, der var i strid med paragraf 1 i den tyske lov om konkurrenceindskrænkninger (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) og derfor ugyldig. Det var endvidere den nævnte myndigheds opfattelse, at de deltagende virksomheder ved meddelelsen om prisforhøjelsen til deres aftagere forsætligt havde sat sig ud over aftalens ugyldighed, og at de hermed havde begået den i paragraf 38 i loven om konkurrenceindskrænkninger omhandlede forseelse. Af denne grund blev der ved beslutning af 28. november 1967 pålagt de fire førnævnte tyske virksomheder, to af deres bestyrelsesmedlemmer og en salgsdirektør bøder af forskellig størrelse.

I overensstemmelse med paragraf 54 i den tyske lov om forseelser (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) indbragte de pågældende herefter i medfør af paragraf 82 i loven om konkurrenceindskrænkninger sagen for Kammergericht Berlin med krav om en retslig afgørelse. De bestred, at der forelå en aftale i den i paragraf 1 i loven om konkurrenceindskrænkninger forudsatte betydning, og gjorde samtidig gældende, at Bundeskartellamt ikke var berettiget til at anvende tysk ret, fordi Kommissionen for De europæiske Fællesskaber allerede befattede sig med sagen.

Faktisk blev der ved Kommissionens beslutning af 31. maj 1967 i medfør af artikel 9, stk. 3 og artikel 3 i forordning nr. 17 indledt en procedure som var rettet mod de fire nævnte tyske virksomheder og andre farvestoffremstillende foretagender i medlemsstaterne og i tredjelande. Denne undersøgelse angår for det første de prisforhøjelser på tjærefarvestoffer, som indtrådte i januar 1964 på markederne uden for Forbundsrepublikken Tyskland.

Undersøgelsen angår endvidere de prisforhøjelser på tjærefarvestoffer, som indtrådte på det tyske marked med virkning fra den 1. januar 1965 (og som i øvrigt var genstand for en bødesag ved Bundeskartellamt, en sag der blev opgivet på grund af bevisvanskeligheder). Endelig angår Kommissionens undersøgelse også den af Bundeskartellamt påtalte prisforhøjelse fra den 16. oktober 1967. Dette er, hvad der fremgår af de klagepunkter, som blev meddelt de deltagende virksomheder i december 1967 i medfør af artikel 19 i forordning nr. 17 sammenholdt med artikel 2 i forordning nr. 99/63. En endelig afgørelse er endnu ikke truffet af Kommissionen, som i mellemtiden — den 10. december 1968 — har hørt de pågældende virksomheder.

Under disse omstændigheder anser Kammergericht en konflikt mellem de fællesskabsretlige og de nationale konkurrenceregler for mulig. Derfor har retten i overensstemmelse med parternes begæring udsat sagen og ved kendelse af 18. juli 1968 i overensstemmelse med EØF-traktatens artikel 177 forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

1. Er det foreneligt med artikel 85, stk. 1 og 3 i EØF-traktaten og artikel 9 i forordning nr. 17 af 6. februar 1962 samt med den gældende fællesskabsrets almindelige retsgrundsætninger på én og samme handling, som eventuelt opfylder betingelserne i artikel 85, stk. 1 i EØF-traktaten sideløbende med dette forbud at anvende de konkurrenceretlige forbudsbestemmelser i en medlemsstat — her § 1 sammenholdt med § 38, stk. 1, nr. 1 i loven om konkurrenceindskrænkninger — når Kommissionen for De europæiske Fællesskaber har udnyttet sin kompetence i medfør af EØF-traktatens artikel 3 og har truffet foranstaltninger i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17 (Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, sag IV/26.267/EI)?

2. Eller er faren for en doppeltsanktion fra Kommissionen for De europæiske Fællesskaber og de nationale monopolmyndigheder — her Bundeskartellamt — til hinder herfor?

3. Er artikel 5 i EØF-traktaten sammenholdt med traktatens artikel 3 f og artikel 9 i forordning nr. 17 til hinder herfor navnlig under hensyn til, at medlemsstaterne skal afstå fra at anvende deres egne konkurrenceretlige bestemmelser, hvis den ensartede bedømmelse af en sag ellers bringes i fare, og/eller hvis konkurrencen herigennem forvrides på fællesmarkedet til skade for de personer, der er undergivet nævnte bestemmelser?

4. Er EØF-traktatens artikel 7 til hinder herfor, navnlig såfremt de nationale monopolmyndigheder — her Bundeskartellamt — med deres foranstaltninger udelukkende rammer egne statsborgere og herigennem muligvis stiller disse ringere end andre medlemsstaters statsborgere, som befinder sig i en tilsvarende situation?

I overensstemmelse med artikel 20 i EØF-statutten er der indgivet skriftlige indlæg af de bødepålagte virksomheder, Forbundsrepublikken Tysklands regering, Den franske Republiks regering, kongeriget Nederlandenes regering og Kommissionen for Det europæiske økonomiske Fællesskab. Under den mundtlige forhandling den 27. november er de nævnte også (med undtagelse af den franske og den nederlandske regering) fremkommet med indlæg.

