# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 22. marts 2001 [1]

## I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

1. Denne sag er blevet forelagt Domstolen af Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Det Forenede Kongerige) under en sag anlagt af Courage Ltd (herefter »Courage«), sagsøgeren i hovedsagen, mod B. Crehan, sagsøgte i hovedsagen. Court of Appeal har forelagt Domstolen fire spørgsmål vedrørende muligheden for, at en part i en i henhold til artikel 81 EF ulovlig aftale kan kræve erstatning af sin medkontrahent.

2. I 1990 indgik bryggeriet Courage, der har en markedsandel på 19% af markedet for salg af øl, og Grand Metropolitan plc (herefter »Grand Met«), et selskab, der driver forskellige former for virksomhed inden for hotel- og restaurationsbranchen, en aftale om sammenlægning af deres udskænkningssteder. Courage og Grand Met overdrog med dette formål for øje hver især deres foretagender til Inntrepreneur Estates Ltd (herefter »IEL«), som Courage og Grand Met ejer i lige forhold.

3. IEL og Courage indgik en aftale om, at alle IEL's forpagtere var forpligtede til udelukkende at købe øl af Courage. Courage skulle levere bestilte mængder af øl til gældende listepris i de pubber, der var bortforpagtet af IEL.

4. IEL pålagde sine forpagtere en standardforpagtningsaftale. Størrelsen af forpagtningsafgiften kunne være genstand for forhandling mellem en potentiel forpagter og IEL, hvorimod den eksklusive købsforpligtelse og de øvrige aftalebestemmelser ikke var til forhandling.

5. B. Crehan og IEL indgik i 1991 to 20-årige forpagtningsaftaler indeholdende en købsforpligtelse til fordel for Courage. Forpagtningsafgiften var underlagt en klausul om femårig regulering, dog kun i opadgående retning, til den var på højde med den højeste afgift erlagt i den forudgående aftaleperiode, eller med den højeste afgift, der kunne være opnået på det frie marked i den tilbageværende periode under hensyntagen til de øvrige vilkår i aftalen. Forpagteren skulle aftage et fastsat mindstekvantum af bestemte øl, og IEL forpligtede sig til at sørge for, at Courage ville levere disse ølsorter til forpagteren til Courage's listepris.

1 — Originalsprog: fransk.

6. I 1993 anlagde Courage sag mod B. Crehan med påstand om betaling af mere end 15 000 GBP for ubetalte ølleverancer.

7. B. Crehan gjorde gældende, at den eksklusive købsforpligtelse angående visse bestemte ølsorter var i strid med artikel 81 EF, og fremsatte et modkrav om erstatning. Grundlaget for B. Crehan's krav var, at Courage solgte øl til kunder, som ikke var undergivet eksklusivitetsklausulen, til væsentligt lavere priser end dem, der fremgik af den prisliste, der fandt anvendelse over for de forpagtere, som var bundet af en sådan klausul. Han har henvist til, at denne prisforskel formindskede rentabiliteten af virksomheden for forpagtere, der var undergivet en sådan klausul, og tvang dem ud af markedet.

8. Court of Appeal's beslutning om at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål er baseret på følgende betragtninger.

9. For det første har Court of Appeal i en tidligere dom fastslået, at artikel 81, stk. 1, EF har til formål at beskytte tredjemænd, som er konkurrenter, men ikke parter i en ulovlig aftale. Ifølge dommen er disse ophavsmænd til og ikke ofre for konkurrencebegrænsningen.

10. For det andet er det efter engelsk ret ikke muligt for en part i en ulovlig aftale at kræve erstatning af den anden part. Selv om B. Crehan måtte få medhold i sit anbringende om, at den af ham indgåede aftale er i strid med artikel 81 EF, vil hans erstatningssøgsmål blive afvist ifølge engelsk ret. På den anden side fremgår det af De Forenede Staters Supreme Court's dom i sagen Perma Life Mufflers Inc. mod International Part Corp., at en økonomisk set underlegen part i en konkurrencebegrænsende aftale kan rejse en erstatningssag.

