RETTENS DOM (Første Afdeling)

14. juli 1994 *

I sag T-66/92,

Herlitz AG, Berlin, ved advokat Kay Jacobsen og under den mundtlige forhandling ved advokat Ulrich Quack, begge Berlin, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Marc Loesch, 11, rue Goethe,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, først ved Bernd Langeheine, derefter ved Berend-Jan Drijber, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, sidstnævnte bistået af advokat H. J. Freund, Frankfurt am Main, og med valgt adresse i Luxembourg hos Georgios Kremlis, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 92/426/EØF af 15. juli 1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/32.725 — Viho/Parker Pen, EFT L 233, s. 27),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, R. Schintgen, og dommerne R. García-Valdecasas, H. Kirschner, B. Vesterdorf og C. W. Bellamy,

justitssekretær: H. Jung,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 3. maj 1994,

afsagt følgende

Dom

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

1 Herlitz AG (herefter benævnt »Herlitz«), der er et tysk selskab, fremstiller et bredt udvalg af kontorartikler og hermed forbundne produkter og forhandler endvidere andre producenters produkter, bl.a. produkter fremstillet af Parker Pen Ltd.

2 Parker Pen Ltd (herefter benævnt »Parker«), som er et engelsk selskab, fremstiller en række skriveredskaber, som selskabet sælger i alle de europæiske lande, hvor det er repræsenteret enten ved datterselskaber eller ved uafhængige forhandlere.

3 Viho Europe BV (herefter benævnt »Viho«), der er et nederlandsk selskab, driver import- og eksportvirksomhed med kontorudstyr og film, især i medlemsstaterne.

4 Parker og Herlitz indgik i 1986 en forhandleraftale, som blev underskrevet den 29. juli af Parker og den 18. august af Herlitz. Aftalens punkt 7 har følgende ordlyd: »Herlitz wird Parker-Artikel ausschließlich in der Bundesrepublik Deutschland vertreiben. Jeglicher Vertrieb über die Landesgrenzen hinaus ist Herlitz untersagt bzw. nur mit schriftlicher Erlaubnis durch Parker gestattet.« (»Herlitz sælger udelukkende Parker-artikler i Forbundsrepublikken Tyskland. Ethvert salg over landegrænserne er forbudt og kun tilladt, såfremt der er indhentet skriftlig tilladelse fra Parker.«)

5 Den 19. maj 1988 indgav Viho i henhold til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81, herefter benævnt »forordning nr. 17«), en klage over Parker, hvori selskabet gjorde gældende, at Parker forbød sine forhandlere at eksportere selskabets produkter, at selskabet opdelte det fælles marked i et nationalt marked for hver enkelt medlemsstat, og at det på de nationale markeder opretholdt kunstigt høje priser for sine produkter.

6 Som svar på en ordre på Parker-produkter, som Viho den 20. april 1989 fremsendte til Herlitz' 100%-ejede tyske datterselskab, Herlitz GmbH & Co. KG, svarede dette selskab ved telefax af 24. april 1989: »Vi må desværre meddele Dem, at vi ikke må eksportere ovennævnte produkter. Vi kan derfor ikke efterkomme Deres ordre.«

7 Viho fremsendte samme dag følgende svar til Herlitz' eksportdirektør: »Hvis vi forstår Deres telefax rigtigt, har Herlitz GmbH som forhandler af produkter, som ikke er Herlitz' egne, ikke af producenterne fået tilladelse til at eksportere disse produkter til noget andet land. Ikke, fordi Herlitz ikke er villig til at eksportere, men kun fordi Herlitz er bundet af sådanne forpligtelser fra anden side. Hvis dette er korrekt forstået, bedes De venligst bekræfte det pr. telex/fax. Hvis ikke, bedes De venligst forklare nærmere.«

8 Ved telefax af 25. april 1989 svarede Herlitz' eksportdirektør Viho således: »Herlitz producerer selv ca. 80% af de produkter, selskabet sælger. Blandt de 20%, der fremstilles af andre firmaer, kan vi sælge en del til udlandet, men ikke de produkter, De har spurgt om. De fleste europæiske leverandører af mærkevarer har eneforhandlingsaftaler i hvert enkelt land og forbyder derfor eksport af et givet produkt til et land, hvori de allerede har en aftale. Det er ikke, fordi Herlitz ikke ønsker at sælge, men vi er bundet af en aftale. Vi håber, at De har forståelse herfor.«

9 I forbindelse med undersøgelser den 19. og 20. september 1989 hos Herlitz fandt Kommissionens tjenestemænd et eksemplar af forhandleraftalen fra 1986.