På grundlag af det således fremkomne skal jeg herefter forsøge at stille forslag til *spørgsmålenes besvarelse.*

I — Vedrørende spørgsmålenes antagelse til realitetsbehandling

Hvad angår spørgsmålenes antagelse til realitetsbehandling, ser jeg ingen problemer. Ganske vist spørges der om de nationale bestemmelsers forenelighed med fællesskabsretten. Men i virkeligheden er det ikke meningen, at Domstolen skal anvende fællesskabsretten i et konkret tilfælde (nemlig på de nationale bestemmelser) eller bedømme den nationale lovgivnings forenelighed med fællesskabsretten, hvilket efter den hidtidige praksis faktisk ikke er muligt. Derimod drejer det sig for den forelæggende ret alene om, at der gennem en fortolkning af fællesskabsretten må blive påvist principper, hvis anvendelse i den nationale sag kan bidrage til løsningen af et bestemt konkurrenceretligt problem. I denne forbindelse er det naturligvis også muligt for os at fortolke afledet fællesskabsret (som forordning nr. 17) og at tage fællesskabsrettens almindelige grundsætninger i betragtning eller klarlægge disse.

Efter disse indledende bemærkninger kan jeg umiddelbart gå over til besvarelsen af de stillede spørgsmål.

II — Vedrørende de enkelte spørgsmåls besvarelse

Set ud fra fællesskabsretten indholder den foreliggende sag i grunden kun et enkelt spørgsmål, nemlig om anvendelsen af den nationale konkurrencerets forbundsbestemmelser er udelukket, når en adfærd kan opfylde betingelserne i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, og når Kommissionen allerede har taget et initiativ i den henseende, dvs. har indledt en procedure. Efter Kammergericht's opfattelse kommer der en række synspunkter i betragtning ved dette problems løsning og det er den, retten anfører dels i det første dels i de øvrige spørgsmål.

I øvrigt er den nævnte erkendelse ikke til hinder for at følge den af Kammergericht valgte systematiske inddeling ved sagens behandling. I hvert fald vil jeg i det følgende gå frem på denne måde.

1. Vedrørende det første spørgsmål

Efter Kammergericht's opfattelse skal det først undersøges, om artikel 85, stk. 1 og 3 i EØF-traktaten, artikel 9 i forordning nr. 17

samt fællesskabsrettens almindelige grundsætninger kan bidrage til at kaste lys over forholdet mellem fællesskabsretten og national ret.

Herom har sagens parter givet udtryk for ret forskellige opfattelser.

Sagsøgerne 1, 2, 3, 5, 6 og 7 i hovedsagen gør gældende, at artikel 85 inden for sit anvendelsesområde skal tillægges *udelukkende* gyldighed.

Noget mindre vidtgående synes det standpunkt, sagsøger 4 gør gældende, og hvorefter de nationale bestemmelser må træde tilbage der, hvor et forhold fuldt ud omfattes af EØF-traktatens konkurrenceforbud (altså der hvor det nationale forbud ikke går videre end fællesskabsforbudet).

Derimod vender de berørte regeringer — selv om de ikke er helt enige med hensyn til enkelhederne — sig imod den opfattelse, at aftaler, der omfattes af artikel 85, stk. 1, udelukkende skal begømmes efter fællesskabsretten, og hævder, at fællesskabsret og national ret gælder ved siden af hinanden og altså i vidt omfang finder anvendelse samtidigt på det samme konkurrencemæssige forhold.

Kommissionen har endelig indtaget et mæglende standpunkt, hvorefter der principielt ikke er noget til hinder for en samtidig anvendelse af fællesskabsrettens og den nationale rets forbud. Men under ingen omstændigheder må fællesskabsrettens anvendelse og gennemførelse bringes i fare. Derfor bør iværksættelsen af nationale forholdsregler (bortset fra retsbevarende foranstaltninger) i det mindste udsættes, indtil proceduren for Kommissionen er afsluttet.

Der findes altså et temmeligt vidt spektrum af meninger om vort problem, og allerede dette viser, at vi har med et vanskeligt problem at gøre. Dette indtryk forstærkes af det store antal videnskabelige afhandlinger, som behandler spørgsmålet under mangfoldige aspekter. Ganske vist fremgår det heraf at den herskende opfattelse hælder til den såkaldte »dobbeltskranketeori« (Zweischrankentheorie), hvorefter konkurrenceaftaler kun er retmæssige, såfremt de opfylder betingelserne såvel i den nationale ret som i fællesskabsretten, og hvorefter også forbudenes retsfølger kan anvendes samtidig. Det må imidlertid indrømmes, at den foreliggende sags særlige problematik, der har sammenhæng med muligheden for en *dobbeltsanktion,* endnu ikke i samme omfang har været genstand for en dybere undersøgelse, og at de videnskabelige udtalelser om dette spørgsmål er få. Derfor kan vi ikke komme uden om en grundig undersøgelse af sagen.

Forsøger man herefter at udlede et svar på det stillede spørgsmål af ordlyden af traktaten og dennes gennemførelsesbestemmelser — en undersøgelse af de første forarbejder såsom Spaak-beretningen, forekommer mig lidet hensigtsmæssig — så viser det sig, at intet i de af Kammergericht anførte bestemmelser tyder på en *fortrængelse* af den nationale konkurrenceret, når betingelserne i artikel 85, stk. 1 foreligger opfyldt, altså på en sådan retstilstand, som gælder inden for EKSF-området, hvor kul- og stålvirksomheders aftaler som bekendt kun kan bedømmes på grundlag af EKSF-traktatens artikel 65.

