FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 8. juli 1993 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

A — Indledning

1. Firmaet Correia, Simões & Companhia, Limitada (herefter benævnt »firmaet Correia«), driver en tankstation i Portugal. Den 17. maj 1982 indgik firmaet en aftale med virksomheden Petróleos de Portugal EP — Petrogal, hvori firmaet Correia forpligtede sig til at aftage de brændstoffer og smøremidler, som Petróleos de Portugal EP — Petrogal solgte, og udelukkende sælge brændstoffer og smøremidler af dette mærke på sin tankstation [1]. Aftalen blev indgået for en periode på 15 år i første omgang.

2. I 1990 forsøgte firmaet Correia at opsige kontrakten. Firmaet Petróleos de Portugal — Petrogal SA (herefter benævnt »Petrogal«), der er den oprindelige leverandørs retssuccessor, sagsøgte derefter ved den kompetente portugisiske domstol firmaet Correia for kontraktbrud. Under denne retssag gjorde firmaet Correia gældende, at den omstridte kontrakt stred mod De Europæiske Fællesskabers konkurrenceret og derfor var ugyldig. I denne retssag blev det især diskuteret, hvorvidt aftalen er forenelig med Kommissionens forordning (EØF) nr. 1984/83 af 22. juni 1983 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af eksklusive købsaftaler [2].

3. Tribunal Cível da Comarca de Lisboa har derfor forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

Indebærer den omstændighed, at en aftale vedrørende en tankstation, jf. artikel 10 i forordning (EØF) nr. 1984/83 af 22. juni 1983, indgås for et ubestemt tidsrum eller for mere end ti år — hvilket er i strid med samme forordnings artikel 12, stk. 1, litra c) — at aftalen i medfør af traktatens artikel 85, stk. 2, er ugyldig i det hele, eller er det muligt — eftersom ugyldigheden kun angår dette punkt — at forkorte aftalens gyldighed, således at den gælder i den maksimumsperiode på ti år, der er tilladt i medfør af artikel 12, stk. 1, litra c)?

B — Stillingtagen

4. Det fremgår af forelæggelseskendelsens begrundelse, at den nationale ret er gået ud fra to præmisser, der er væsentlige for forståelsen af det stillede spørgsmål. For det første er den forelæggende ret gået ud fra, at den omstridte aftale (delvis) ikke opfylder betingelserne i forordning nr. 1984/83 og derfor ikke kan være omfattet af den fritagelse fra forbuddet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, der fremgår af forordningen. Det resultat,

* Originalsprog: tysk.

1 — Den anden sagsøgte i hovedsagen — firmaet Correia, Sousa & Crisóstomo, Limitada — stillede kaution for opfyldelsen af disse forpligtelser.

2 — EFT L 173 af 30.6.1983, s. 5.

som denne opfattelse fører til, er sandsynligvis rigtigt (men begrundelsen bag resultatet er forkert). For det andet har den nationale ret ment, at det forhold, at forordning nr. 1984/83 ikke kan anvendes, medfører, at kontrakten af 17. maj 1982 strider mod EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, og derfor i henhold til artikel 85, stk. 2, er helt eller delvis uden retsvirkning. Denne opfattelse er — som jeg skal påvise — ikke rigtig.

Forordning nr. 1984/83

5. Ved forordning nr. 1984/83 fritages visse grupper af eksklusive købsaftaler i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, fra forbuddet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. Afsnit III i denne forordning (artikel 10 ff.) indeholder særlige bestemmelser for aftaler vedrørende tankstationer. I henhold til forordningens artikel 10 gælder fritagelsen på de betingelser, der er omhandlet i artiklen, for aftaler mellem to virksomheder, hvorved den ene aftalepart (»videreforhandleren«) over for den anden aftalepart (»leverandøren«) forpligter sig til udelukkende fra leverandøren (eller en med denne forbunden virksomhed) at aftage bestemte brændstoffer til motorkøretøjer eller andre bestemte brændstoffer med henblik på videresalg fra en i aftalen angiven tankstation.