11. Under disse omstændigheder har Court of Appeal forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

## II — De præjudicielle spørgsmål

»1) Skal artikel 81 EF fortolkes således, at en part i en ulovlig aftale om forpagtning af et udskænkningssted, som indeholder en eksklusivitetsklausul, kan påberåbe sig artikel 81 EF over for en domstol og dermed opnå en retslig beskyttelse over for den anden aftalepart?

2) Hvis det første spørgsmål besvares bekræftende, har den part, der har påberåbt sig en retslig beskyttelse, da ret til erstatning for skade, som antages at være forårsaget af, at parten har

været bundet af den aftaleklausul, der er i strid med artikel 81 EF?

3) Er en national retsregel, hvorefter en person ikke for domstolene kan påberåbe sig og/eller støtte ret på egne ulovlige handlinger som grundlag for at kræve erstatning, forenelig med fællesskabsretten?

4) Hvis spørgsmål 3 besvares med, at en sådan regel under visse omstændigheder kan være i strid med fællesskabsretten, hvilke omstændigheder skal den nationale domstol da tage i betragtning?«

## III — Vurdering

*Indledende bemærkninger*

12. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Court of Appeal, hvad angår hovedsagen, tager udgangspunkt i to antagelser i et forsøg på først at få afklaret alle de retslige spørgsmål. For det første antager retten, at den eksklusive købsforpligtelse vedrørende visse ølsorter, således som den er fastsat i den forpagtningsaftale for udskænkningssteder, som B. Crehan har indgået, er i strid med artikel 81 EF. For det andet antages det, at B. Crehan er blevet påført tab »som følge af den anden parts handlinger i henhold til aftalen«.

13. Som følge heraf må Domstolen tage stilling til en abstrakt situation, hvor en tilsidesættelse af artikel 81 EF har tilføjet den ene part i aftalen tab. Spørgsmålet om, hvorvidt den abstrakte situation stemmer overens med virkeligheden, må afgøres senere af den forelæggende ret og vedkommer ikke Domstolen.

14. Jeg mener imidlertid ikke, at Domstolen bør afslå at besvare de rejste spørgsmål, fordi det drejer sig om hypotetiske spørgsmål. Det bør erindres, at det ifølge fast retspraksis[2] »udelukkende tilkommer de nationale retter, for hvem en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at de kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, de forelægger Domstolen. En afvisning fra realitetsbehandling af en anmodning fra en national

2 — Jf. navnlig dom af 30.4.1998, sag C-230/96, Cabour, Sml. I, s. 2055, præmis 21.

ret er kun mulig, hvis det viser sig, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten åbenbart savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand«.

15. Det er ikke tilfældet her.

16. Det fremgår af oplysningerne fra Court of Appeal, at B. Crehan ikke ville få medhold i sit søgsmål alene på grundlag af engelsk ret, og at den nationale ret kun er forpligtet til at behandle hans krav, hvis han kan påberåbe sig rettigheder, der følger af EF-traktaten.

17. Det er derfor klart, at den fortolkning af fællesskabsretten, der her anmodes om, har forbindelse med realiteten i hovedsagen og dennes genstand.

*Det første spørgsmål*

18. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt svar på, om en part i en ulovlig aftale kan påberåbe sig artikel 81 EF for en domstol med henblik på at opnå erstatning fra den anden aftalepart.

19. I lighed med Kommissionen er jeg af den opfattelse, at det første spørgsmål refererer til det generelle problem, jeg var inde på i mine indledende bemærkninger, nemlig at »en streng håndhævelse af ugyldighedsreglen i engelsk ret ville udelukke en medkontrahent fra *at anlægge sag til prøvelse* [3], om det så blot var med det formål at få fastslået, at den pågældende aftale var ulovlig i medfør af artikel 81 EF og derfor uden retsvirkning i medfør af artikel 81, stk. 2, EF«. Jeg vil derfor behandle spørgsmålet under denne synsvinkel.