10 Den 28. september 1989 meddelte Parker Herlitz, at punkt 7 i aftalen var ophævet, og den 18. december 1989 fremsendte Parker til Herlitz et forslag til en ny samarbejdsaftale. Parker anførte i denne forbindelse, at der af juridiske grunde måtte foretages visse ændringer.

11 Kommissionen fremsendte den 12. februar 1991 en meddelelse om klagepunkter til Herlitz.

12 Den 22. maj 1991 fremsendte Viho en ny klage over Parker, som blev registreret hos Kommissionen den 29. maj 1991, og hvori selskabet anførte, at Parker's salgspolitik, som gik ud på, at datterselskaberne blev pålagt at begrænse salget af Parker-produkter til de tildelte områder, var i strid med traktatens artikel 85, stk. 1. Kommissionen afviste ved beslutning af 30. september 1992 denne klage.

13 Efter at Herlitz havde fremsat sine bemærkninger til meddelelsen om klagepunkter den 3. april 1991, blev der afholdt en høring i Bruxelles den 4. juni 1991, og den 13. juni 1991 fremsatte Herlitz yderligere bemærkninger hertil.

14 Kommissionen vedtog den 15. juli 1992 beslutning 92/426/EØF om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/32.725 — Viho/Parker Pen, EFT L 233, s. 27), hvis konklusion lyder således:

»*Artikel 1*

Parker Pen Ltd og Herlitz AG har overtrådt traktatens artikel 85, stk. 1, ved at indsætte et eksportforbud i en aftale, der er indgået mellem dem.

Artikel 2

Nedenstående virksomheder pålægges følgende bøder:

— Parker Pen Ltd en bøde på 700 000 (syv hundrede tusinde) ECU

— Herlitz AG en bøde på 40 000 (fyrre tusinde) ECU
(Udelades)

Artikel 3

Parker Pen Ltd må ikke træffe foranstaltninger, der har samme formål eller samme virkning som den konstaterede overtrædelse.«

15 Herlitz har herefter ved stævning indgivet til Rettens Justitskontor den 16. september 1992 anlagt nærværende sag.

16 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Første Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse.

17 Parterne afgav mundtlige indlæg og besvarede Rettens spørgsmål i retsmødet den 3. maj 1994.

Påstande

18 Sagsøgeren, Herlitz, har nedlagt følgende påstand:

— Kommissionens beslutning af 15. juli 1992 i sag IV/32.725 (Viho/Parker Pen) annulleres, for så vidt den vedrører sagsøgeren.

19 Sagsøgte, Kommissionen, har nedlagt følgende påstande:

1) Frifindelse.

2) Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

20 I retsmødet nedlagde sagsøgeren endvidere påstand om, at sagsøgte tilpligtes at betale sagens omkostninger. Sagsøgte påstod sig frifundet herfor.

Realiteten

21 Herlitz har fremført to anbringender til støtte for sin påstand. For det første har sagsøgeren gjort gældende, at traktatens artikel 85, stk. 1, er tilsidesat. For det andet har sagsøgeren gjort gældende, at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 er tilsidesat.

Anbringendet om tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1

22 Anbringendet om tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1, kan opdeles i to led. For det første har sagsøgeren anført, at aftalen på grund af det særlige formål, Parker-produkterne tjener for sagsøgeren, ikke havde et konkurrencebegrænsende formål. For det andet har sagsøgeren bestridt faktisk at have anvendt det i aftalen indeholdte forbud.

Spørgsmålet om aftalen har konkurrencebegrænsende formål

— Sammendrag af parternes argumentation

23 Sagsøgeren har anført, at selskabet ved køb af Parker-produkter ikke optræder som grossist i klassisk forstand. Det leverer udelukkende til sine egne detailforretninger, der drives under navnet Mc Paper, og til de butiksarealer, der er stillet til selskabets rådighed i stormagasiner, supermarkeder og lignende forretninger inden for den store detailhandel, et fuldstændigt sortiment af kontorartikler, som dækker alle den endelige forbrugers behov. Selskabet har alene med henblik på at supplere sit eget produktsortiment hos andre producenter købt varer, bl.a. Parker-produkterne, som selskabet ikke selv havde. Selskabet har aldrig haft til hensigt at handle med disse artikler. Selskabet leverer ikke blot selvbetjeningsvarer til detailleddet, men tilbyder denne kundekreds en pakkeydelse, som består i, at selskabet indretter og forsyner