Navnlig kan artikel 9, stk. 3 i forordning nr. 17 ikke påberåbes til støtte for den opfattelse, at artikel 85 skal tillægges udelukkende gyldighed inden for sit anvendelsesområde. Artikel 9 bestemmer — som Domstolen ved — at medlemsstaternes myndigheder forbliver kompetent til at bringe artikel 85, stk. 1 og artikel 96 i anvendelse, *så længe* Kommissionen ikke har indledt nogen procedure i medfør af artiklerne, 2, 3 eller 6. Formålet hermed er imidlertid åbenbart kun at afgrænse kompetencen mellem forskellige myndigheder til at anvende en og samme lovgivning, nemlig *fællesskabsretten,* derimod ikke at fastlægge forholdet mellem forskellige retsordener indbyrdes. Af denne erkendelse, dvs. af den omstændighed, at artikel 9 ikke foreskriver en *fuldstændig* udsættelse af nationale procedurer angående de fællesskabsretlige bestemmelser, skulle man omvendt endda kunne slutte, at forordning nr. 17 selv går ud fra, at fællesskabsret og national ret skal finde anvendelse *sideløbende.*

Herfor taler også EØF-traktatens artikel 87, stk. 2 hvad visse parter med rette har frem-

hævet, og som Kommissionen på sin side har anerkendt. I artikel 87 bestemmes det, at Rådet skal udstede fornødne forordninger eller direktiver om anvendelsen af principperne i artiklerne 85 og 86, herunder navnlig bestemmelser, der har til formål »at bestemme forholdet mellem den nationale lovgivning på den ene side, og på den anden side bestemmelserne i denne afdeling samt de bestemmelser, der er fastsat i medfør af denne artikel«.

Forsøger man at forstå denne bestemmelse, kan det ganske vist — som fremhævet fra flere sider — ikke afvises, at bestemmelsen også har en vis mening, såfremt man går ud fra fællesskabsrettens udelukkende anvendelighed på visse konkurrencesituationer. Der kan nemlig være tænkt på *procedureмæssige* forskrifter med henblik på at forhindre kompetencekonflikter i tilfælde af rent nationale aftaler, for hvilke fællesskabsretten ikke gælder, men for hvilke den nationale konkurrenceret naturligvis er anvendelig. Det kan imidlertid ikke nægtes, at det efter bestemmelsens ordlyd er mere indlysende at antage, at en forestilling om to retsordeners *overlapning* (nemlig fællesskabsretten og den nationale ret) ligger til grund for bestemmelsen, at denne går ud fra de nævnte retsordeners samtidige anvendelighed på et sagsforhold. Bestemmelsen taler da også om, at *forholdet* mellem den nationale lovgivning og fællesskabsretten skal bestemmes (»définir les rapports entre les législations nationales et les dispositions de la présente section . . .«). Hermed må der være sigtet til de *materielretlige* bestemmelser, medens det synes udelukket, at der kan være tænkt på et *allerede fastlagt* forhold, som kun nødvendiggør en proceduremæssig regulering.

I denne retning peger ligeledes EØF-traktatens artikel 88. Efter denne bestemmelse træffer medlemsstaternes myndigheder, indtil de i medfør af artikel 87 trufne bestemmelser er trådt i kraft, i overensstemmelse med *deres* lovgivning og bestemmelserne i artiklerne 85 . . . og 86 afgørelse om aftalers tilladelighed . . . Når der her tales om »overensstemmelse med deres lovgivning«, synes det ikke rimeligt kun at tænke på den nationale rets *formelle* rammer, dens formaliteter og procedurer, som det undertiden sker i teorien. Da der nemlig i begyndelsen (før vedtagelsen af forordning nr. 17) ikke fandtes nogen *fællesskabsretlige* procedureregler, kan overladelsen i medfør af artikel 88 af en almindelig beslutningskompetence til de nationale myndigheder naturligvis kun betyde, at disse også skulle gå frem efter deres nationale procedureregler. Skal man altså give den nævnte bestemmelse et selvstændigt indhold, der går videre end den nævnte selvfølgelige mening, må man nødvendigvis tage den nationale *materielle ret* i betragtning, for så vidt en sådan fandtes, og for så vidt den ikke var *i strid med* grundsætningerne i artikel 85 (noget man formentlig kan sige om den i flere medlemsstater gældende misbrugs-lovgivning). Dette betyder imidlertid, at også artikel 88 i princippet går ud fra den samtidige anvendelse af national ret og fællesskabsret. Da der endvidere i artikel 9 i forordning nr. 17 henvises til artikel 88, kan den videre slutning drages, at forordning nr. 17 endnu ikke udgør en endelig regulering, der sætter punktum for den i artikel 88 forudsatte overgangsperiode, idet der hertil måtte kræves vedtagelse af bestemmelser som nævnt i artikel 87, *stk. 2 e*) (hvilket også synes at være opfattelsen hos den tyske forbundsdags flere gange citerede økonomiskepolitiske udvalg).

Traktatordlyden leverer således utvivlsomt stærke argumenter for den retsopfattelse, de berørte regeringer har givet udtryk for. Hertil kommer endvidere den kendsgerning, at man såfremt man antager den modsatte opfattelse (dvs. antager fællesskabsrettens udelukkende gyldighed inden for dens anvendelsesområde), ved afgrænsningen over for det rent nationale område henvises til et ret usikkert, flydende og foranderligt kriterium, nemlig påvirkningen af den mellemstatslige handel.

Imidertid er det for tidligt allerede på grundlag af disse kendsgerninger at forsøge at give et svar på det stillede spørgsmål.