I henhold til artikel 12, stk. 1, litra c), anvendes artikel 10 dog — med undtagelse af de tilfælde, der er anført i artikel 12, stk. 2 — ikke, når aftalen er indgået for et ubestemt tidsrum eller for mere end ti år.

6. Forordning nr. 1984/83 trådte i kraft den 1. juli 1983 og anvendes indtil den 31. december 1997 (artikel 19). I forordningens artikel 15, stk. 3, er der opstillet en overgangsregel for aftaler af den i artikel 10 nævnte art, der allerede var trådt i kraft den 1. juli 1983, og som udløber efter den 31. december 1988.

Såfremt sådanne aftaler opfyldte betingelserne i forordning nr. 1984/83, blev de uden videre anset for at være omfattet af den i forordningen foreskrevne fritagelse. I modsat fald kunne en sådan aftale ikke desto mindre omfattes af fritagelsen fra forbuddet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, i tidsrummet mellem den 1. januar 1989 og aftalens udløb, dog senest til udløbet af forordning nr. 1984/83's gyldighedsperiode. Hertil krævedes, at leverandøren inden den 1. januar 1989 fritog videreforhandleren for alle forpligtelser, som strider mod bestemmelserne i forordningens afsnit II og III.

I henhold til artikel 15, stk. 4, gælder disse bestemmelser ligeledes for aftaler, som var trådt i kraft på datoen for Portugals tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber og som følge af tiltrædelsen blev omfattet af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1.

7. Som nævnt finder fritagelsen i forordningens artikel 10 ikke anvendelse, når aftalen er indgået for mere end ti år. Heraf har den forelæggende ret åbenbart udledt, at den

forpligtende virkning, der følger af, at aftalen er indgået for mere end den tilladte varighed af ti år, hører til de forpligtelser, leverandøren skal fritage videreforhandleren fra, hvis leverandøren vil opnå, at aftalen omfattes af overgangsordningen i forordningens artikel 15, stk. 3. Aftalen ville ifølge denne opfattelse kun have været fritaget fra forbuddet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, hvis aftaleparterne inden den 1. januar 1989 var enedes om, at aftalens løbetid skulle indskrænkes til den tilladte maksimumsperiode på ti år (og dermed skulle gælde til og med den 16.5.1992) eller til en kortere periode. Ifølge den forelæggende ret blev en sådan tilpasning af aftalen ikke foretaget. Under de mundtlige forhandlinger for Domstolen har Petrogal's befuldmægtigede dog gjort gældende, at firmaet Correia — muligvis stiltiende — er blevet fritaget fra de forpligtelser, der er til hinder for anvendelsen af forordning nr. 1984/83. Det tilkommer den nationale ret at undersøge, om denne påstand er korrekt.

8. Den forelæggende rets opfattelse — hvorefter en fastlæggelse af en aftaleperiode, der er længere end det tidsrum, der er tilladt i henhold til artikel 12, hører til de forpligtelser, videreforhandleren skal fritages fra, for at artikel 15, stk. 3, kan finde anvendelse — er imidlertid under alle omstændigheder forkert. Som det allerede fremgår af ordlyden af artikel 15, stk. 3, er formålet med overgangsreglen også at henføre aftaler, der er indgået for mere end ti år, under gruppefritagelsesordningen [3]. En forudsætning for dette er naturligvis, at leverandøren har fritaget videreforhandleren fra alle andre forpligtelser, der ville hindre, at aftalen kunne omfattes af fritagelsen i henhold til forordningen. Denne fortolkning bekræftes også af angivelserne i Kommissionens meddelelse vedrørende forordningen [4].

9. En anvendelse af forordning nr. 1984/83 på den omtvistede aftale er dog sandsynligvis udelukket af en anden grund. Det kan udledes af de akter, der er blevet forelagt Domstolen, at firmaet Correia's købsforpligtelse ikke kun omfatter brændstoffer, men også smøremidler. I henhold til artikel 12, stk. 1, litra a), anvendes fritagelsen i forordningens artikel 10 imidlertid ikke, når videreforhandleren pålægges eksklusive købsforpligtelser for andre varer end brændstoffer til motorkøretøjer og andre brændstoffer.