20. Court of Appeal erkender selv, at der kan argumenteres for det synspunkt, at artikel 81 EF tilskriver en part i en ulovlig aftale rettigheder, som er sikret af fællesskabsretten. Den citerer i denne forbindelse BRT-dommen [4].

21. Der kan ligeledes henvises til Delimitis-dommen [5], hvoraf det fremgår, »at artikel 85, stk. 1, og artikel 86 [har] direkte virkninger i forholdet mellem private og fremkalder umiddelbart rettigheder for de retsundergivne, som de nationale domsmyndigheder skal beskytte«, og at en national retsinstans »kan [...] fastslå, at aftalen er ugyldig i medfør af artikel 85, stk. 2, når den har vished for, at aftalen

3 — Citat fra Kommissionens indlæg, min fremhævelse.
4 — Dom af 30.1.1974, sag 127/73, Sml. s. 51.
5 — Dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Sml. I, s. 935.

ikke kan fritages ved beslutning i henhold til artikel 85, stk. 3« [6].

22. Som Kommissionen med rette har henledt opmærksomheden på, er den grundlæggende retslige følge i henhold til artikel 81, stk. 2, EF, at aftaler, der er ulovlige i medfør af artikel 81, stk. 1, er uden retsvirkning. Derfor vil enhver hindring af denne retslige følge såsom, i nærværende tilfælde, et forbud mod, at en medkontrahent påberåber sig den, delvis fratage bestemmelsen dens virkning.

23. Da artikel 81 EF ifølge Domstolens retspraksis [7] er »en grundlæggende bestemmelse, der er nødvendig for udførelsen af de opgaver, som er blevet overdraget til Fællesskabet, og navnlig for det indre markeds funktion«, kan dette ikke tillades.

24. Det skal desuden bemærkes, at de ovennævnte domme, BRT-dommen og Delimitis-dommen, ligeledes vedrørte tvister mellem aftaleparter. Delimitis-sagen drejede sig om en eksklusiv leveringsaftale mellem et bryggeri og forpagteren af en café. Som Kommissionen har bemærket, har Domstolen i disse sager ikke kommenteret den kendsgerning, at det var en aftalepart, der påberåbte sig artikel 81 EF for at undgå at betale den krævede erstatning.

25. Enhver borger, selv om der er tale om en medkontrahent, bør således kunne indbringe en sag for en national domstol med henblik på håndhævelse af alle retsvirkninger som følge af ugyldigheden af de aftalebestemmelser, der er i strid med artikel 81 EF. Det bør erindres, at denne ugyldighed ifølge Domstolens retspraksis har »tilbagevirkende kraft« [8].

26. Hvis en af kontrahenterne på et tidligere tidspunkt har lidt skade som følge af anvendelsen af klausulen, rejser det således et spørgsmål om erstatning for denne følge. For at kunne besvare de øvrige spørgsmål er det nødvendigt at fastlægge, under hvilke betingelser dette kan ske i et erstatningssøgsmål.

27. Indtil videre må svaret på det første spørgsmål være, at artikel 81 EF skal fortolkes således, at en part i en ulovlig aftale om forpagtning af et udskænkningssted, som indeholder en eksklusivitetsklausul, kan påberåbe sig denne aftales ugyldighed for domstolene.

*Det andet og det tredje spørgsmål*

28. For det andet rejser den forelæggende ret spørgsmålet, om en part, der kræver

6 — Samme dom, præmis 55.

7 — Dom af 1.6.1999, sag C-126/97, Eco Swiss, Sml. I, s. 3055, præmis 36-39.

8 — Dom af 6.2.1973, sag 48/72, Brasserie de Haecht, Sml. s. 77, præmis 27.

erstatning, har ret til erstatning for skade, som antages at være forårsaget af, at parten har været bundet af den aftaleklausul, der er i strid med artikel 81 EF.