Hvor begrundet den såkaldte »dobbeltskranketeori« nemlig forekommer, når en bedømmelse på grundlag af tillægssynspunkter følger af national ret (f.eks. når et sagsforhold indeholder elementer, der ikke omfattes af fællesskabsretten men nok af den

nationale ret), kan man med rette stille det spørgsmål, om en anvendelse af to i det væsentlige ensartede forbud på et sagsforhold forekommer muligt, dvs. om de samme omstændigheder — som det åbenbart er sket i det foreliggende tilfælde — kan være genstand for to instansers prøvelse under synsvinkler, der i det væsentlige er ens.

Jeg vil foregribe svaret: jeg kan faktisk ikke se, at det skulle være nødvendigt at gøre nogen indskrænkning i den henseende. Det står mig i den forbindelse klart, at henvisningen til det forskellige beskyttelsesområde henholdsvis for fællesskabsretten (konkurrencen i den mellemstatslige handel) og for den nationale ret (konkurrencen i den interne handel) ikke er fuldt ud holdbar, fordi en påvirkning af den mellemstatslige konkurrence også berører markedsforholdene i det mindste i én medlemsstat, hvorfor det omvendt er klart, at Fælleskabets konkurrenceret nødvendigvis også har til formål at beskytte den interne konkurrence. Afgørende er derfor en anden betragtning. Det må nemlig indrømmes, at selv om man antager, at der foreligger en sådan overlapning af beskyttelsesområderne, fører anvendelsen af ensartede forbud i fællesskabsretten og i den nationale ret ikke til en fuldstændig dækning. Dette kan forklares ganske enkelt: vi har på den ene side Fællesskabets konkurrencepolitik, der gennemføres af fællesskabsinstitutioner og udvikles lidt efter lidt, og på den anden side stadig — som en bestanddel af den nationale økonomiske politik, for hvilken traktaten kun opstiller en pligt til *koordination* — en mere eller mindre udviklet national konkurrencepolitik. Forskelle i grundopfattelsen kan føre til aldeles afgivende vurderinger af et og samme sagsforhold, selv hvor der er tale om i det væsentlige enslydende forbudsnormer.

Man behøver blot at tænke på den af Kommissionen udviklede teori om »følelig« konkurrenceindskrænkning, som for eksempel spiller ind, når en international aftale ikke overstiger et bestemt omsætningsniveau, eller man kan tænke på tilfælde, som fra Fællesskabets synspunkt forekommer lidet interessante, fordi konkurrenceindskrænkningen virker stærkest på det nationale område, og påvirkningen af den mellemstatslige handel er af underordnet betydning. I sådanne tilfælde kan det hænde, at de nationale bestemmelser er strengere, at nationale forbud altså griber ind, hvor fællesskabsforbudene forbliver uanvendt.

Hvor vidt disse afvigelser kan betragtes som udtryk for forskellig konkurrencepolitik beror udelukkende på, om der består en egentlig *modsætning* mellem fællesskabsret og national ret. Dette ville være tilfældet, såfremt gennemførelsen af et fællesskabsretligt forbud mødes med en national konkurrencetilladelse, noget som selv fortalerne for en samtidig anvendelse af fællesskabsret og national ret naturligvis afviser. Imidlertid består der ikke en sådan modsætning, når strengere regler praktiseres efter national konkurrenceret; dette betyder nemlig — som den franske regering med rette har fremhævet — , at den nationale konkurrenceret går i *samme retning* som artikel 85, stk. 1 og virker i denne bestemmelses *ånd,* nemlig gennem en forbedring af konkurrencebetingelserne.

Om der er risiko for en egentlig modsætning, når anvendelsen af nationale forbudsbestemmelser falder sammen med udsigten til, af fællesskabsmyndigheden vil meddele fritagelse efter artikel 85, stk. 3, er et spørgsmål, som man i og for sig i den foreliggende sammenhæng kan lade stå åbent, fordi en fritagelse ved Kommissionen ikke kommer i betragtning på grund af den manglende anmeldelse af aftalen (henholdsvis den samordnende praksis) men åbenbart også — herom er parterne enige — under hensyn til den foreliggende konkurrenceindskrænknings natur.

Problemstillingen er altså, kan man sige med den nederlandske regering, uden betydning for sagen. — Vil man imidlertid ikke gå uden om spørgsmålet, måske under hensyn til enkelte parters bemærkning om, at stykkerne 1 og 3 i artikel 95 udgør en enhed, et sammenhængende hele, eller på baggrund af, at de nationale myndigheder ofte ikke vil kunne foretage en vurdering efter artikel 85, stk. 3 med den samme sikkerhed som i det foreliggende tilfælde, tager man altså artikel 85, stk. 3 med i betragtning, må man i overensstemmelse med de berørte regeringer afvise, at der under nogen omstændigheder kan foreligge en mod-