Ifølge artikel 11, litra b), er det ganske vist tilladt at pålægge videreforhandleren forpligtelse til ikke at »benytte« smøremidler leveret af andre virksomheder end medkontrahenten på den i aftalen angivne tankstation, dersom leverandøren eller en med denne forbunden virksomhed har stillet et anlæg til olieskift eller et andet anlæg til smøring af motorkøretøjer til rådighed for videreforhandleren eller har finansieret et sådant anlæg. Men denne bestemmelse angår under alle omstændigheder kun *benyttelsen* af smøremidler og ikke *videresalg* af dem [5]. I aftalen af 17. maj 1982 bestemmes det derimod, at

3 — Bestemmelsen angår aftaler, der allerede var trådt i kraft den *1.7.1983*, og det fastslås heri, at der skal ske en fritagelse indtil senest den *31.12.1997* (den dag, forordningens gyldighedsperiode udløber).

4 — Meddelelse vedrørende Kommissionens forordning (EØF) nr. 1983/83 og (EØF) nr. 1984/83 af 22.6.1983 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af henholdsvis eneforhandlingsaftaler og eksklusive købsaftaler (EFT C 101 af 13.4.1984, s. 2, punkt 64 ff.).

5 — Jf. i denne forbindelse Kommissionens meddelelse, anført ovenfor, note 4, punkt 61.

firmaet Correia hverken må benytte eller sælge andre smøremidler end dem, Petrogal har leveret [6].

Petrogal's befuldmægtigede har under forhandlingerne for Domstolen ytret tvivl om denne fortolkning uden dog at kunne argumentere overbevisende mod den. Den befuldmægtigede har derimod med rette henvist til, at en afklaring af dette spørgsmål ikke tilkommer Domstolen, men derimod den nationale ret.

I forbindelse med denne undersøgelse skal der tages hensyn til, at bedømmelsen af en sådan aftales følger »skal ske ud fra den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen optræder, og hvori den sammen med andre forhold kan medvirke til en samlet påvirkning af konkurrencen« [8]. Der opstår lignende problemer ved bedømmelsen af bryggeriaftaler, som Domstolen allerede har beskæftiget sig med flere gange. Domstolens praksis vedrørende disse aftaler og især afgørelsen i sagen *Delimitis* kan derfor inddrages ved løsningen af det spørgsmål, som er stillet i den foreliggende sag.

EØF-traktatens artikel 85, stk. 1

10. Den omstændighed, at den omtvistede aftale ikke opfylder betingelserne i forordning nr. 1984/83 og dermed ikke henhører under den i forordningen foreskrevne fritagelse, betyder dog ikke, at aftalen nødvendigvis strider mod EØF-traktatens artikel 85, stk. 1.

11. En aftale, der ikke opfylder betingelserne for at anvende en bestemt gruppefritagelsesordning, er derfor ikke uden videre ugyldig i henhold til artikel 85, stk. 2 [7]. Det skal derimod i første omgang undersøges, om en sådan aftale strider mod artikel 85, stk. 1. Den nationale ret skal derfor undersøge, hvorvidt den omtvistede aftale kan påvirke handelen mellem medlemsstater og har til formål eller til følge, at konkurrencen inden for fællesmarkedet hindres, begrænses eller fordrejes.

12. Der skal ikke ses bort fra, at den nationale domstols undersøgelse af, om betingelserne i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, er opfyldt, kan være særdeles vanskelig. Det virker derfor hensigtsmæssigt i denne forbindelse at henvise til den meddelelse om samarbejdet mellem Kommissionen og de nationale domstole om anvendelse af traktatens artikel 85 og 86, som Kommissionen offentliggjorde for nylig [9]. I henhold til denne meddelelse kan de nationale domstole bl.a. anmode Kommissionen om at udtale sig om retlige spørgsmål, når de har særlige vanskeligheder med anvendelsen af artikel 85, stk. 1, og artikel 86 [10]. Kommissionens svar er på ingen måde bindende for de nationale domstole, der har anmodet om dem, men de kan — som Kommissionen med rette har påpeget — være »en nyttig hjælp i forbindelse med afgørelsen af tvister« [11].