29. Med det tredje spørgsmål spørger Court of Appeal, om en national retsregel, hvorefter en person ikke for domstolene kan påberåbe sig og/eller støtte ret på egne ulovlige handlinger som grundlag for at kræve erstatning, er forenelig med fællesskabsretten.

30. I lighed med Kommissionen mener jeg, at disse to spørgsmål bør behandles under et.

31. Som det fremgår af forelæggelseskendelsen, har Court of Appeal i sagen Gibbs Mew [9] fastslået, at det efter engelsk ret ikke er muligt for en part i en ulovlig aftale at kræve erstatning af den anden part for tab påført ham som følge af, at han har været part i den ulovlige aftale. Dette gælder, hvad enten kravet vedrører tilbagebetaling eller erstatning.

9 — 1998 EuLR 588, s. 606.

32. Det spørgsmål, Domstolen skal træffe afgørelse om, drejer sig således om, hvorvidt fællesskabsretten er til hinder for denne regel i engelsk ret.

33. Alle parter undtagen Courage, men inklusive Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, er af den opfattelse, at den pågældende engelske retsregel er problematisk i forhold til fællesskabsretten. Imidlertid er hverken deres analyser eller deres forslag til, hvorledes Domstolen bør afgøre sagen, enslydende.

34. Jeg må med det samme sige, at jeg ligeledes anser den pågældende regel for at være problematisk. Jeg mener især, at fællesskabsretten er til hinder for den pågældende regel, for så vidt som den udelukker en part i en ulovlig aftale fra at opnå erstatning fra medkontrahenten udelukkende med den begrundelse, at vedkommende er part i aftalen.

35. Min argumentation for denne konklusion tager udgangspunkt i en analyse af de følgevirkninger, som den direkte virkning af artikel 81 EF har for parterne i en aftale. Derefter undersøger jeg måden, hvorpå det påhviler de nationale domstole at beskytte de rettigheder, som artikel 81 EF kan medføre, selv for en part i en aftale.

36. Derfor vil jeg først se på, hvilke følgevirkninger den direkte virkning af artikel 81 EF har for parterne i en aftale.

37. Som nævnt ovenfor følger det af fast retspraksis, at artikel 81 EF skaber direkte virkninger i forholdet mellem private og direkte fremkalder rettigheder for borgerne, som de nationale retter skal beskytte [10]. Dette omfatter privates ret til beskyttelse mod de skadelige virkninger, som en aftale uden retsvirkning kan medføre.

38. De borgere, som kan drage fordel af en sådan beskyttelse, er naturligvis først og fremmest tredjemænd, dvs. forbrugere og konkurrenter, der lider skade som følge af en ulovlig aftale [11].

39. På den anden side kan parterne i en aftale, som Courage med rette har anført, normalt ikke nyde den samme beskyttelse, fordi de er »ophavsmænd til aftalen«. Til grund herfor ligger et retsprincip, som er anerkendt i de fleste udviklede retssystemer, herunder fællesskabsretten, ifølge hvilket en part ikke kan drage fordel af sin egen forkerte handling [12]. I nærværende sag betyder dette, at en part ikke kan støtte ret på egne ulovlige handlinger med henblik på at kræve erstatning for den skade, som den pågældende part eventuelt har lidt som følge af disse handlinger.

40. Det er dog nødvendigt at overveje, hvorvidt den kendsgerning alene, at der er tale om en part i en aftale, i alle tilfælde er ensbetydende med en »forkert handling«. Der findes tilfælde, hvor det slet ikke er klart, at der er tale om en forkert handling. Den franske regering har i denne henseende henvist til eksempler på ensidig praksis hos den part, der befinder sig i en stærk position i en vertikal aftale, såsom rundsendelsen af en skrivelse, der pålægger leverandøren en mindstepris eller indfører eksklusivitet i forbindelse med en forpagtning.