sætning, selv om en fællesskabsretlig fritagelse for konkurrenceforbudet ikke kan gennemføres på grund af nationale konkurrenceforbud. Hvad sker der nemlig set fra fællesskabsrettens side? Rigtigt forstået udtales det kun, at fællesskabsforbudet kan træde tilbage under hensyn til visse positive sider ved en aftale, at der gives *afkald* på en anvendelse af artikel 85, stk. 1. Hermed åbnes, som fremhævet af forbundsregeringen, det frie spillerum, som artikel 85, stk. 1 først havde udelukket, på ny. Inden for dette frie spillerum må de nationale monopolmyndigheder imidlertid også kunne varetage den nationale konkurrencepolitiks interesser, altså aspekter, som det ikke på samme måde er muligt at tage hensyn til efter fællesskabsretten, hverken — til trods for artikel 10 i forordning nr. 17 — 1 proceduremæssig eller — på grund af de særlige betingelser i artikel 85, stk. 3 — i materielretlig hensende. Gør myndighederne dette, altså forpurrer de virkningen af en fællesskabsretlig fritagelse ved at anvende en national forbudsnorm, bringer de lige så lidt de mål, traktaten opstiller, i fare, som aftaledeltagerne, hvis disse gav afkald på aftalens gennemførelse, hvilket jo til enhver tid er muligt. Denne slutning er i reglen uundåelig, fordi aftaler principielt ikke kan anses som midler til opbygningen af det fælles marked. Skulle det imidlertid i sjældne undtagelsestilfælde fremgå af Kommissionens vurdering af de afgørende faktorer, at der er en positiv saldo for fællesskabsinteresserne, at en aftale *tjener* Fællesskabets interesser eller endog fremmer traktatens *målsætning* (f. eks. gennem en intensivering af konkurrencen), er risikoen — og heri giver jeg forbundsregeringen ret — for en uoverenstemmelse med nationale konkurrenceafgørelser temmelig teoretisk, da enighed i opfattelserne utvivlsomt kan nås gennem stadige kontakter på administrativt plan. I alt fald kunne man i sådanne situationer, for *retligt* at sikre den af Kommissionen bevilgede fritagelse, tænke sig vedtagelsen af en bestemmelse efter artikel 87, stk. 2 e), altså en særlig regulering af forholdet mellem fællesskabsret og interne konkurrenceretlige bestemmelser.

Uden at komme ind på amerikansk ret, hvor en tilsvarende problematik er kendt, er jeg således efter alle de nævnte overvejelser kommet til det resultat, at Kammergericht's første spørgsmål må besvares bekræftende.

2. Vedrørende det andet spørgsmål

Det andet spørgsmål går ud på, om risikoen for en dobbelt sanktion for én og samme handling dels gennem de nationale myndigheder og dels gennem Kommissionen taler imod en samtidig anvendelse af national ret og fællesskabsret.

Dette benægtes af de berørte regeringer med forskellige argumenter, medens sagsøgeren i hovedsagen indtager et modsat standpunkt. På sin side gør Kommissionen gældende, at en national procedure i det mindste må udsættes, indtil den for Kommissionen svævende sag er afsluttet.

Efter sagens karakter og parternes argumentation forekommer det mig, at hovedspørgsmålet i fortolkningsstriden ligger her.

Før vi går ind på enkeltheder, må det imidlertid understreges, at risikoen for en dobbelt straf kun består for en del af de berørte, nemlig for *virksomhederne*. Derimod kan *fysiske personer*, der omfattes af de nationale bødebestemmelser, i betragtning af den efter artikel 15 i forordning nr. 17 gældende til virksomheder indskrænkede sanktionsbeføjelse ikke udsættes for et strafpålæg fra Kommissionen.

Tager man denne indskrænkning i betragtning, er det første spørgsmål, der ifølge sagsøgerne i hovedsagen melder sig, om ikke allerede den omstændighed, at Kommissionen har *indledt* en procedure, udelukker, at en national procedure på begyndes. I denne forbindelse henviser de til grundsætningen »non bis in idem«, der gælder i alle medlemsstaterne og følgelig er en bestanddel af fællesskabsretten, og hvorefter behandlingen af en sag udelukker påbegyndelsen af en anden sag med samme genstand. Dette spørgsmål kan ikke forblive ubesvaret, blot fordi der foreligger tvivl om tidspunktet for procedurens påbegyndelse (som bekendt blev de af Bundeskartellamt strafbelagte overtrædelser meget sent inddraget i proceduren for Kommis-

sionen). Kammergericht går nemlig åbenbart ud fra, som spørgsmålenes formulering viser det, at Kommissionen allerede havde gjort brug af sin kompetence, *før* Bundeskartellamt foretog sig noget.

Ved en nærmere undersøgelse viser det sig imidlertid, at sagsøgernes betragtninger ikke er holdbare. Dog vil jeg ikke følge den nederlandske og den franske regering, som indvender, at det på henholdsvis det nationale område og fællesskabsområdet drejer sig om sanktioner af forskelligt retligt natur (kriminalstraffe på den ene side og administrative straffe på den anden), idet denne betragtning, som måske er afgørende for de pågældende staters retsområde, ikke spiller ind under de foreliggende omstændigheder. Det må anses for ubestrideligt, at bøderne i medfør af loven om konkurrenceindskrænkninger, som efter tysk opfattelse falder ind under reglerne om forseelser, har den samme retlige natur som bøderne i henhold til artikel 15 i forordning nr. 17.

Jeg mener tværtimod, at grundsætningen, i den udlægning sagsøgerne giver den, kun er anvendelig inden for *et* retssystem, men at den ikke gælder for forholdet fællesskabsret-national ret. Til dette spørgsmål er det allerede flere gange i retspraksis fastslået, at det drejer sig om to adskilte, selvstændige retssystemer. Sålænge der altså for fællesskabets vedkommende endnu ikke kan tales om en forbundsstatslignende ordning, må det være rimeligt at sammenholde fællesskabsinstitutionernes handlinger med fremmede statsmagters retsakter og ved udøvelsen af sanktionsbeføjelsen anvende de regler, der gælder for forholdet mellem forskellige retsordener Heraf følger imidlertid, at alene den kendsgerning, at Kommissionen har *indledt* en procedure, ikke kan tvinge de nationale myndigheder til at give afkald på deres sanktionsbeføjelse.