de butiksarealer, som er til rådighed for kontorartikler (det såkaldte »shop in the shop«-system). Da nogle af selskabets kunder også har åbnet forretninger i nabolandene, er selskabet fulgt med og har på samme måde som i Tyskland leveret til de butiksarealer, som er blevet stillet til dets rådighed. I denne forbindelse har selskabet til disse lande eksporteret Parker-produkter og andre såkaldte »gæstemærker«. Sagsøgeren har tilbudt at føre bevis for karakteren og omfanget af selskabets forretningsmæssige virksomhed ved vidneførsel.

24 Ifølge sagsøgeren fremgår det af det anførte, at klausulen om forbud mod eksport af Parker-produkter ikke havde nogen interesse for selskabet. Selskabet har således ikke haft nogen interesse i at forhindre parallelimport ved hjælp af en sådan klausul, idet det kun har købt Parker-produkter med henblik på som led i sin forretningsmæssige virksomhed at supplere sit eget sortiment af kontorartikler.

25 I retsmødet har sagsøgeren tilføjet, at selv om det antages, at eksportforbuddet i aftalen mellem Parker og Herlitz havde kunnet forhindre selskabet i ved eksport at medtage Parker-produkter i det fuldstændige sortiment af kontorartikler, som selskabet tilbyder, har klausulen i hvert ikke haft nogen praktisk virkning, idet det sortiment, Herlitz markedsfører, kun er bestemt til en tysksproget kundekreds. I øvrigt har sagsøgeren leveret Parker-produkter til Østrig og Schweiz. I besvarelse af et spørgsmål fra Retten har sagsøgeren bekræftet, at Herlitz ligeledes har eksporteret Parker-produkter til Frankrig, men kun i form af det samlede sortiment.

26 Kommissionen har indledningsvis anført, at Herlitz ikke har bestridt skriftligt at have indgået en aftale med Parker, som indeholder et eksportforbud.

27 Endvidere har Kommissionen anført, at det fremgår af den udskrift af det tyske »Handelsregister«, som sagsøgeren har fremlagt, at selskabets formål er at drive virksomhed med fremstilling og salg af produkter, der fremstilles af papir, træ og kunststoffer, af en hvilken som helst art, navnlig skrive-, kontor- og skoleartikler. Til selskabets formål hører derfor principielt også grossistvirksomhed, dvs. salg til andre købere end endelige forbrugere, således at selskabet ligeledes vil kunne drive grossistvirksomhed i andre medlemsstater. Da eksportforbuddet har indskrænket sagsøgerens konkurrencemæssige handlefrihed, er det uden betydning, om og i givet fald i hvilket omfang selskabet faktisk har udøvet eller har ønsket at udøve en sådan virksomhed.

28 Selv om det under visse omstændigheder godt kan være rigtigt, at sagsøgeren ikke optræder som grossist, men sælger til de endelige forbrugere, gælder dette ikke med hensyn til leverancer til stormagasiner og supermarkeder. Salget til den endelige forbruger sker i denne forbindelse ikke i sagsøgerens navn og for selskabets regning, men i varehusenes eller supermarkedernes navn og for deres regning, og disse er således selv aftagere af de omhandlede produkter. Ifølge Kommissionen handler sagsøgeren således med Parker-produkter og udfører en typisk grossistfunktion, når selskabet sælger til stormagasiner og supermarkeder.

— Rettens bemærkninger

29 Det bemærkes indledningsvis, at det er ubestridt, at sagsøgeren i 1986 indgik en aftale med Parker, som indeholder en klausul om eksportforbud. Som det fremgår af fast retspraksis, er »en klausul om eksportforbud i sig selv ... en konkurrencebegrænsning, uanset om den er optaget på leverandørens eller kundens initiativ, idet det mål, som kontrahenterne er blevet enige om, er et forsøg på at isolere en del af markedet« (jf. Domstolens dom af 1.2.1978, sag 19/77, Miller mod Kommissionen, Sml. s. 131, præmis 7, og senest dom af 31.3.1993, forenede

sager C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 — C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, de såkaldte »cellulose«-sager, Sml. I, s. 1307, præmis 176).