41. Disse eksempler viser efter min mening, at argumenterne om, at det at være part i en aftale i sig selv udgør en forkert handling og således udelukker denne part fra beskyttelse i henhold til artikel 81 EF, er alt for formalistiske og ikke tager hensyn til de særlige forhold i hver enkelt sag. Selvfølgelig vil de sager, hvor det at være part i aftalen ikke er ensbetydende med en forkert handling, være en undtagelse, og sådanne

10 — Jf. bl.a. BRT-dommen og Delimitis-dommen, anført ovenfor.

11 — Jf. i denne forbindelse forslag til afgørelse fra generaladvokat Van Gerven i sag C-128/92, Banks, dom af 13.4.1994, Sml. I, s. 1209, punkt 43 ff.

12 — Jf. som et eksempel på en praktisk anvendelse af dette princip, dom af 7.2.1973, sag 39/72, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 101, præmis 10. Jf. desuden, vedrørende princippet om nemo auditur propriam turpitudinem allegans, forslag til afgørelse fra generaladvokat Cosmas i de forenede sager C-177/99 og C-181/99, Ampafrance og Sanofi, dom af 19.9.2000, Sml. I, s. 7013, punkt 49 og 83, og mit forslag til afgørelse i sag C-368/89, Crispoltoni, dom af 11.7.1991, Sml. I, s. 3695, punkt 46.

tilfælde vil slet ikke forekomme i forbindelse med horisontale aftaler, men man kan ikke helt udelukke, at de findes.

42. Det kriterium, der efter min mening bør anvendes ved afgørelsen af, om en part i en aftale har handlet forkert, er det ansvar, den pågældende part bærer for konkurrencefordrejningen. Hvis det drejer sig om et reelt ansvar, kan vedkommende ikke drage fordel af sin egen »forkerte handling« ved at opnå beskyttelse mod aftalen, sådan som tredjemand kan.

43. Hvis derimod det ansvar, som den ene af parterne bærer for konkurrencefordrejningen, ikke er betydeligt på grund af den stilling, denne part befinder sig i — f.eks. som Det Forenede Kongerige anfører, en part, der ikke er stærk nok til at modstå et økonomisk pres fra en stærkere virksomhed — er der ikke grund til at nægte denne part beskyttelse i henhold til artikel 81 EF. I et sådant tilfælde forholder det sig i virkeligheden således, at den pågældende part snarere påtvinges aftalen end indgår den frivilligt. Det forhold, den pågældende part har til aftalen, ligner mere tredjemands, end det ligner ophavsmandens.

44. Jeg mener derfor, at artikel 81 EF kan anses for at beskytte ikke blot tredjemænd mod en aftales virkninger, men under særlige omstændigheder også en aftalepart, når den pågældende aftalepart ikke bærer en betydelig del af ansvaret for konkurrencefordrejningen.

45. Jeg vil i anden del af min argumentation undersøge, hvordan det påhviler de nationale domstole at beskytte de rettigheder, som artikel 81 EF under særlige omstændigheder skaber for en part i en aftale.

46. Som det fremgår af ovennævnte BRT-dom og Delimitis-dom, påhviler det de nationale retter at beskytte de rettigheder, som artikel 81 EF skaber for borgerne. Ifølge fast retspraksis er det i medfør af det i artikel 10 EF angivne princip om samarbejde medlemsstaternes nationale retter, der skal sikre de retsundergivne den retsbeskyttelse, som følger af fællesskabsrettens direkte virkning [13].

47. I denne henseende må de nationale retssystemers såvel materielle som formelle betingelser i sager, der er baseret på fællesskabsretten, ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet). De må heller ikke, som det er tilfældet her, være udformet på en sådan måde, at de i praksis gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden (effektivitetsprincippet) [14].

13 — Jf. f.eks.dom af 16.12.1976, sag 33/76, Rewe, Sml. s. 1989, præmis 5, og af 19.6.1990, sag C-213/89, Factortame m.fl, Sml. I, s. 2433, præmis 19.