Hertil kommer nu en anden betragtning, som går ud fra den utvivlsomt indlysende tanke, at det synes uantageligt, at der skulle kunne pålægges en handling straf to gange under i det væsentlige ensartede synsvinkler. På grundlage af erkendelsen af, at en af Kommissionen pålagt bøde — set fra national ret — skal betragtes som hidrørende fra en fremmed retsorden, forsørger tilhængere af denne opfattelse af finde frem til et princip, som kan gælde for forholdet mellem den fællesskabsretlige og medlemsstaternes straffebeføjelse. I denne forbindelse fremhæves det, at to af medlemsstaterne kender den grundsætning, at en udenlandsk domstols fastsættelse af straf for en handling udelukker en fornyet indenlandsk pådømmelse. Som en følge af den teori, hvorefter det ikke er den laveste men den højeste standard for medlemsstaternes retsbeskyttelse, der må være afgørende for fællesskabsretten, gøres det gældende, at den nævnte grundsætning bør anerkendes som en bestanddel af fællesskabsretten. Forholder det sig imidlertid sådan — gøres det videre gældende — ville en national straffedom forhindre Kommissionen i at udøve sin sanktionsbeføjelse. For at udelukke dette, altså national rets fortrængning af fællesskabsretten, og for at bevare fællesskabsrettens forrang, er der altså kun den løsning tilbage, at de nationale myndigheder ikke udøver deres beføjelser, når Kommissionen har pabegyndt en konkurrenceretlig procedure.

Ingen vil nægte, at det her drejer sig om en besnærende tankegang. I sidste ende viser heller ikke denne sig dog at være holdbar. Det kunne for det første herimod indvendes, at der kun kan tales om, at straffekravet er udtømt (sagt på en anden måde: at en ny strafforfølgning er udelukket), når den instans, som først har afgjort sagen, er i besiddelse af den fulde *kompetence*, når den altså er beføjet til at bedømme et sagsforhold ud fra alle i betragtning kommende synspunkter. Dette er efter forbundsregeringens opfattelse ikke tilfældet med hensyn til forholdet mellem de nationale monopolmyndigheder og Kommissionen Faktisk kan en national myndighed, efter at Kommissionen har indledt en procedure, kun befatte sig med det strafbare indhold, der følger af den nationale konkurrenceret, medens det tilkommer Kommisionen at bedømme de fællesskabsretlige sider af sagen. — Det må yderligere erindres, at selv om der i to medlemsstater (nemlig Frankrig og Nederlandene) gælder en grundsætning om, at en udenlandsk straf udelukker en indenlandsk forfølgning, er denne grundsætning dog udviklet med henblik på *straffe*retten. Om noget tilsvarende gælder inden for *forvaltning*sretten forekommer tvivlsomt. Påfaldende er det

imidlertid, at der også i indlæggene fra den franske og den nederlandske regering tales om, at Kommissionen kan foretage *afkortning* under hensyn til de nationale sanktioner.

Dette ville næppe være sket, såfremt man havde gjort krav på, at den ovennævnte grundsætning skulle gælde på det pågældende område. — Skal man på grundlag af disse overvejelser finde frem til, hvilket princip der skal gælde i forholdet fællesskabsret-national ret inden for bødeområdet, synes man snarere af billighedshensyn at måtte foretrække ordningen i italiensk, tysk, belgisk og luxembourgsk ret, der bygger på tanken om afkortning med udenlandske straffe (omend i forskellig udforming). Man kan endvidere sige — og dette er en betragtning, der er vigtig for udfyldningen af fællesskabsretten på grundlag af retssammenligning — at på denne måde bliver princippet om *fremskridt* lagt til grund. En tilsvarende fremgangsmåde har nemlig allerede hjemmel i EKSF-traktatens artikel 80, stk. 2, hvorefter Den Høje Myndighed (nu: Kommissionen) ved fastsættelsen af en sanktion i henhold til fællesskabsretten skal tage hensyn til nationale afgørelser. Når på den anden side sådanne bestemmelser mangler i EKSF-traktatens *monopol*retlige afsnit, skyldes dette, at artikel 65 — som vi har set — gør krav på udelukkende gyldighed, og at en samtidig anvendelse af national ret altså er udelukket.

Hermed må man komme til det resultat, at pålæggelsen af en national bøde ikke udelukker udøvelsen af de i fællesskabsretten hjemlede sanktionsbeføjelser, og at fællesskabsretten ikke fortrænges i strid med grundsætningen om forrang. Kommissionen er kun bundet af nationale myndigheders tidligere afgørelser på den måde, at de pålagte sanktioner skal tages i betragtning.

I øvrigt vil man med dette resultat samtidig undgå faren for betydelige vanskeligheder, der — som det er påvist — kunne opstå på nationalt plan i form af ulemper for bevisførelsen eller indgriben af forældelsesbestemmelser, hvis de nationale myndigheder var forpligtet til at udsætte sagen, indtil sagsbehandlingen ved Kommissionen var tilendebragt.