6 — Jf. nr. 5 i de almindelige betingelser, der er indeholdt i bilaget til kontrakten, og som i henhold til kontraktens artikel 1 udgør en integreret del af den.

7 — Jf. dom af 18.12.1986, sag 10/86, VAG France mod Magne, Sml. s. 4071, præmis 12.

8 — Dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, præmis 14. Jf. allerede dom af 12.12.1967, sag 23/67, Brasserie de Haecht I, Sml. 1965-1968, s. 421, org. ref.: Rec. s. 525, på s. 537.

9 — EFT C 39 af 13.2.1993, s. 6.

10 — Anført ovenfor, note 9, punkt 38.

11 — Anført ovenfor, note 9, punkt 39.

Desuden bevarer den nationale domstol naturligvis muligheden for på ny at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål i henhold til EØF-traktatens artikel 177.

13. Skulle den undersøgelse, det tilkommer den nationale retsinstans at foretage, føre til den konklusion, at den omstridte aftale er omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1, så skal det herefter efterprøves, om aftalen er blevet eller kan fritages fra dette forbud. Der er to muligheder for at foretage en sådan fritagelse: Den ene er, at aftalen opfylder betingelserne i en fritagelsesforordning, og den anden er, at Kommissionen fritager aftalen ved en individuel beslutning [12].

I den foreliggende sag behøver Domstolen ikke at komme ind på de spørgsmål, der følger heraf, da disse ikke er omfattet af det præjudicielle spørgsmål. Det er efter min opfattelse dog relevant og nyttigt på dette sted kort at omtale nogle af de spørgsmål, der hænger sammen med Kommissionens mulighed for at vedtage en beslutning om fritagelse.

14. Først skal der dog henvises til, at de nationale retter ifølge Domstolens praksis under visse betingelser skal behandle de såkaldte »gamle karteller« som værende gyldige, så længe Kommissionen ikke har truffet en beslutning med hensyn til dem [13].

Det drejer sig herved om aftaler, der allerede eksisterede, da forordning nr. 17/62 [14] trådte i kraft, og som blev anmeldt rettidigt til Kommissionen, eller som var fritaget for anmeldelsespligten i henhold til forordningens artikel 5, stk. 2 (jf. artikel 4, stk. 2). Denne retspraksis finder sandsynligvis også analog anvendelse på »tiltrædelseskarteller« (aftaler, der allerede bestod på det tidspunkt, hvor en ny medlemsstat tiltrådte De Europæiske Fællesskaber, og som følge af tiltrædelsen blev omfattet af EØF-traktatens artikel 85) [15].

Den nationale retsinstans skal i givet fald afgøre, om den omstridte aftale på grundlag af denne retspraksis skal anses for at være foreløbigt gyldig [16].

15. Som Domstolen fastslog i dommen i sagen *BRT mod SABAM* [17], gælder bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, og artikel 86 umiddelbart og skal derfor anvendes af de nationale retter. I henhold til artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 17/62 er det dog alene Kommissionen, som har kompetence til i det enkelte tilfælde i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, at erklære bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, uanvendelige. Der kan kun meddeles fritagelse, hvis aftalen forinden er blevet anmeldt til Kommissionen, medmindre aftalen henhører under de aftalekatego-

12 — Jf. dommen i sagen VAG France mod Magne, anført ovenfor, note 7, præmis 13.

13 — Jf. især dom af 6.2.1973, sag 48/72, Brasserie de Haecht II, Sml. s. 77, præmis 9.

14 — EFT 1959-1962, s. 81.

15 — Jf. artikel 25 i forordning nr. 17 og H. Schröter: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, udgivet af H. von der Groeben/J. Thiesing/C.-D. Ehlermann, 4. oplag, Baden-Baden 1991, Artikel 85, Rn. 175 og L. Ritter/F. Rawlinson/W. D. Braun, *EEC Competition Law*, Deventer/Boston 1991, s. 713 ff.