14 — Jf. bl.a. dom af 9.11.1983, sag 199/82, San Giorgio, Sml. s. 3595, præmis 12, af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl., Sml. I, s. 5357, præmis 43, og af 17.7.1997, forenede sager C-114/95 og C-115/95, Texaco og Olieselskabet Danmark, Sml. I, s. 4263, præmis 45.

48. Hvorledes bør denne retspraksis anvendes i nærværende sag?

49. Som så mange andre retssystemer tillader det engelske retssystem erstatningssager mellem private.

50. Som Kommissionen har anført i sit indlæg, tillader de britiske domstole sådanne sager for at erstatte tab, der er påført tredjemand som følge af en adfærd, der er i strid med fællesskabsretten.

51. Engelsk ret giver dog ikke parter i en ulovlig aftale mulighed for at anlægge erstatningssag. Og det må erkendes, at der ikke er tale om forskelsbehandling med hensyn til de rettigheder, som fællesskabsretten medfører, når en part i en ulovlig aftale, sådan som jeg har forstået det, under ingen omstændigheder kan opnå erstatning fra den anden part for skade, som han har lidt, fordi han har været part i den ulovlige aftale, hvad enten denne ulovlighed følger af national ret eller fællesskabsretten.

52. Det bør dog nærmere undersøges, om ikke det forholder sig sådan, at denne absolutte hindring for at rejse en erstatningssag i henhold til den ovenfor omtalte retspraksis medfører, at der skabes såvel materielle som formelle betingelser for den pågældende retssag, som gør det praktisk taget umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, som tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden.

53. Det bemærkes, at artikel 81 EF efter min opfattelse giver den part i en aftale, som kun bærer en ubetydelig del af ansvaret for konkurrencefordrejningen, ret til beskyttelse mod de negative følger af aftalen. Jeg mener, at den pågældende engelske retsregel er til hinder for en effektiv beskyttelse af denne ret.

54. Ingen vil bestride, at en erstatningssag er et effektivt middel til beskyttelse af borgernes rettigheder. Ugyldigheden i henhold til artikel 81, stk. 2, EF er ganske vist en grundlæggende sanktion, men den er ikke altid tilstrækkelig til at erstatte den skade, der er lidt. Som Det Forenede Kongerige har anført, betyder den omstændighed, at en part, der ikke bærer en betydelig del af ansvaret for en konkurrencefordrejning, er udelukket fra at rejse erstatningssag, at den anden part kan få en urimelig fordel af sin ulovlige adfærd på bekostning af medkontrahenten.

55. Derfor mener jeg, at den pågældende nationale regel gør det praktisk taget umuligt at yde den beskyttelse, som en part i en ulovlig aftale har ret til under visse betin-

gelser, og at fællesskabsretten derfor må anses for at være til hinder for denne regel.

56. Det skal desuden tilføjes, at parterne i hovedsagen og flere af de regeringer, der har afgivet indlæg i denne sag, har behandlet spørgsmålet om, hvorvidt den kendsgerning, at en part i en ulovlig aftale får mulighed for at anlægge erstatningssag, vil mindske eller øge fællesskabsrettens effektivitet.

57. Courage har gjort gældende, at det ville gøre det mere attraktivt at deltage i en ulovlig handling, hvis der blev åbnet mulighed for erstatning. Borgerne ville da vide, at de altid kunne blive frigjort fra den ulovlige aftale og søge erstatning, hvis aftalen ikke gav de forventede fordele. Jeg er imidlertid enig med Det Forenede Kongerige og Kommissionen i, at udsigten til at kunne få erstatning ikke kun vil virke som et incitament for den svageste part til at anmelde aftaler, der er i strid med artikel 81 EF, men også, hvilket måske er vigtigere, være et effektivt middel til at afskrække en stærkere part fra at gennemtvinge en konkurrencebegrænsende aftale.