Sammenfattende kan det andet spørgsmål følgelig besvares med, at heller ikke faren for dobbeltsanktioner tvinger til en — selv kortvarig — ikke-anvendelse af den nationale monopolret.

3. Vedrørende det tredje spørgsmål

Det tredje spørgsmål går ud på, om artikel 5 sammenholdt med artikel 3, f, i EØF-traktaten, artikel 9 i forordning nr. 17 og nødvendigheden af en ensartet retlig bedømmelse af karteller samt nødvendigheden af, at konkurrenceforvridninger undgås, kan begrunde et forbud mod at bringe den nationale konkurrenceret i anvendelse.

Også om dette spørgsmål har de berørte forskellige opfattelser, for så vidt de ikke, som nogle har gjort det, har givet afkald på at udtale sig om spørgsmålet. — Lad os altså se, hvorledes spørgsmålet skal bedømmes.

Især Kommissionens opfattelse er bemærkelsesværdig. En afgørende vægt tillægger Kommissionen artikel 5, der i stykke 2 pålægger medlemsstaterne at afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af traktatens målsætning i fare. Herpå bygger Kommissionen følgende tankegang: når artikel 85, stk. 1 er anvendelig, giver de konkurrenceretlige regler i forordning nr. 17 de udøvende fællesskabsorganer en række muligheder. De kan nøjes med henstillinger efter artikel 3 (et middel, hvis betydning for den positive udformning af konkurrenceforholdene også nogle af sagsøgerne i hovedsagen har fremhævet); de kan også udstede en beslutning med påbud om at bringe en overtrædelse af artikel 85 til ophør og, hvis denne beslutning følges, afstå fra sanktioner; de kan endelig pålægge bøder for overtrædelse af artikel 85, stk. 1. Men — siger Kommissionen — hvis de nationale myndigheder samtidig kunne gå frem efter national konkurrenceret og pålægge bøder, kunne dette i høj grad vanskeliggøre sagen ved Kommissionen. Noget sådant ville bringe den ensartede gennemførelse af Fællesskabets konkurrenceret i fare, hvilket ikke kan forenes med påbudet i artikel 5.

Heller ikke denne i sig selv bestikkende argumentation forekommer mig helt overbevi-

sende. — Det afgørende udgangspunkt for vore overvejelser må være det, som blev fastslået vedrørende det første spørgsmål, nemlig at traktaten selv — bestemmelserne taler entydigt herfor — går ud fra en *samtidig* anvendelse af Fællesskabets og den nationale konkurrenceret og altså ikke fra en fortrængning af den nationale ret, i hvert fald for så vidt der ikke består en egentlig modsætning. Dette resultat kan ikke pånyt udhules under påberåbelse af artikel 5, hvad Kommissionen i virkeligheden forsøger, når den siger, at de forholdsregler, den træffer til gennemførelse af artikel 85, stk. 1, ikke må modificeres gennem nationale retsakter, og navnlig at der ikke kan ske national bødepålæggelse, hvor Kommissionen vil nøjes med et påbud om ændring af et bestemt forhold.

— Faktisk afføder artikel 5 ikke i den foreliggende sammenhæng noget tvingende argument. Det må for det første ikke overses, at den kun udelukker, at traktatens *målsætning* bringes i fare, Herom er der imidlertid, som de deltagende regeringer med rette har fremhævet, ikke tale, når en strengere national monopolret kommer til anvendelse, fordi der i så fald foreligger overensstemmelse med en af traktatens grundtanker, nemlig at en intensivering af konkurrencen skal fremmes. — For det andet kan artikel 5 ikke engang medføre en udsættelse af sagen på nationalt plan, altså give udtryk for et processuelt påbud. Som forbundsregeringen med rette har fremhævet, mangler i denne henseende en væsentlig betingelse, nemlig bestemmelsens umiddelbare anvendelighed. Faktisk kan man heller ikke bestride, at artikel 5 med sin henvisning til traktatens målsætninger, der på deres side ikke er helt klart formulerede, og som ikke må bringes i fare, er af et så alment og upræcist indhold, at man ikke vil kunne affinde sig med den usikkerhed, som bestemmelsens umiddelbare anvendelse ville medføre. — Et andet resultat følger i øvrigt heller ikke af forordning nr. 17. Ganske vist hedder det i forordningens betragtninger, at der bør drages omsorg for en ensartet anvendelse af bestemmelserne i artiklerne 85 og 86, men afgørende er det, at der i selve forordningens *bestemmelser* ikke findes nogen forskrift, som pålægger de nationale myndigheder at udsætte sager angående den nationale konkurrenceret. Snarere tyder artikel 9, stk. 3 på det modsatte, da den kun indeholder en kompetenceregel for anvendelsen af artiklerne 85 og 86.

Hvad endelig angår henvisningen til EØF-traktatens artikel 3, f, forekommer den mig heller ikke at kunne støtte Kommissionens argumentation. Som bekendt bestemmes det i artikel 3, f, at Fællesskabets virke indebærer: »Gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for Fællesskabet ikke fordrejes«. Som det allerede fremgår af ordlyden, er det bestemmelsens formål at fastlægge et af Fællesskabets virkeområder, som skal varetages i overensstemmelse med andre traktatbestemmelser og i det tempo, som disse bestemmelser foreskriver, dvs. gradvist. Det drejer sig altså, som navnlig den franske regering har understreget, kun om en principbestemmelse, hvorefter det i øvrigt heller ikke er klart, hvilken grad af ensartethed i konkurrencevilkårene der forlanges. — Derimod kan det på ingen måde være bestemmelsens formål at ophæve bestående konkurrenceforvridninger ved at give Fællesskabets monopolret magt til inden for sit anvendelsesområde — selv midlertidigt — at fortrænge nationale bestemmelser.