30 Med hensyn til anbringendet om, at den anfægtede klausul ikke havde nogen betydning for aftaleparterne og derfor falder uden for forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, bemærkes, at Parker havde den interesse i eksportforbuddet ifølge den anfægtede klausul, at selskabet hermed kunne begrænse salget af sine produkter gennem Herlitz' salgssystem til det tyske marked. Da en aftalebestemmelse bør fortolkes ud fra samtlige kontraherende parters interesser og forudsætninger, må det i det foreliggende tilfælde fastslås, at eksportforbuddet på ingen måde var overflødigt, men var et væsentligt element i de forpligtelser, de to parter gensidigt havde påtaget sig. Under disse omstændigheder er den af sagsøgeren tilbudte bevisførelse vedrørende karakteren og omfanget af selskabets forretningsmæssige virksomhed ufornøden.

31 For så vidt angår sagsøgerens argument om, at selskabets adfærd ikke kan have påvirket handelen i Fællesskabet, idet det samlede sortiment, selskabet markedsfører, herunder Parker-produkterne, kun har interesse for en begrænset kundekreds i de medlemsstater, som ikke er tysksprogede, bemærkes, at dette afkræftes af, at selskabet — således som det selv har erkendt — har eksporteret sådanne varer til Frankrig.

32 Det tilføjes, at traktatens artikel 85, stk. 1, der vedrører handelen mellem medlemsstaterne, skal fortolkes udvidende og omfatter enhver form for erhvervsmæssig virksomhed. Bestemmelsen vedrører således såvel produktion som salg af varer og tjenesteydelser, hvilket i øvrigt klart fremgår af opregningen af de forskellige typer af karteller, som er forbudt i henhold til artikel 85, stk. 1, litra b), c) og d).

33 Herlitz kan i denne sag ikke nægte at have udøvet en erhvervsmæssig virksomhed, idet selskabet har importeret og solgt Parker-produkter. Selskabet har således markedsført både produkter, selskabet selv har fremstillet, og produkter, som er fremstillet af andre producenter. Det forhold, at Herlitz også tilbyder en pakkeløsning, som består i, at selskabet selv indretter og leverer varer til de butikker, der stilles til dets rådighed med henblik på salg af kontorartikler, og at selskabet også i et vist omfang foretager detailsalg, udelukker ikke, at der er tale om en erhvervsmæssig virksomhed, som er omfattet af artikel 85's anvendelsesområde.

34 Under alle omstændigheder er argumenterne vedrørende den aktuelle situation — selv om de måtte være korrekte — ikke tilstrækkelige til at bevise, at klausuler om eksportforbud ikke er egnede til at påvirke handelen mellem medlemsstater. Forholdene kan således variere fra år til år på grund af ændringer i markedsvilkårene eller markedsstrukturen såvel på fællesmarkedet som helhed som på de forskellige nationale markeder (jf. ovennævnte dom af 1.2.1978, Miller mod Kommissionen, præmis 14).

Anvendelsen af den anfægtede klausul

— Sammendrag af parternes væsentligste argumentation

35 Sagsøgeren har først anført, at den anfægtede klausul var af så begrænset betydning for selskabet, at det accepterede den uden at tillægge den nogen særskilt betydning.

36 Sagsøgeren har endvidere anført, at selskabet kun anvendte klausulen som en udvej for høfligt at begrunde afslaget på at levere til Viho. Selskabet har i replikken til-

budt at bevise dette ved at føre en ansat, fru A., som vidne. Det har erkendt, at svaret utvivlsomt var dumt, idet enhver person med blot en vis indsigt let kunne have gennemskuet, hvad der lå bag Viho's anmodning, nemlig at samle materiale til klagen.

37 Med hensyn til Parker har sagsøgeren anført, at det er åbenbart, at Parker's ansvarlige organer hverken ønskede eller krævede eksportforbuddet indsat i aftalen, og at de først fik kendskab hertil i forbindelse med den procedure, der ligger til grund for nærværende sag. Parterne har herefter gensidigt bekræftet, at de anser klausulen for uvirksom.

38 Kommissionen har anført, at alene det forhold, at Herlitz har påberåbt sig eksportforbuddet, er tilstrækkeligt til at understrege den vigtighed, selskabet tillægger denne, og bekræfter, at det faktisk har anvendt den. Selv om det antages, at Herlitz' afslag på at levere til Viho i virkeligheden var begrundet i, at Herlitz ikke ville levere til grossister, kunne selskabet have begrundet dette på en anden måde end ved at henvise til det aftalte eksportforbud.