58. Lad mig imidlertid gøre det klart, at det efter min mening ikke er et spørgsmål om at pålægge den anden part en form for straf i lighed med den bøde, som Kommissionen kan pålægge i henhold til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 [15], for hermed at sikre fællesskabsrettens effektivitet. Det drejer sig ganske enkelt om at acceptere følgerne af den direkte virkning af artikel 81 EF.

59. Jeg er derfor enig med Det Forenede Kongeriges regering, der har anført, at »den ikke går ind for, at en aftalepart skal kunne opnå mere end det, der er tabt på grund af den ulovlige aftale. I visse tilfælde kan sagsøgeren, på trods af en svagere forhandlingsposition, have haft fordele af de ulovlige bestemmelser i aftalen, og for at undgå en ugrundet berigelse og straf af sagsøgte bør sådanne fortjenester i princippet tages i betragtning ved vurderingen af skaden. En præcis vurdering af skaden er naturligvis de nationale domstoles anliggende«.

60. På grundlag af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at det andet og det tredje spørgsmål besvares med, at fællesskabsretten er til hinder for en national retsregel, der forbyder en part, som er bundet af en aftaleklausul, der er i strid med artikel 81 EF, at søge erstatning for skade alene af den grund, at den pågældende er part i denne aftale.

15 — EFT 1959-1962, s. 81.

*Det fjerde spørgsmål*

61. Med det fjerde spørgsmål ønsker Court of Appeal at få oplyst, hvilke omstændigheder den nationale domstol skal tage i betragtning, hvis en sådan national retsregel under visse omstændigheder kan være i strid med fællesskabsretten.

62. I den henseende er der under denne sag fremkommet forskellige forslag til, hvilke omstændigheder den nationale domstol skal tage i betragtning.

63. Samtidig med at Courage understreger faren for, at balancen i en normal forretningsrisiko forstyrres, mener virksomheden, at der bør tages hensyn til omstændighederne ved aftalens indgåelse, dens gennemsigtighed, sagsøgtes og sagsøgerens ansvar samt den retslige analyse af den pågældende aftaleklausul.

64. B. Crehan er af den opfattelse, at det er kontrahentens ansvar for konkurrencefordrejningen, der bør udgøre kriteriet. En part bør kunne kræve erstatning, hvis denne part ikke kan anses for i samme grad at bære ansvaret for konkurrencefordrejningen.

65. Kommissionen deler stort set dette synspunkt. Den påpeger, at de omstændigheder, hvorunder en persons egne ulovlige handlinger kan påberåbes som hindring for retten til at søge erstatning, bør begrænses til sager, hvor den part, der kræver erstatning, virkelig er in pari delicto og bærer mindst lige så stor en del af ansvaret for den begrænsning af konkurrencen, som erstatningen vedrører.

66. Den italienske regering er af den opfattelse, at den krænkede part bør kunne indlede en erstatningssag, når denne har befundet sig i et udpræget underlegenhedsforhold til medkontrahenten og derfor ikke har kunnet træffe et reelt valg i forhold til medkontrahenten og betingelserne i aftalen.

67. Det Forenede Kongeriges regering har anført, at den nationale domstol først og fremmest bør tage hensyn til den øgede effektivitet i gennemførelsen af fællesskabsretten, som sådanne sager vil kunne fremme. I denne forbindelse vil den nationale domstol især kunne tage hensyn til de enkelte parters forhandlingsposition og parternes respektive ansvar og adfærd.

68. Som nævnt ovenfor findes princippet om nemo auditur propriam turpitudinem allegans også i fællesskabsretten.

69. Heraf følger, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at national ret nægter en part, der findes at bære en betydelig del af ansvaret for konkurrencefordrejningen, ret til at opnå erstatning fra sin medkontrahent.

70. Det er min opfattelse, at den beskyttelse, som artikel 81 EF afføder, ophører, hvis den pågældende part bærer en betydelig del af ansvaret for konkurrencefordrejningen.