Det kan imidlertid på den anden side sikkert ikke nægtes — det har ingen af parterne gjort — at en sådan retstilstand i længden er utilfredsstillende. Den medfører nemlig i mange tilfælde under hensyn til princippet om, at et kartel er undergivet loven i det land, hvor det udfolder sine virkninger (Wirkungsstatut), at den strengeste nationale monopolret i vidt omfang vil slå igennem i Fællesskabet og medføre en forfordeling af de virksomheder, den omfatter. Vil man afskaffe denne tilstand, som er uundgåelig for karteller, der kun udfolder deres virkninger på nationalt område, kan man efter min opfattelse kun gribe til *normative* midler, dvs. enten udstedelse af bestemmelser fra Rådet om forholdet mellem fællesskabsret og national ret i medfør af artikel 87, stk. 2, e, eller — såfremt artikel 87 ikke antages at hjemle vidtgående indgreb i national ret — harmonisering af denne ret i medfør af EØF-traktatens artikler 100 til 102. Derimod vil det være uforeneligt med hensynet til retssikkerheden at søge at nå disse mål gennem en *stiltiende* fortrængning af national ret.

Således kan heller ikke de vedrørende det tredje spørgsmål udviklede synspunkter føre til en ændring af det resultat, vi hidtil er nået til.

4. Vedrørende det fjerde spørgsmål

Ifølge det fjerde spørgsmål skal det endvidere endelig undersøges, om artikel 7 i EØF-traktaten er til hinder for anvendelsen af national monopolret. — Om dette spørgsmål kan jeg være forholdsvis kortfattet.

Med Kommissionen anser jeg det for det første for rigtigt at antage, at artikel 7 er umiddelbar anvendelig, altså at forbudet mod diskrimination på grundlag af nationalitet gælder direkte, og dette uafhængigt af vedtagelsen af de i stykke 2 hjemlede forskrifter. — Endvidere forekommer det forsvarligt at antage, at artikel 7 også beskytter en medlemsstats egne statsborgere. I den henseende skal det afgøres efter den pågældende stats lovgivning, hvem der skal anses som dens statsborgere, og om statsborgerbegrebet også omfatter juridiske personer.

Hvilke følger der heraf kan drages for vort sagsforhold er imidlertid ikke helt klart, fordi det stillede spørgsmål kan tydes på flere måder.

Går spørgsmålet (hvad der er nærliggende efter formuleringen) på, om de nationale myndigheder kan indskrænke sig til at stille krav til egne statsborgere, og dette selv om den pågældende nationale ret i overensstemmelse med det princip, hvorefter en adfærd er undergivet retten i den stat, hvor den udfolder sine virkninger (jf. § 98 i loven om konkurrenceindskrænkninger), tillader en bredere anvendelse, spørges der altså — med andre ord — om en forskellig anvendelse af nationale erhvervsretlige love efter de pågældendes statsborgerforhold kan være tilladt, så er svaret sikkert entydigt: en sådan adfærd vil ikke være i overensstemmelse med grundsætningerne i artikel 7, medmindre der kan påvises saglige grunde for en forskellig behandling (som f. eks. bevisvanskeligheder i forhold til udenlandske deltagere eller den omstændighed, at disses adfærd på grund af en ringe markedsandel er uden betydning).

Går spørgsmålet imidlertid på, om det efter traktaten må betragtes som diskrimination, at der i Forbundsrepublikken anvendes en strengere konkurrenceret end i de andre medlemsstater (hvilket kan føre til en forfordeling af aftaler, der udspiller deres virkning i Forbundsrepublikken), må svaret sikkert blive benægtende. Som flere deltagere med rette har fremhævet, er det alene diskriminationsforbudets formål at udelukke, at der i medlemsstaterne findes forskellige ordninger, som hviler på statsborgerforholdet. Det er derimod ikke forbudets opgave at forhindre de ulemper, som den territoriale begrænsning af statsmagten og de statslige love medfører, dvs. at fremme retsenheden i Fællesskabet. I denne henseende er i hvert fald — som vi har set — principperne i EØF-traktatens artikler 100 til 102 afgørende; en harmonisering af konkurrenceretten kan altså ikke ske på det laveste nationale niveau (hvad anvendelsen af diskriminationsforbudet ville medføre).

Heller ikke det fjerde spørgsmål bidrager altså til en opklaring af, om national monopolret kan anvendes på et sagsforhold, som samtidig bedømmes af Kommissionen.

III — Konklusion

Jeg foreslår, at de stillede spørgsmål besvares således:

Ingen af de synspunkter, Kammergericht har anført, er til hinder for anvendelsen af national monopolret (med de deraf følgende virkninger) på et sagsforhold, der kan falde ind under EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, og med hensyn til hvilket Kommissionen har indledt en procedure om overtrædelse af artikel 85.

EØF-traktatens artikel 7 er umiddelbart anvendelig og forbyder de nationale myndigheder at anvende erhvervsretlige love forskelligt under hensyn til statstilhørsforholdet for de virksomheder, der deltager i en aftale.