39 Endvidere har Kommissionen anført, at de omstændigheder, hvorunder den anfægtede klausul blev indsat i aftalen, er uden betydning. Det samme gælder argumentet om, at klausulen ikke har haft nogen virkning, idet den hverken er blevet anvendt eller gennemført. Ifølge Domstolens praksis er det forhold, at eksport ikke er blevet hindret, ikke tilstrækkeligt til, at et klart eksportforbud falder uden for anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 1 (dom af 21.2.1984, sag 86/82, Hasselblad mod Kommissionen, Sml. s. 883, præmis 46). Endvidere bestrider Herlitz ikke, at eksportforbuddet i hvert fald er blevet anvendt i forhold til Viho.

— Rettens bemærkninger

40 Det bemærkes indledningsvis, at det ikke kan anses for bevist, at et eksportforbud, som i sig selv er konkurrencebegrænsende, har været uden virkning, alene fordi forhandleren ikke har anvendt det. Det kan således ifølge den tidligere nævnte dom i sagen Miller mod Kommissionen (præmis 7) skabe et »optisk og psykologisk klima«, som medvirker til en opdeling af markedet. Det forhold, at en klausul, som har til formål at begrænse konkurrencen, ikke er bragt i anvendelse af parterne, er derfor ikke tilstrækkeligt til, at den falder uden for forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1 (jf. ovennævnte dom, Hasselblad mod Kommissionen, præmis 46, og senest den tidligere nævnte dom, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, præmis 175).

41 Endvidere bemærkes, at sagsøgerens argument om, at selskabets ansatte, fru A., kun anvendte klausulen, fordi det var den nemmeste måde, hvorpå man kunne give et høfligt afslag, ikke kan tiltrædes. Sagsøgeren har således først i replikken tilbudt som bevis herfor at føre fru A. som vidne, og selskabet har ikke begrundet, hvorfor dette bevis først er blevet nævnt på dette tidspunkt, jf. procesreglementets artikel 48, stk. 1.

42 Hertil kommer, at Herlitz faktisk som begrundelse for ikke at ville levere til Viho har henvist til den omhandlede klausul. Der er således ført tilstrækkeligt bevis for, at sagsøgeren påberåbte sig den anførte klausul som begrundelse for ikke at levere. Det er i denne forbindelse uden betydning, hvilke bevæggrunde de ansatte måtte have haft. Det er derfor unødvendigt som foreslået af Herlitz at lade fru A. afgive vidneforklaring om dette spørgsmål.

43 Anbringendet om tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1, forkastes herefter.

Anbringendet om tilsidesættelse af artikel 15, stk. 2, litra a), i forordning nr. 17

44 Sagsøgeren har i det væsentlige anført, at selskabet ikke med klausulen forfulgte noget bestemt formål, og at det ikke havde til hensigt at forhindre parallelimport.

45 Det bemærkes for det første, at sagsøgerens argument om, at den anfægtede klausul ikke blev indsat i kontrakten i nogen speciel hensigt, er uden betydning. Det er således ikke en betingelse for, at en overtrædelse af traktatens konkurrenceregler kan anses for forsætlig, at den pågældende virksomhed vidste, at den overtrådte et forbud efter disse regler, men det er tilstrækkeligt, at den var klar over, at den anfægtede handlemåde havde til formål at begrænse konkurrencen (jf. Domstolens dom af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3369, præmis 45).

46 Endvidere må det fastslås, at når henses til eksportforbuddets klare og utvetydige indhold, kunne Herlitz ikke misforstå rækkevidden heraf. Da sagsøgeren var klar over, at den omhandlede klausul havde til formål at begrænse eller at forhindre eksport og således at afgrænse markedet, må selskabet anses for at have handlet forsætligt.

47 Endelig finder Retten, at den pålagte bøde er rimelig i forhold til den fastslåede overtrædelse.

48 Sagsøgte frifindes herefter, idet det bemærkes, at Retten ikke finder den af sagsøgeren tilbudte bevisførelse nødvendig.

Sagens omkostninger

49 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Første Afdeling)

1) Sagsøgte frifindes.

2) Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.

Schintgen García-Valdecasas Kirschner

Vesterdorf Bellamy

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 14. juli 1994

H. Jung R. Schintgen

Justitssekretær Afdelingsformand