71. En part bærer en klart betydelig del af ansvaret, hvis denne er in pari delicto i forhold til den anden part, dvs. bærer en lige så stor del af ansvaret for konkurrencefordrejningen.

72. Derimod er ansvaret ubetydeligt i det tilfælde, som den italienske regering omtaler, hvor den skadelidte befinder sig i et udpræget underlegenhedsforhold til sin medkontrahent.

73. For at kunne vurdere, hvor stort et ansvar den part, der søger erstatning, bærer, må den økonomiske og retlige sammenhæng, som parterne befinder sig i, tages i betragtning, og som Det Forenede Kongeriges regering foreslår, ligeledes de to parters respektive forhandlingsposition og adfærd.

74. Det bør især undersøges, om den ene part befandt sig i et underlegenhedsforhold til den anden part. Underlegenhedsforholdet bør være af en sådan karakter, at det i alvorlig grad sætter spørgsmålstegn ved den pågældende parts frihed til at vælge betingelserne i aftalen.

75. Endelig skal det tilføjes, at den kendsgerning, at en part bærer et ubetydeligt ansvar, ikke udelukker et krav om, at den pågældende part fremlægger bevis for at have gjort en passende indsats for at begrænse skadens omfang.

76. Som Courage ganske rigtigt har påpeget, findes der faktisk et sådant princip i fællesskabsretten [16]. Fællesskabsretten kan derfor næppe være til hinder for et sådant princip i national lovgivning.

16 — Dom af 19.5.1992, forenede sager C-104/89 og C-37/90, Mulder m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 3061, præmis 33, og af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur og Factortame, Sml. I, s. 1029, præmis 85.

77. Den kendsgerning, at en part ikke har undladt at indgå aftalen, kan imidlertid ikke i sig selv betragtes som en manglende indsats. Jeg mener ligesom Kommissionen, at »dette princip ikke kan anvendes til at hindre et krav ab initio, det kan kun begrænse omfanget af den skade, der kan dækkes«.

78. Det fjerde spørgsmål bør derfor besvares med, at fællesskabsretten ikke er til hinder for en national retsregel, hvorefter de nationale domstole ikke bør tillade en person at påberåbe sig og/eller støtte ret på sine egne ulovlige handlinger som grundlag for at kræve erstatning, for så vidt som det godtgøres, at denne person bærer mere end en ubetydelig del af ansvaret for konkurrencefordrejningen. Parten bærer en ubetydelig del af ansvaret, hvis denne befinder sig i et underlegenhedsforhold til den anden part, som er af en sådan karakter, at den pågældende part ikke reelt havde frihed til at vælge betingelserne i aftalen.

## IV — Forslag til afgørelse

79. Jeg foreslår, at Domstolen besvarer de af Court of Appeal forelagte spørgsmål således:

»1) Artikel 81 EF skal fortolkes således, at en part i en ulovlig aftale om forpagtning af et udskænkningssted, som indeholder en eksklusivitetsklausul, kan påberåbe sig denne aftales ugyldighed for domstolene i en medlemsstat.

2) Fællesskabsretten er til hinder for en national retsregel, der forbyder en part, som er bundet af en aftaleklausul, der er i strid med artikel 81 EF, at søge erstatning for skade alene af den grund, at den pågældende er part i denne aftale.

3) Fællesskabsretten er derimod ikke til hinder for en national retsregel, hvorefter de nationale domstole ikke bør tillade en person at påberåbe sig og/eller støtte ret på sine egne ulovlige handlinger som grundlag for at kræve erstatning, for så vidt som det godtgøres, at denne person bærer mere end en ubetydelig del af ansvaret for konkurrencefordrejningen. Parten bærer en ubetydelig del af ansvaret, hvis denne befinder sig i et underlegenhedsforhold til den anden part, som er af en sådan karakter, at den pågældende part ikke reelt havde frihed til at vælge betingelserne i aftalen.«