16 — De følgende angivelser i punkt 15 angår aftaler, der ikke er foreløbigt gyldige.

17 — Dom af 30.1.1974, sag 127/73, Sml. s. 51, præmis 15, 16 og 17.

rier, der er nævnt i forordningens artikel 4, stk. 2.

I sin afgørelse i *Delimitis*-sagen gav Domstolen anvisninger på, hvordan en national ret skal gå frem i sådanne tilfælde [18]. Såfremt aftalen utvivlsomt er uforenelig med artikel 85, stk. 1, og den — når der tages hensyn til fritagelsesforordningerne og Kommissionens hidtidige beslutningspraksis — under ingen omstændigheder kan opnå fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3, kan den nationale ret fortsætte sin behandling af sagen og træffe afgørelse om aftalen. Fastslår den nationale ret derimod, at aftalen opfylder de formelle krav for fritagelse, og finder den, at Kommissionen ville kunne fritage aftalen, bør retten træffe foranstaltninger med henblik på at udelukke risiko for indbyrdes modstridende afgørelser. Efter Domstolens opfattelse kan den nationale ret i sådanne tilfælde for eksempel beslutte at udsætte sagen og tage kontakt til Kommissionen for at forhøre sig om Kommissionens opfattelse eller rette forespørgsel vedrørende en eventuel procedure, som Kommissionen har indledt. I denne forbindelse skal der endnu engang henvises til den allerede nævnte meddelelse fra Kommissionen, hvori detaljerne vedrørende samarbejdet mellem de nationale domstole og Kommissionen er skildret [19].

Den nationale ret har naturligvis også mulighed for at udsætte sagen og forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål i henhold til EØF-traktatens artikel 177.

EØF-traktatens artikel 85, stk. 2

16. Hvis det viser sig, at den omtvistede aftale strider mod artikel 85, stk. 1, og ikke kan fritages fra dette forbud i henhold til artikel 85, stk. 3, så skal der tages hensyn til, at ugyldighedsvirkningen i artikel 85, stk. 2, kun angår de dele af aftalen, der henhører under forbuddet. Aftalen er kun ugyldig i det hele, »hvis disse dele ikke kan udskilles fra aftalens øvrige bestemmelser« [20]. Det tilkommer den nationale ret på grundlag af den relevante nationale lovgivning at tage stilling til, hvilken rækkevidde og hvilke retsvirkninger det har for aftaleforholdet som sådant, at enkelte aftalebestemmelser er ugyldige [21].

C — Forslag til afgørelse

17. Jeg foreslår derfor følgende besvarelse af spørgsmålet fra Tribunal Cível da Comarca de Lisboa:

18 — Anført ovenfor, note 8, præmis 50-54.

19 — Anført ovenfor, note 9.

20 — Dom af 30.6.1966, sag 56/65, Société Technique Minière, Sml. 1965-1968, s. 211, på s. 217, org. ref.: Rec. s. 337, på s. 360.

21 — Dom af 14.12.1983, sag 319/82, Société de vente de ciments et bétons mod Kerpen & Kerpen, Sml. s. 4173, præmis 12, og dom i sagen VAG France mod Magne, anført ovenfor, note 7, præmis 15.

»1) En bestemmelse i en aftale vedrørende en tankstation, hvorefter aftalen i strid med artikel 12 i forordning (EØF) nr. 1984/83 af 22. juni 1983 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af eksklusive købsaftaler, jf. forordningens artikel 10, er indgået for et ubestemt tidsrum eller for mere end ti år medfører — medmindre betingelserne i forordningens artikel 15, stk. 3, er opfyldt — at denne forordning ikke finder anvendelse på aftalen.

2) En sådan aftale strider mod EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, hvis betingelserne i denne forskrift er opfyldt.

3) Ugyldigheden i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 2, omfatter kun de dele af en aftale, der strider mod forbuddet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. Det tilkommer den nationale ret på grundlag af national lovgivning at tage stilling til, hvilken virkning denne ugyldighed har for de øvrige dele af aftalen.«